

Ana Mafalda Castanheira Neves de Miranda Barbosa

Do nexu de causalidade ao nexu de imputação: contributo
para a compreensão da natureza binária e personalística do
requisito causal ao nível da responsabilidade civil
extracontratual

Dissertação de Doutoramento na área de Jurídico-civilísticas
na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra,
sob orientação do Senhor Professor Doutor Pinto Monteiro

Coimbra, 2012

*A Nosso Senhor,
Ao meu Pai, à minha Mãe*

Índice

1ª PARTE

O nexa de causalidade ao nível da responsabilidade extracontratual: a formulação do problema, o tratamento doutrinai e jurisprudencial que recebe e os referentes histórico-filosóficos, teleológicos, teleonomológicos, metodológicos e dogmáticos de compreensão do requisito.

Capítulo I: Introdução	1
1. O nexa de causalidade no seio da responsabilidade extracontratual: primeira aproximação ao problema. Circunscricão do âmbito de análise	1
2. A experiência decisório-judicativa: a ambivalência da jurisprudência nacional	26
3. A experiência decisório-judicativa: os dados sistemáticos colhidos além-fronteiras	39
4. Recorte do âmbito de relevância problemática de situações tipo	73
Capítulo II: O tratamento doutrinai da causalidade: visão macroscópica de algumas teorias forjadas para captar a categoria	77
5. A doutrina da <i>conditio sine qua non</i> . Formulação e crítica	77
6. A doutrina da causalidade adequada. Formulações e crítica	94
7. A doutrina do escopo da norma violada. Formulação e crítica	131
8. Da fisicidade da <i>conditio sine qua non</i> ao sentido imputacional da causalidade. Ordem de sequêcia	142
Capítulo III: Evolução histórica do papel do nexa de causalidade como pressuposto da imputação delitual: do direito romano ao hodierno pluralismo de perspectivas	146
9. A lição do Direito Romano	146
9.1. Primeira aproximação à <i>Lex Aquilia</i>	146
9.2. Os problemas resultantes da <i>interpretatio</i> e da <i>applicatio</i> da <i>Lex Aquilia</i>	158
9.3. Os elementos da responsabilidade aquiliana. Em especial, a causalidade	159
9.4. Culpa e causalidade. A dilemática relação entre os dois termos que se intui no direito romano	169
9.5. Dano como lesão material da res e dano como prejuízo patrimonial. A evolução do pensamento jurídico romano a propósito do tema e as eventuais repercussões em sede de causalidade	174
10. A responsabilidade civil na Idade Média	182
11. A mutação da intencionalidade do jurídico: o jusnaturalismo racionalista e a edificação dos grandes sistemas de responsabilidade civil	189
12. As duas vias calcorreadas pelo pensamento jurídico a caminho do positivismo: a Escola da Exegése e a Jurisprudência dos Conceitos. O seu eco no modelo napoleônico da <i>faute</i> e no modelo alemão de inspiração iheringiana	206
12.1. A gênese e conformação do positivismo jurídico	206
12.2. Os dois caminhos trilhadoss pelo positivismo e a sua projecção em sede delitual	212
12.3. O papel da causalidade em cada um dos modelos delineados	225
12.3.1. A função dogmática desempenhada na estrutura mencionada	225
12.3.2. O condicionamento filosófico-metodológico das soluções cristalizadas	235
12.3.3. O normativismo como filão condutor entre a condicionalidade <i>sine qua non</i> e a causalidade adequada. O duplo olhar sobre a adequação e a indiciação da superação do positivismo	244
13. A superação do positivismo jurídico	250
14. A causalidade comparativa. O contributo da análise económica do direito para a fixação dos contornos do pressuposto	259

15. Conclusões e ordem de sequência.....	290
--	-----

Capítulo IV: Os referentes teleológicos, teleonomológicos, metodológicos e dogmáticos de compreensão do requisito causal

16. Teleologia e teleonomologia da responsabilidade civil.....	292
17. Ordem de sequência.....	376
18. Causalidade como requisito insuficiente mas necessário? Do declínio da causalidade à emergência do verdadeiro sentido da imputação.....	377
19. Ordem de sequência.....	408
20. Imputação e imputabilidade. O papel da imputabilidade no quadro da responsabilidade delitual.....	410
21. A imputabilidade no diálogo comunicante com a responsabilidade pelo risco. Imputabilidade, imputação e causalidade nos meandros de tal modalidade ressarcitória.....	424
22. Breves conclusões. Ordem de sequência.....	467

Capítulo V: Os referentes teleológicos, teleonomológicos, metodológicos e dogmáticos de compreensão do requisito causal (cont.): a responsabilidade subjectiva.....

23. A liberdade humana como raiz fundamentante da normatividade e, concomitante, da responsabilidade.....	469
24. Da liberdade negativa à liberdade positiva.....	471
25. Da responsabilidade a montante à responsabilidade a jusante ou a contaminação de toda a juridicidade pela nota da pessoalidade responsável. Aspectos metodológicos do problema...520	
26. Outcome responsibility: a ideia autobiográfica do resultado e o resultado a evitar na pressuposição da pessoalidade. A responsabilidade civil e o desvalor de resultado.....	535
27. Ilicitude da conduta e ilicitude do resultado.....	567
28. Resultado preliminar e ordem de sequência.....	583
29. A segunda modalidade de ilicitude delitual: a violação de disposições de protecção de interesses alheios.....	585
29.1. A culpa ao nível da segunda modalidade de ilicitude delitual.....	597
29.2. O problema da causalidade ao abrigo da segunda modalidade de ilicitude.....	618
30. O abuso do direito como modalidade de ilicitude extracontratual e a compreensão do requisito causal no seio das hipóteses por ele assimiladas.....	645
31. Conclusões preliminares. A primeira modalidade de ilicitude: a violação de direitos absolutos alheios e a necessidade de recondução do dano evento ao comportamento do agente.....	663
32. Resultado preliminar:	675

2ª PARTE

A projecção da *ratio iuris* desvelada na conformação do pressuposto causal e a não alienação da realidade: o jogo dialéctico entre o sentido imputacional da responsabilidade e a comutatividade do ressarcimento.

Capítulo VI: A experimentação de critérios de configuração da causalidade que apelam ao sentido imputacional que deve ser reconhecido ao requisito.....

33. O papel da culpa no problema da ligação do resultado à conduta do agente. A ideia de previsibilidade.....	680
34. Possibilidade de aproveitamento da lição da adequação? A sua génese e o seu imbricamento na doutrina da responsabilidade e não na doutrina do dano; a impertinência de uma visão matematicista do problema; adequação, adequação social e probabilidade no sentido de aumento do risco.....	698

35. Apreciação crítica.....	710
36. A lição de PIETRO TRIMARCHI acerca da causalidade.....	712
37. O domínio do facto e a consideração de noções como a autoria. Os modelos da <i>mittelbaren Verursachung</i> e o modelo da <i>fahrlässing Verursachung</i> (STEPHAN PHILIPP FORST). Critérios de imputação objectiva nas situações ditas de causalidade psicológica: sugestões doutrinárias.....	720
Capítulo VII: A contaminação do requisito causal pela ideia de risco.....	745
38. O dado ontológico – a complexidade do devir real.....	745
39. A caracterização da sociedade como uma sociedade de risco.....	747
40. A permeabilidade do jurídico ao real ou a influência da sociologia na juridicidade. As consequências da caracterização da sociedade como uma sociedade de riscos no plano dogmático.....	751
41. A justa distribuição do risco como critério imputacional ao nível do direito civil. A intencionalidade problemática do artigo 570º CC e o argumento que daí se pode extrair.....	761
42. A ideia de risco em algumas soluções predispostas pela doutrina.....	811
43. Da recusa do finalismo ao resvalar para o funcionalismo?.....	839
44. A acção juridicamente relevante. O impacto da consideração da sociedade ao nível da delimitação daquela. Axiologia e ontologia: o reforço da dialéctica anunciada. A importância do risco a este ensejo (como um risco imbricado na noção de esfera de responsabilidade delimitado dialecticamente no cotejo com a personalidade).....	848
Capítulo VIII: A acção juridicamente relevante como base da imputação e a dialéctica entre a axiológica liberdade positiva e a óptica realidade do risco: a definição dos critérios de imputação objectiva a partir da ideia de esferas de responsabilidade.....	866
45. A acção humana como alicerce da imputação objectiva.....	866
46. Nova referência ao sistema já constituído: a relevância da omissão no quadro da responsabilidade civil (breve excuro).....	875
47. Pessoaalidade, liberdade, responsabilidade e finalidade primária da responsabilidade civil: a definição dos critérios de imputação objectiva a partir da ideia de cotejo de esferas de responsabilidade.....	890
47.1. A assunção de uma esfera de risco.....	897
47.2. O cotejo de esferas de risco/responsabilidade.....	958
Capítulo XIX: Um novo olhar sobre o modelo delitual: as consequências do entendimento proposto ao nível sistemático e dogmático.....	1028
48. Razão de ordem.....	1028
49. O sistema delitual como um sistema de alocação de riscos.....	1031
50. Um continuum de responsabilidade.....	1036
50.1. O modelo proposto por Nils Jansen. Análise e crítica.....	1036
50.2. Um continuum de responsabilidade personalisticamente perspectivado.....	1044
Capítulo X: O problema da correspondência entre o dever-ser e o ser; o ónus da prova da causalidade e a questão da condicionalidade.....	1063
51. Ordem de sequência.....	1063
52. O problema do ónus da prova da causalidade.....	1071
53. A condicionalidade como juízo prévio ou simultâneo da causalidade?.....	1130
54. Causalidade múltipla ou sobredeterminação causal. Formulação do problema e perspectivas de solução segundo o ponto de vista tradicional e segundo o modelo dialogicamente proposto..	1170

55. Obrigações solidárias. A (re)compreensão do regime da solidariedade obrigacional entre co-responsáveis à luz de uma ideia de imputação. A dialéctica entre diversos níveis argumentativos como expediente de densificação dos critérios tradicionalmente atidos à causalidade.....	1257
55.1. Obrigações solidárias e obrigações conjuntas. Breve excuroso.....	1260
55.2. Solidariedade obrigacional e responsabilidade civil.....	1267
Capítulo XI: O preenchimento da responsabilidade: breve excuroso.....	1303
56. Ordem de sequência.....	1303
57. Revisitação do direito subjectivo.....	1304
58. A emergência de um referencial de subjectivação e a génese do direito subjectivo.....	1307
59. A concepção germânica e a construção dogmática dos direito subjectivos privados: a teoria da vontade e a teoria do interesse.....	1315
60. Do objectivismo moderado de Ihering ao objectivismo radical de Duguit e kelsen.....	1322
61. Do individualismo ao personalismo ou a sustentação do direito subjectivo por referência à pessoa.....	1330
62. Síntese compreensiva e tomada de posição viabilizadora da conexão entre o conceito de direito subjectivo e o problema da causalidade preenchedora da responsabilidade.....	1350
63. Uma dúplici visão sobre o fenómeno da subjectivação.....	1359
63.1. O direito subjectivo na perspectiva do titular que o exerce.....	1359
63.2. O direito subjectivo na óptica do titular que o vê lesado.....	1366
64. O direito subjectivo e o interesse legalmente protegido.....	1372
65. A gestão de negócios e a consideração dos interesses do <i>dominus</i> que lhe anda associada....	1378
66. O enriquecimento sem causa (nova referência) e a consideração do direito subjectivo como fundamento e radical operatório.....	1389
67. A determinação do dano a partir do conteúdo do direito subjectivo.....	1402
68. A obrigação de indemnizar à luz do direito positivo português. O debate em torno do artigo 563º CC.....	1434
Síntese.....	1443
Bibliografia.....	1469

RESUMO

Um breve périplo pelas posições jurisprudenciais e doutrinárias em matéria de causalidade, ao nível da responsabilidade civil extracontratual, mostra-nos uma profunda ambivalência decisório-judicativa, que impede, muitas vezes, que se chegue a uma solução normativamente fundada e materialmente justa para os problemas que vão emergindo. A situação torna-se tanto mais grave quanto se constata que inúmeras são as pretensões indemnizatórias que decaem em virtude da falência do requisito, justificando, portanto, um percurso dialógico-argumentativo que tem como finalidade imediata reflectir acerca da categoria.

Nesse percurso, depois de afloradas as principais doutrinas forjadas a propósito do tema, recuámos historicamente. E concluímos, nesse excuro histórico que nos levou desde o direito romano até à pluralidade de perspectivas actuais, que a conformação do nexos de causalidade depende quer da estrutura delitual em que estamos inseridos, quer do tipo de racionalidade que se mobiliza juridicamente, quer das finalidades que à responsabilidade civil são cometidas.

Impôs-se, por isso, a investigação da teleologia do instituto. Percebemos, então, que, sendo o recorte comutativo a pedra de toque da responsabilidade aquiliana, ela não se esgota num esquema de contabilização de danos, reclamando, antes, a afirmação da personalidade do sujeito, sem a qual a própria responsabilidade não pode ir pensada. Nessa medida, a causalidade deixa de ser vista como uma categoria do mundo físico, mesmo que normativizada, para ser entendida em termos de imputação. O dado, confirmado pelos referentes metodológicos que mobilizámos, é o único que se compatibiliza com um certo entendimento do direito, assente num quadro axiológico que coloca no centro a pessoa, e mostra-se em consonância com os ensinamentos filosóficos que, apartando a causalidade da natureza da causalidade livre e afastando-nos do determinismo, reclamam para a valoração do comportamento humano um sentido imputacional, que foi, no nosso trabalho, reafirmado do ponto de vista dogmático, ao abordarem-se determinados nichos problemáticos como os que lidam com a responsabilidade objectiva. Aí percebe-se que a causalidade não só não pode ser arvorada em fundamento da responsabilidade, como, ao nível dos critérios, não é ela – mas a imputação objectiva – que vai permitir impor uma obrigação ressarcitória.

Ainda dogmaticamente, mas agora no plano da responsabilidade subjectiva, constata-se que a predicação da ilicitude no resultado insta o jurista a estabelecer o nexos de causalidade a que tradicionalmente se alude. Contudo, os termos do problema são agora diversos. Em primeiro lugar, impõe-se que, para lá do preenchimento da responsabilidade, seja resolvido, a montante, o problema da própria fundamentação da responsabilidade. Sendo esse o segmento imputacional a que circunscrevemos a dissertação, também limitada pelos contornos da violação do direito enquanto modalidade de ilicitude, conforme anunciado no início dela, importa sublinhar que o mesmo só pode ser recortado com apelo à dimensão ética personalística a que fizemos

referência. Mas o cumprimento da validade não pode apagar uma vertente de eficácia, compreendida em moldes não tecnocráticos, que, tendo em conta a realidade telúrica, olhe para o risco como uma característica inerente às sociedades actuais. Será, pois, na dialéctica entre a validade e a eficácia que se encontrará o ponto de ancoragem dos critérios imputacionais que se procuram edificar.

Numa segunda parte do nosso trabalho, testamos, iluminados pelos referentes enunciados, uma série de soluções propostas pelos autores para resolver o problema causal. Rejeitadas por não cumprirem a dialéctica anunciada, partimos de um dado entendimento da acção juridicamente relevante – viabilizado pela pressuposição axiológica em que assentamos o modelo a propor –, que conjugamos com uma assunção personalística do risco, para traçarmos critérios imputacionais consentâneos com o que até aí fomos afirmando. Assim, será com base na assunção de uma esfera de risco e no cotejo dela com outras esferas de risco (tituladas pelo lesado, por um terceiro ou pela própria realidade natural e social) que conseguiremos dizer quando deve haver imputação objectiva do dano-lesão ao comportamento do agente.

Embora tal permita a pertinência com o real, a necessidade de garantir a transposição entre o dever ser e o ser e a obrigatoriedade de cumprir um ónus de contra-argumentação levam-nos a, posteriormente, questionar o problema da prova da causalidade e, conxionado com ele, a questão da condicionalidade. É aí que lidaremos com questões, tão importantes como dilemáticas, como a causalidade hipotética, concorrente, cumulativa e alternativa.

No final, tecem-se, ainda, como decorrência do modelo proposto, considerações acerca da questão da causalidade preenchedora da responsabilidade.

Em tudo isto é a própria modelação do sistema delitual que conhece novos contornos.

ABSTRACT

A brief journey through the positions assumed by the jurisprudence and doctrine on causality, as far as civil liability is concerned, reveals us that there is a deep ambivalence in judicial decisions, which often impedes reaching a materially just solution with legal grounds for the problems that emerge. The situation becomes even more serious as one may realise that countless claims for damages do not succeed by virtue of not meeting the causality requirement and thus justify making a discursive and argumentative voyage with the purpose of reflecting over this concept.

After briefly assessing the principal doctrines created over the matter, we went historically back in time in this journey. We concluded in such historical voyage that took us from Roman law to the multiple current perspectives that the shape of the causal link depends on the structure of the tort we are dealing with, the type of juridical rationality adopted, and the purposes conferred to civil liability.

Consequently, an investigation of the teleology of such juridical institute had to be made. We then understand that corrective justice is the cornerstone of civil liability and that it may not be reduced to a damage accounting scheme. It claims above all that the personhood of the subject is proclaimed. Indeed, civil liability itself may not be conceived without it. To that extent, causality is no longer seen as a category of the physical world, even if juridified, but commences to be understood in terms of imputation.

This fact, confirmed by the methodological references to which we appealed, is the only one that is consistent with a certain understanding of law grounded on an axiologic framework that places the individual in the centre of all. It is also in agreement with the philosophical teachings that, separating causality from the nature of free causality and driving us away from determinism, claim that the human behavior is evaluated in terms of imputation. This was reaffirmed in our work from a dogmatic point of view when we considered certain problematic niches, such as those dealing with objective civil liability. Then, one realizes that causality may not be erected as a ground for liability, as well as, in terms of criteria, it is not causality, but objective imputation that will enables to impose an obligation to compensate damages.

Furthermore, in dogmatic terms, one may see that proclaiming illicitude in the outcome of liability leads a legal expert to establish the causal link to which one traditionally refers. However, the terms of the problem are now diverse. Firstly, beyond the fulfilling of liability, it must be solved the upstream problem of the grounds of liability themselves. We reduced the scope of our dissertation to such segment of imputation, which is also limited by the boundaries of violation of rights as manner of illicitude, as we announced at the beginning of our work. One must stress that the aforementioned segment may only be defined if one appeals to the individual ethical dimension to which we previously referred. However, the compliance of validity may

not annul a dimension of effectiveness, which must be understood in non-technocratic terms, which, taking into account the reality of the outside world, looks at risk as an inherent characteristic of modern society. Consequently, it will be in these dialectics between validity and effectiveness that will shall find the anchorage point of the criteria of imputation that we are attempting to edificate.

In the second part of our work and enlightened by the aforementioned references, we tested a series of solutions proposed by legal authors for the purposes of solving the causal problem. These were rejected, as they do not comply with the above mentioned dialectics. We start from a given understanding of a juridically relevant action, which is enabled by the axiologic presupposition in which we base the proposed model and which we coordinate with an personalistic assumption of risk, in order to set out criteria of imputation which are in agreement with what we have been saying until then.

Therefore, it will be on the basis of an assumption of a sphere of risk and by confronting it with others spheres of risk (held by the injured party, a third party or the natural and social reality) that we shall be able to state when there should be objective imputation of the damage-injury to the behavior of the tortfeasor.

Although this enables the contact with reality, the need to ensure the transposition between the “must be” and the “be” and the duty to comply with a burden of cross-debate, lead us to subsequently to question the problem of proving causality and the conditionality issue to which is linked. We shall then deal with questions, as important and problematic, such as hypothetical, concurring, cumulative and alternative causation.

Finally, as consequence of the proposed model, considerations are made on the issue of causation implementing liability.

In all this it is the model of tort itself that knows new frontiers.

1ª Parte

Cap. I a V

O nexu de causalidade ao nível da responsabilidade extracontratual: a formulação do problema, o tratamento doutrinal e jurisprudencial que recebe e os referentes histórico-filosóficos, teleológicos, teleonomológicos, metodológicos e dogmáticos de compreensão do requisito.

CAPÍTULO I

Introdução

1. O problema da causalidade no seio da responsabilidade civil extracontratual: primeira aproximação ao problema. Circunscrição do âmbito de análise.

A, hemofílico, é lesado na sua integridade física por B e, uma vez chegado ao hospital, morre na sequência dos ferimentos ligeiros. Pode o pretense lesante ser responsabilizado pelo resultado morte? O exemplo de escola mostra-nos que não basta a constatação da ilicitude do comportamento – traduzida na violação do direito à vida – ou a desvelação do carácter culposos daquele para se responder afirmativamente ao quesito. Ao invés, sente-se a necessidade, ancorada em três planos distintos, mas complementares, de ligar o dano produzido à conduta desvaliosa. Tal exigência surge, desde logo, como uma decorrência do direito positivo. Não raras são as vozes que se ouvem no sentido de afirmar que a causalidade – enquanto pressuposto da imputação delitual – tem assento normativo no artigo 483º CC¹. Acresce que o requisito inspira-se

¹ Nesse sentido, invoca-se a parte final do artigo, a fazer referência aos danos *resultantes* da violação do direito ou da disposição legal de protecção de interesses alheios. Entendem alguns autores que a causalidade enquanto requisito da responsabilidade assentaria, positivamente, no citado preceito, lidando-se, ao nível do artigo 563º CC, com a questão da medida da obrigação de indemnizar. Veja-se, a este propósito, ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações*, 12ª edição, Almedina, Coimbra, 2009, p. 605. Refira-se, também, a última norma citada, tradicionalmente vista no sentido da consagração da

directamente na teleologia do instituto, a apontar para a reparação como a sua finalidade primacial, e implica a entrada em cena da intencionalidade normativa dele, a coenvolver a chamada à colação da magna ideia de responsabilidade e pessoalidade.

Simplesmente, o que poderia parecer líquido encerra um dos mais dilemáticos tópicos da dogmática responsabilizatória, não só em atenção à diabólica actividade probatória que fica a cargo – em regra – do lesado, como em atenção à impossibilidade de se encontrar a resposta ao problema do ponto de vista científico ou naturalístico.

Na verdade, se a outros níveis o que se indaga é a simples origem da causação do dano – ainda que animada pela busca do responsável no sentido da identificação do agente etiologicamente causador da mutação no real –, a intencionalidade normativa do problema que acompanha o discurso juridicamente cunhado insta-nos a operar divisões entre categorias que, comunicando entre si, não se confundem na sua pureza e cuja intelecção obriga a um esforço suplementar – para quem queira ser consequente no seu arrimo argumentativo – de convocação da dimensão principiológica do ordenamento que, fazendo-nos aceder à teleo(nomo)logia do instituto, nos abra caminho para a correcta densificação daquelas e funde respostas materialmente justas e normativamente adequadas para um concreto problema *sub iudice*².

Perfunctoriamente, dir-se-á que não é a mesma a carga problemática com que se depara o médico A que, perante a doença de B, tenta saber qual a razão da enfermidade

causalidade ao nível da responsabilidade civil – “a obrigação de indemnizar só existe em relação aos danos que o lesado provavelmente não teria sofrido se não fosse a lesão” –, e explique-se, remissivamente, que o apontamento aqui inscrito nos leva à cisão entre dois segmentos de problematicidade causal a que aludiremos adiante.

Veja-se, também, PAULO MOTA PINTO, *Interesse contratual negativo e interesse contratual positivo*, Coimbra Editora, Coimbra, 2008, p. 929 e nota 2605

² O pouco que aqui fica dito permite-nos, desde já, tecer algumas considerações. Na verdade, como veremos, uma das grandes dificuldades que o jurista enfrenta quando lida com o tópico da causalidade passa exactamente pela natureza dual da categoria. Quer isto dizer que com a causalidade se procura, por um lado, garantir a pertinência ao real, numa lógica explicativa que permita a reconstituição do iter que conduziu ao dano, e, por outro lado, resolver uma questão imputacional, a partir da qual já não se indaga o que lhe deu causa, em sentido naturalístico, mas sim quem o deve suportar.

Diferentes perspectivas acerca do modo como a juridicidade se realiza em concreto justificam diversas visões sobre o tema, ressaltando, porém, em quase todas elas a dicotomização entre a matéria de facto e a matéria de direito, a convocar critérios também eles distintos para a solução dos segmentos problemáticos, sem que, importa notar, se encontre unanimidade no tocante às nervuras com que a cisão se opera. Embora seja prematuro tecer mais esclarecimentos sobre tais segmentos dialógicos, por serem ininteligíveis por enquanto quer a nossa proposta concreta, quer os quadros conceptuais sedimentados pelos autores, veja-se, *inter alia*, não pela coincidência com aquela que será a nossa perspectiva, mas pelo sentido impressivo que aí se encontra, FLORENCE G’SSELL-MACREZ, *Recherches sur la notion de causalité*, Université Paris I – Pantheon – Sorbonne, 2005, p. 17 e ss.

e aquela outra com que se confronta o jurista quando, colocado defronte de uma situação danosa, tem de imputar o dano a uma esfera jurídica³.

Aí, há que, em primeiro lugar, apelar a um dado fundamento que justifique a transferência do prejuízo do património que o sofre naturalisticamente para outro. Ou seja, há que justificar a imputação, para o que se convocam critérios há longo tempo sedimentados pela doutrina e positivados – mais ou menos directamente – pelo legislador⁴.

Donde resulta, ainda que superficialmente, não estar em causa a simples causação do dano. A comutação que se anuncia – e de que a seu tempo cuidaremos – está eivada de um recorte ético e axiológico que não deixa indiferente o instituto da responsabilidade civil. É por isso que a compreensão do carácter ilícito e culposo do acto, para quem se estribe no sistema proposto por IHERING, ou do modo de ser *fautif* do mesmo, no quadro do pensamento tributário do código napoleónico, surge na primeira linha das preocupações do jurista que tenha que lidar com uma pretensão indemnizatória.

Sem que tal seja bastante. Sabemo-lo na pressuposição de dois dados fundamentais da caracterização do quadro ressarcitório: a ideia maior – como a própria designação indicia – do ressarcimento ou, melhor dizendo, da finalidade reparadora do instituto; e, directamente relacionada com ela, a certeza da imprescindível presença do resultado enquanto elemento motriz de operacionalidade do sistema.

³ No seio do ordenamento jurídico, a procura da causa surge eivada da dimensão imputacional de identificação do responsável, o que, adiantamo-lo, pode não ser compaginável com a eleição do causador natural do dano. Há, de facto, casos em que a imputação de um resultado é feita em direcção a uma pessoa que materialmente não contribuiu para a sua produção. Cf., novamente e *inter alia*, FLORENCE G'SELL-MACREZ, *Recherches...* cit., p. 72 e ss., distinguindo a causalidade histórica da causalidade jurídica.

⁴ Veja-se, quanto ao ponto, embora mobilizando um quadro de pensamento não inteiramente coincidente com aquele que, aqui e agora, se começa a esboçar, ARTHUR RIPSTEIN, *Equality, Responsibility and the Law*, Cambridge University Press, 1999, p. 25: “imagine a world in which the idea of responsibility has no normative significance. In such a world, there might be various ways of distinguishing which people did which things. We might employ any of the ways in which we could answer a question of the form “who did that?” (...). In order to attach normative significance to the idea of responsibility, however, we need more. In particular, we need some way of attaching persons to outcomes so that how something came about makes a difference to the normative status of parties with respect to it”.

Por isso, RIPSTEIN recorre, ilustrativamente, ao estado de natureza descrito por HOBBS para mostrar como, ali, não haveria lugar à responsabilidade, suportando cada um os danos que experimentasse. A estreita ligação entre a responsabilidade e a ideia de justiça é vincada, pois, pelo autor. A solução passaria, então, segundo uma visão liberal do problema, pela edificação de *property rights*. Como teremos oportunidade de perceber, outras podem ser as vias de resposta para o problema do justo que necessariamente emerge quando lidamos com questões atinentes à responsabilidade. Veja-se, aliás, a análise crítica que RIPSTEIN faz do pensamento de NOZICK e HAYECK (cf. p. 29). É que, como o próprio explicita, algo deve ser pressuposto para sustentar que as liberdades que se tutelam são mais importantes do que aquelas que são negadas.

Dito de outro modo, arredando-se uma função sancionadora ou colocando-se a mesma sob a chancela da finalidade indemnizatória, não pode o agente perpetrador do facto ilícito e culposo ser civilmente responsabilizado excepto se, em concreto, se dilucidar a existência de um dano que àquele seja imputável. E o que em teoria pode afigurar-se líquido avulta complexo já que, na realidade, os factos dificilmente surgem atomizados, antes dialogando numa cadeia de sucessivos efeitos e concorrendo com outras eventuais causas.

Acresce que a estrutura causal do mundo físico determina que um mesmo acto possa gerar *ad infinitum* consequências distantes e imprevisíveis⁵.

Eis, pois, a razão de ser da individualização de outra categoria normativa que, entretecendo a tecitura da responsabilidade civil, vem tradicionalmente dando resposta, a um tempo, a duas questões que a este ensejo emergem. Será que aquele dano, que se pretende apagar, foi causado pelo facto ilícito e culposo? Em que medida se devem indemnizar as consequências do mesmo^{6 7}?

⁵ Com isto percebe-se que, embora um dos pilares estruturantes da causalidade seja a correspondência ao real, não há-de ser no plano do *ser* que vamos encontrar a resposta às inquietações que se nos dirigem. Cf., a este ensejo, FLORENCE G'SELL-MACREZ, *Recherches...* cit., p. 585 e ss. Questionando, a propósito do que cunha por “metodologia da qualificação do nexo causal”, a pertinência de se resolver o problema da causalidade com recurso a argumentos retirados dos factos, aduz que tal tem um objectivo essencial, qual seja o de “fazer com que o julgamento da causalidade reflecta melhor a realidade dos eventos passados”, justificando a atribuição da responsabilidade àquele que efectivamente causou o facto ilícito. Consideramos duvidosa a cisão estanque entre o facto e o direito ao nível da realização judicativa deste e não deixaremos de invocar novamente a ideia já aflorada de que, no plano jurídico, a responsabilidade pode recair, por uma lógica de imputação, sobre alguém que não deu causa material ao dano. Contudo, importa, a este ensejo, relembrar que, ainda que não fossem estes os nossos argumentos, sempre se poderia dizer com a autora francesa que “há um julgamento inerente quando se querem estabelecer os factos. A dificuldade de tal julgamento é que ele não se apresenta sempre como certo. Como não vivemos num mundo determinista, nunca obteremos certezas absolutas”. Mais se diga, e no que agora nos interessa, que G'SELL MACREZ, em apelo ao seu esquema dialógico distinto do nosso, fala de situações em que o encadeamento causal é conhecido (tornando-se o diagnóstico causal simples, já que a inferência do nexo é quase evidente, devendo reconhecer-se que a qualificação dele resulta de considerações relativas à responsabilidade), para as apartar daquelas em que a influência causal não é clara, ou porque um evento preciso não pode ser estabelecido, ou porque o autor do dano não pode ser identificado (p. 596). Em tudo isso se mostra, afinal, que a conformação do requisito com que lidamos não pode deixar de surgir enervada por considerações atinentes ao justo.

⁶ Cf., a este propósito, não obstante ulteriores precisões acerca do pensamento do autor, CHRISTOPHE QUÉZEL-AMBRUNAZ, *Essai sur la causalité en droit de la responsabilité civile*, Dalloz, 2010, p. 3 e ss., afirmando que a responsabilidade civil e a causalidade são noções consubstanciais, que, embora não se confundam, não podem deixar de dialogar continuamente, uma vez que o juízo de responsabilidade implica a entrada em cena do princípio da causalidade. Teremos oportunidade de, adiante, escarpelizar a concepção causal que nos é fornecida pelo jurista francês, ao mesmo tempo que questionaremos qual o correcto entendimento acerca desta causalidade. Dito de outro modo, e adiantando algumas das nossas conclusões, veremos como o *topoi* argumentativo de que parte – na pressuposição das próprias funções que são cometidas à responsabilidade civil – deve ser configurado como problemático, ou seja, em que medida a necessidade de dar resposta às duas interrogações formuladas nos conduz insofismavelmente a abraçar a causalidade ou nos deixa espaço para abdicar dela em nome de um nexo de imputação orientado pela teleonomia jurídica. Cf., também, p. 15, onde o autor fala de um movimento “vers l'évacuation du lien de causalité”, através do estabelecimento de presunções de causalidade. Do mesmo modo, fala de

Trata-se, no fundo, do problema do nexo de causalidade, que, ao ser desta forma introduzido, permite antever algumas das linhas mestras da abordagem que dele se fará.

De facto, do pouco que foi dito resultam algumas ideias, que urge sedimentar.

Há, e este é um aspecto sublinhado pelos autores que anteriormente se debruçaram sobre a matéria⁸, uma ligação estreita entre uma dada finalidade que se erige para a responsabilidade civil e o modo como se configura o tema da dita causalidade^{9 10}.

E se a teleologia a que se apela joga, aqui, um papel fundamental, não nos podemos esquecer que, se nos ativermos exclusivamente a ela, corremos o risco de incompreender a intencionalidade normativa das normas que mobilizamos. Pois que, não se quedando o direito numa mera forma ordenadora de condutas, a remissão daquelas para os princípios torna-se imprescindível. Portanto, a teleologia há-de ser

hipóteses em que a previsão legal não faz apelo a uma ideia causal, como por exemplo da lei que introduz a noção de “implicação do veículo no acidente de circulação”.

Veja-se, ainda, Y. LAMBERT-FAIVRE, “L’*éthique de la responsabilité*”, *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 1998, p. 5 e ss. e CHABAS, “TGI Montpellier, 21 déc. 1970”, *Recueil Dalloz*, 1971, p. 637.

⁷ Veja-se, novamente, CHRISTOPHE QUÉZEL-AMBRUNAZ, *Essai sur la causalité... op. cit., loc. cit.*, evidenciando os dois segmentos a indagação causal tradicionalmente vem dar resposta. A este propósito, sublinhe-se que o autor considera que a causalidade não é apenas uma condição da responsabilidade civil, mas determina o fundamento da obrigação de reparação. A causalidade é entendida aqui como um movimento de valor em detrimento da vítima, que vê o seu património diminuído. Ligam-se estas considerações a um entendimento da responsabilidade civil ancorada num ideal ressarcitório. São suas as palavras “a responsabilidade civil, instituído de equilíbrio, faz nascer, em benefício da vítima, uma obrigação de reparação. A causa dessa obrigação é o movimento de valor que atenta contra o património da vítima” – cf. p. 405.

⁸ Cf., *inter alia*, TRIMARCHI, *Causalità e danno*, Giuffrè Editore, Milano, 1967; PEREIRA COELHO, *O problema da causa virtual na responsabilidade civil*, Coleção Teses, Almedina, Coimbra, 1998; CHRISTOPHE QUÉZEL-AMBRUNAZ, *Essai sur la causalité... cit.*, p. 12 e ss.

⁹ Cf., a este propósito, RICHARD W. WRIGHT, “Actual causation vs. probabilistic linkage: the bane of economic causation”, *Journal of Legal Studies*, 14, 1985, p. 435 e ss., considerando que os problemas atinentes ao nexo de causalidade se colocam precipuamente no tocante aos juristas que defendem a contaminação do instituto da responsabilidade civil com as notas predicativas da justiça correctiva. O autor vai mesmo mais longe e anuncia que a desconsideração da importância do requisito na obra de alguns juristas se deve ao tipo de racionalidade por eles mobilizada e à teleologia pela qual se deixam guiar. Assim, chama à colação os *social welfare theorists*, os *economic analysts*, e os realistas jurídicos para ilustrar a sua asserção prévia.

Quanto aos últimos, veja-se LEON GREEN, *Rationale of Proximate Cause*, Vernon Law Book Company, Kansas City, 1927 e WEX MALONE, “Ruminations on cause-in-fact”, *Stanford Law Review*, 9, 1956/1957, p. 60 e ss., citados por WRIGHT, e cujas obras teremos oportunidade de acompanhar, apresentando referências específicas ao seu conteúdo *infra*.

Apontamento, ainda, para o que WRIGHT cunha por *normative theorists*, a conexiões a *actual causation* com noções atinentes à responsabilidade moral e legal.

¹⁰ Esta ligação é tanto mais evidente quanto se pense que a exigência da causalidade é determinada pela natureza essencialmente reparatória do instituto. Do mesmo modo se vê que a íntima união entre o requisito e a intencionalidade normativa da responsabilidade civil torna imperiosa a identificação do autor do dano. Simplesmente, como haveremos de perceber, não temos de ficar condenados a uma visão causalista do problema, antes devendo relevar o sentido imputacional da categoria com que temos de lidar. Aliás, em bom rigor, compreendido que seja o reflexo da pressuposição axiológica na conformação do critério, não poderemos continuar a olhar para a causalidade do ponto de vista tradicional, antes a devendo convolar numa ideia de imputação.

complementada pela atenção dispensada à teleonomia, isto é, pela leitura dos quadros sistémicos do ressarcimento à luz do sentido do direito e do fundamento ético-axiológico que os alicerçam.

Note-se, desde já, que o que poderia parecer um discurso nefelibata se caracteriza, pelo contrário, por uma apurada percepção da essência informadora da juridicidade. Donde decorre que aquela que elegermos, na esteira dos ensinamentos de CASTANHEIRA NEVES¹¹, como a ideia do direito enquanto direito – a ineliminável dignidade do ser humano como pessoa, com tudo o que isso implica – estará presente a colorir todos os dados do sistema e, designadamente, todas as categorias normativas tidas como pressupostos da responsabilidade civil. Assim, não é só ao nível da conformação da ilicitude ou da culpa que ela derrama a sua intencionalidade, mas ainda e sempre a propósito da própria causalidade, anunciando-se, neste nosso breve excursus, que as ideias a apresentar – projectadas num determinado quadro doutrinal – não só estarão em consonância com a primária teleologia referida, como serão tributárias desse pensamento axiologicamente cunhado.

Percebe-se, assim, embora não axiomáticamente, que se há-de questionar o próprio sentido da causação no imprescindível cotejo com a ideia de imputação¹² e na

¹¹ Elegemos o autor por ser um marco incontornável do pensamento jurídico pátrio. Sem que tal, no entanto, implique a negação dos contributos de tantos onde o próprio bebeu influência. Não será, por isso, de estranhar que, ao longo da nossa dissertação, a ideia personalista seja apresentada pela voz de diferentes juristas, quer nacionais, quer estrangeiros.

¹² A diferença entre a imputação e a causalidade foi tematizada por LARENZ – cf. *Hegels Zurechnungslehre und der Begriff der objektiven Zurechnung. Ein Beitrag zur Rechtsphilosophie des kritischen Idealismus und zur Lehre der „juristischen Kausalität“*, reimp., Scientia, Aalen, 1970 (1927) [cf., em especial, p. 60, 71 e 86]. Do autor, veja-se, ainda, *Lehrbuch des Schuldrecht, Allgemeiner Teil*, I, 14. Aufl. I, p. 112 e ss. e p. 435 e ss.

Quanto ao ponto, cf., também, E. A. KRAMER, “Das Prinzip der objektiven Zurechnung im Delikts- und Vertragsrecht”, *Archiv für die civilistische Praxis*, 171, 1971, p. 422 e ss.; PEREIRA COELHO, *O problema da causa virtual...* cit., p. 171-173; HEINRICH LANGE, “Herrschaft und Verfall der Lehre vom adäquaten Kausalzusammenhang”, *Archiv für die civilistische Praxis*, 156, 1957, p. 115 (note-se que o último autor citado nos vem mostrar que a doutrina da causalidade adequada é mais uma doutrina de imputação e fundamentação de responsabilidade, do que propriamente uma teoria causal estrita – “(...) die Theorie vom adäquaten Kausalzusammenhang keine besondere Kausalitäts-, sondern eine Haftungsbegrenzungstheorie ist, um so mehr hat man sie auf ihre Eignung geprüft, den Umfang der Haftung für verursachte Schäden auf ein billiges Maß einzuschränken”. Refira-se que a ideia não é exclusiva do autor, remetendo-se para o corpo da nossa dissertação a referência a outros pensadores que dela comungam, donde a inserção desta nota só se justifica a título exemplificativo.); F. BYDLINSKI, *System und Prinzipien des Privatrechts*, Springer Rechtswissenschaft, Wien, New York, 1996, p. 186 e ss. e *Probleme der Schadensverursachung nach deutschem und österreichischem Recht*, F. Enke, Estugarda, 1964, p. 4 e ss. e p. 59 e ss.; ANA PERESTRELO DE OLIVEIRA, *Causalidade e imputação na responsabilidade civil ambiental*, Almedina, Coimbra, 2007, p. 24; CARNEIRO DA FRADA, *Teoria da Confiança e responsabilidade civil*, Almedina, Lisboa-Porto, 2003, p. 626; GERT BRÜGGEMEIER, *Haftungsrecht: Struktur, Prinzipien, Schutzbereich. Ein Beitrag zur Europäisierung des Privatrechts*, Springer, Berlin, Heidelberg, New York, 2006, p. 27; MARTÍN GARCÍA-RIPOLL MONTIANO, *Imputación objetiva, causa próxima y alcance de los daños indemnizables*, Editorial Comares, Granada, 2008; LUZÓN PEÑA, “Causalidad e imputación objetiva como categorías distintas dentro del injusto”, *Actualidad*

necessária contemplação das duas interrogativas que se apresentam ao jurista neste quadro e das quais já demos nota. A percepção do sentido imputacional permitirá resolver algumas das aporias com que tipicamente o jurista se confronta. É que, ao lançar-se mão de um mesmo critério para dar resposta a dois problemas que, estando conexos, resultam, não obstante, diversos, criam-se problemas delicados com que a jurisprudência se vê confrontada no seu justo decidir concreto¹³.

E com isto é o nosso plano dialógico que é posto a nú. Centrarmos-nos na relevância normativa do *nexo de causalidade*. Mas, como podemos constatar, tal implicará a análise do próprio fundamento da imputação delitual, de tal forma que sejamos capazes de compreender o nóculo central que a anima e de perceber em que medida a causalidade cumpre aí um papel nuclear ou tão-somente configura um expediente de delimitação do dano indemnizável. Donde a apurada intelecção do problema resvalará sempre, mesmo que instrumental e incidentalmente, na problematização de certos aspectos dos restantes pressupostos da responsabilidade civil¹⁴. Até porque, adequadamente entendido, aquele nexo – ou não significasse ele, literalmente, uma ligação – estabelecerá uma ponte entre os diversos momentos do juízo ressarcitório. Pelo que, dialecticamente, condicionará o olhar derramado para eles e por eles será co-conformado¹⁵.

Jurídica, 1981, p. 78 e ss.; F. LEDUC, “Causalité civile et imputation”, Les distorsions du lien de causalité en droit de la responsabilité civile, *Revue Lamy Droit Civil*, 2007/40, nº2631.; MENEZES CORDEIRO, *Direito das Obrigações*, II, AAFDUL, Lisboa, 2001, p. 337 e ss.

¹³ Referindo-se perfunctoriamente aos problemas suscitados pela compatibilização entre a ideia de causalidade e a ideia de responsabilidade, cf. ANTONY HONORÉ, “Causation in the law”, *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, www.plato.stanford.edu/entries/causation-law, 2005. A complexidade a que o autor alude neste seu estudo fica a dever-se a quatro vectores: 1) incidência da responsabilidade, 2) níveis de responsabilidade; 3) modos pelos quais a relação causal deve ser demonstrada; 4) variedade de relações que, em certo sentido, podem ser tidas por causais.

¹⁴ Desfaçam-se, contudo, quaisquer dúvidas quanto à ambição da nossa dissertação. Não temos pretensões de elaborar um qualquer tratado acerca da responsabilidade civil que, sistematizando os diversos pressupostos de procedência de uma pretensão indemnizatória, os desenvolvesse com igual profundidade. É outra a nossa missão. Centrados no nexo de causalidade – dentro do qual operaremos cisões que nos permitirão, a breve trecho, identificar o nóculo central do nosso tema e relegar para o plano subsidiário na economia da tese outras questões igualmente importantes –, só chamaremos à colação os referidos requisitos na medida em que a sua equação se torne incontornável para quem queira ser consistente no tratamento daquele pressuposto delitual.

¹⁵ Cf. GUIDO ALPA, *Responsabilità civile e danno. Lineamenti e questioni*, Il Mulino, 1991, p. 294 : “l’attenzione che si è nelle diverse esperienze spostata dai criteri di imputazione alla nozione e ai tipi di danno ha investito direttamente il problema della causalità”.

Cf., também, CEES VAN DAM, *European Tort Law*, Oxford University Press, 2006, p. 267, onde se pode ler que uma razão para as dificuldades de se desenhar um conceito geral de causalidade (e para a comparação entre os vários sistemas legais) é o facto de “a causalidade ser determinada e influenciada pelos outros requisitos da responsabilidade”, o que faz da categoria um *elusive phenomenon*.

Veja-se, igualmente, quanto ao ponto, CHRISTIAN VON BAR, *The Common European Law of Torts*, vol. 2, Clarendon Press, Oxford, 2000, p. 442. Considera o autor que, não obstante uma ponderação analítica dos diversos pressupostos da responsabilidade civil, o juízo entretecido a propósito de um deles não deixa

No nosso percurso, serão as próprias soluções jurisprudenciais a ser objecto de uma reflexão crítica. Pois que, se todos estes dados se conjugam problematicamente quando abrimos as portas do raciocínio ao tema que nos propomos tratar, intuitivamente conseguimos discernir uma, pelo menos aparente, contradição entre a densidade daquele e a simplicidade enunciativa da fundamentação dos nossos tribunais perante os casos concretos.

Efectivamente, contra o que se poderia deduzir do último parágrafo, não é despidendo um calcorrear comprometido pelos arestos que se debruçam sobre o problema. Não só a percepção do caso concreto como o *prius* metodológico justifica, até, que se inicie o nosso percurso por essa análise, como ela representa uma mais-valia. Mais-valia por, remetendo-nos para os dados da realidade, permitir realçar alguns dos elementos da relevância concreta dos casos emergentes no mundo da *praxis*. Mais-valia ainda por, traduzindo a realização judicativo-decisória do direito, comunicar a orientação de um estrato do sistema na matéria, e bem assim mostrar as insuficiências de que a mesma possa padecer.

Será, portanto, este o ponto de partida, que nos levará a percorrer um longo caminho.

Mostrando-se a jurisprudência, em homenagem aos ensinamentos da melhor doutrina nacional e estrangeira, maioritariamente adepta da teoria da causalidade adequada, a mesma não deixa de a convocar em termos que nos fazem lembrar um decidir com base no justo intuir, de que foi arauto o movimento do direito livre¹⁶. Muitos dos acórdãos consultados parecem denotar a espontânea adesão a uma solução

incólumes os restantes. E defende que, ainda que se deva arredar do horizonte qualquer arbitrariedade, não podemos esquecer uma visão global do fenómeno ressarcitório. Ilustra a importância destas considerações com três constelações problemáticas, quais sejam a) o comportamento lícito alternativo (*rechtmässiges Alternativverhalten*) [considera, na verdade, o autor que, num caso como o do médico que omite negligentemente um tratamento conduzindo à morte do paciente que, de todo o modo, face ao quadro clínico, teria morrido, se pode aventar a hipótese de nem ter havido violação do dever, já que não há quebra do dever de auxílio de alguém que não pode ser auxiliado. E adianta que, concluindo-se pela violação do dever, tal não pode ficar intocável]; b) o problema da perda de chance; c) a questão da causalidade hipotética. Ver, ainda, p. 441: “in tort, a breach of duty and damage are needed to prove causation and vice versa”.

¹⁶ Cf. TRIMARCHI, *Causalità...* cit., p. 41.

Não implica a afirmação a pretensão de dotar a realização do direito de um carácter meramente lógico e dedutivo, garante da certeza e segurança jurídica que eram apanágio de outros tempos. Não só tal se afigura irrealizável, como correríamos o risco de irrelevar as especificidades do caso concreto, com sacrifício óbvio da justiça que se quer material.

Referindo-se ao problema, e aproveitando para com isso se demarcar da pura tautologia, cf. HANS GIGER, “Analyse der Adäquanproblematik im Haftpflichtrecht. Beitrag zur Objektivierung der Wertungsmassstäbe“, *Festschrift für Max Keller zum 65. Geburtstag*, Schulthess Polygraphischer Verlag, Zürich, 1989, p. 150-151.

tida por materialmente adequada sem que se consiga dilucidar convenientemente um *iter* argumentativo que, chamando à colação os diversos estratos do sistema predisposto para orientar o decidente, funde normativamente aquele resultado. E se nenhuma desconfiança nos move contra o juiz – até porque acreditamos no papel activamente conformador do direito e redensificador da normatividade que ele desempenha –, já não nos parece consentâneo com uma ideia de igualdade e segurança, ainda que materialmente conformadas, a ambivalência de um decidir que se quer justo^{17 18}.

Pesará nesse desacerto a falta de quadros de inteligibilidade da categoria em apreço verdadeiramente sedimentados. Não negamos a existência de obras de referência na matéria. Porém, não podemos deixar de ter em conta que os tempos são hoje outros e que, em face de eventuais mudanças de paradigma – que fazem, inclusivamente, repensar as finalidades que a responsabilidade civil é chamada a desempenhar – e da multiplicação das situações de conflitualidade, eivadas de uma complexidade crescente, novas respostas urgem¹⁹.

¹⁷ No mesmo sentido, denotando a preocupação de munir a jurisprudência de um acervo de critérios mobilizáveis sempre que, face a um concreto problema jurídico, se questione a matéria do nexo de causalidade, cf. PEREIRA COELHO, “O nexo de causalidade na responsabilidade civil”, *Boletim da Faculdade de Direito*, suplemento IX, 1951, p. 73. Denuncia o autor a posição de todos aqueles que, aberta ou veladamente, defendem a recondução do tema para o puro arbítrio do julgador. Não se pense, porém, existir uma perfeita sintonia entre o testemunho do autor e o entendimento que sobre a matéria vertemos.

Começamos por nos afastar – em termos metodologicamente consonantes com o que tem sido a lição de CASTANHEIRA NEVES e PINTO BRONZE, *inter alia* (cf. *Metodologia Jurídica. Problemas Fundamentais*, Coimbra Editora, Coimbra, 1993 e *Lições de Introdução ao Direito*, Coimbra Editora, Coimbra, 2002) – da ideia de lacuna da lei, a ser preenchida pelo intérprete. Saliente-se que o trabalho do autor se refere à codificação de Seabra, mas o cerne da abertura legislativa à judicatura acaba por se manter com o diploma de 1966. Pelo que, verdadeiramente, o dissídio de opinião se cunha em termos metodológicos estritos, com todas as implicações que isso possa acarretar.

¹⁸ Veja-se, a este propósito, WILLIAM PROSSER, *Handbook of the Law of Torts*, 4th edition, 1971, p. 237, sublinhando que o aspecto mais simples e mais óbvio da determinação da responsabilidade era a prova de que o lesante causou o dano. Discordamos em absoluto da posição expendida pelo autor. Não só porque, em muitos casos, se torna difícil provar a naturalística causação do dano, como porque, judicativamente, a nossa intencionalidade não coincide com a operante no mundo fisicista. Não obstante, a asserção mostramos claramente como vem pensado o problema por muitos autores e como, ao nível judicial, a solução da causalidade é encontrada, não raras vezes, em termos intuitivos.

Cf., igualmente, THOMAS RAISER, “Adäquanztheorie und Haftung nach dem Schutzzweck der verletzten Norm”, *Juristenzeitung*, 18, Heft 15, 1963, p. 462 e ss, considerando que “uma análise da jurisprudência mostra que nunca houve uma aplicação uniforme da teoria da adequação quando se recorre a ela para limitar a responsabilidade. Aberta ou veladamente, recorre-se amiúde a outros pontos de vista imputacionais que nos permitam chegar a resultados convincentes”. Designadamente, adianta RAISER que muitos são os casos complexos, passando a dificuldade pelo facto de, segundo o critério da experiência, poder ser estatisticamente muito baixa a probabilidade de ocorrência de um dano se não tivermos em conta as ameaças reais e as informações específicas sobre o que aconteceu. Só que, como bem veremos, isso conduz-nos a um outro leque de nervuras problemáticas, quais sejam a determinação do grau de probabilidade e a perspectiva a partir da qual ela deve ser avaliada.

¹⁹ Veja-se a este propósito a acutilante crítica que MENEZES CORDEIRO desfere contra a causalidade adequada – cf. MENEZES CORDEIRO, *Da responsabilidade civil dos administradores das sociedades comerciais*, Lex, Lisboa, 1997, p. 533-534.

São essas novas respostas reclamadas que geram o primeiro dos grandes problemas. Na verdade, a complexificação social e a emergência de uma sociedade de risco, potenciando casos de pluralidade de responsáveis, nem sempre totalmente isolados, impelem a *causalidade* a solucionar a questão da identificação do agente responsável²⁰. Ora, o cotejo desta ideia com uma solução marcada no seu início pelo mecanicismo, a despeito da normativização que a mesma sofreu, determina a introdução de correções à formulação inicial da teoria da causalidade adequada que, se de um ponto de vista material são de aplaudir, fazem resvalar um critério que se pretendia objectivo para o limbo da subjectividade. *Probabilidade e previsibilidade* surgem, dicotomicamente, em confronto, sem que seja muitas vezes líquida a distância que as separa, o que implica, igualmente, a dificuldade prática da demarcação de fronteiras entre a *culpa* e a *causalidade*^{21 22}.

Sintetizam-se em três grandes frentes. Por um lado, a fórmula explícita pouco, ficando dependente dos dados que se lhe acrescentem. Ao que se alia o facto de a justiça material reclamar que o jurista se desvie do puro juízo abstracto de adequação, lançando mão de bitolas concretas, sem que se consiga dilucidar quem as fornece, pelo que conclui que “a adequação não é bitola de coisa nenhuma: trata-se, apenas, de um espaço que iremos preenchendo com base no senso comum e em juízos de tipo ético, até que a Ciência do Direito seja capaz de explicar o fenómeno”. Por último, ela concita dúvidas e dificuldades perante normas de protecção e tutelas indirectas.

Tendo, a certa altura do seu percurso académico, aderido à teoria da acção final (cf. *Direito das Obrigações*, 2º volume, Lisboa, 1988, p. 336), explicitamente se demarca dela nesta obra – cf. *Da responsabilidade civil...* cit., p. 533, nota 224 – em virtude da sua insuficiência dogmática, ou seja, “da sua inoperacionalidade, na resolução dos casos concretos”. Particular atenção é dada, em alternativa, à doutrina da finalidade da norma.

²⁰ Veja-se GUIDO ALPA, *Responsabilità civile e danno...* cit., p. 295. Note-se que o autor, evidenciando que a multicausalidade concita novos e complexos problemas no quadro dogmático atinente à responsabilidade civil, frisa, ainda, que, se aquela complexidade se agiganta no domínio dos *mass torts*, ela não se exclui nos eventos ocasionais não catastróficos, impondo a procura de novas soluções.

Cf., igualmente, quanto ao ponto, DONALD G. GIFFORD, “The Challenge to the Individual Causation Requirement in Mass Product Torts”, *University of Maryland School of Law Legal Studies Research Paper n°2005-34*, www.ssrn.com/abstract=696561, apontando como factores perturbadores da causalidade os casos problemáticos que emergem, cuja estrutura já não assenta na linearidade do agente isolado causador de um dano físico, e o debate entretido pelos académicos a propósito da própria essência da *tort law*

²¹ Cf. PEREIRA COELHO, “O nexos de causalidade na responsabilidade civil”... cit., p. 121. O autor, apresentando uma monografia sobre o nexos de causalidade no quadro da responsabilidade civil, mostra a importância de, de modo instrumental, enquadrar o requisito no domínio mais vasto da articulação entre os pressupostos da obrigação ressarcitória e acentua a necessidade de a extremar da noção de culpa.

Veja-se, ainda, do autor, “A causalidade na responsabilidade civil, em direito português”, *Revista de Direito e Estudos Sociais*, ano XII, 1965, p. 39-58.

Em sentido diverso, mostrando a ligação entre a culpa e o juízo causal, embora no quadro de um pensamento estranho à dogmática nacional, que se centra na análise crítica dos *outcome responsibility*, cf. PETER CANE, “Responsibility and Fault: a relational and functional approach to responsibility”, *Relating to responsibility. Essays for Tony Honoré on his eightieth birthday*, Portland Oregon, Oxford, 2001, p. 107.

Também apresentando uma conexão nítida entre a culpa e a causalidade, cf. o pensamento de SÃO TOMÁS DE AQUINO e alguns dos seus seguidores, *apud* JAMES GORDLEY, “Tort Law in the Aristotelian Tradition”, *Philosophical Foundations of Tort Law*, DAVID G. OWEN ed., Clarendon Press, Oxford, 1996, p. 131. Refere o autor que, segundo a tradição aristotélica por aqueles seguidos, se procurou fornecer uma

A equação que nos motiva conduzirá, inexoravelmente, à re-problematização daquela dualidade, ao mesmo tempo que imporá uma reflexão acerca dos pólos unidos pela segunda. E com isto é toda a dogmática da responsabilidade civil que entra em campo, numa tentativa de compreender os pressupostos do seu funcionamento e o modo como se interligam. De um modo perfunctório, dir-se-ia que conduzirá inexoravelmente ao debate que opõe os defensores da ilicitude da conduta à ilicitude do resultado e chamará à colação a operacionalidade do finalismo no quadro da responsabilidade civil.

Reforçando o que ficou dito, podemos repetir que a compreensão do centro nevrálgico da problemática repousará, ainda, na inquietante dúvida sobre se verdadeiramente fará sentido falar, a este propósito, de causalidade ou, outrossim, e mais rigorosamente, de imputação^{23 24}.

E se assim é, e porque o discurso jurídico é, também, na sua matriz, um perguntar problematizante de sentido, novas dúvidas afloram no nosso horizonte discursivo. Designadamente, afigura-se pertinente interrogar em que medida deve o conceito de *causalidade* (cuja assertividade será ela mesma questionada) continuar a ser

explicação conjunta para a causalidade e a culpa: “one could not say a person was the cause of another’s harm unless he chose to harm him by acting intentionally or negligently”.

Veja-se, igualmente, o importante testemunho de CHRISTIAN VON BAR, *The Common European Law ...* cit., p. 412, nota 7, considerando que, pese embora a independência do critério *causalidade*, existe uma relação necessária entre ele e aqueloutro da culpa, na medida em que ambos pressupõem um juízo de probabilidade e previsibilidade e em que a possibilidade do teste da causalidade depende ainda da formulação do dever concretamente em causa. O autor argumenta nesse sentido relembrando a categoria alemã da *Einwand des rechtmässigen Alternativverhalten* (comportamento lícito alternativo).

In fine, cf., também, ROTHER, “Die Begriffe Kausalität, Rechtswidrigkeit und Verschulden in ihrer Beziehung zueinander”, *Festschrift für Karl Larenz zum 80. Geburtstag*, München, 1983, p. 537 e ss.

²² Cf., ainda, CEES VAN DAM, *European Tort Law...* cit., p. 267, considerando que os requisitos da negligência e da causalidade estão directamente relacionados um com o outro, já que nos dois a probabilidade joga um papel preponderante (se ao nível da culpa, a questão é como o dano poderia ser causado pela conduta negligente, no tocante à causalidade, questiona-se em que medida o dano foi causado por aquela ou pela causa pelo qual o lesante é responsável), do mesmo modo que a previsibilidade actua por referência aos dois requisitos. Acresce que, quanto maior for o grau de negligência, mais fácil se torna a atribuição de consequência remotas e imprevisíveis, podendo mesmo dizer-se que quem actua com dolo deve responder por todos os efeitos directos. Na perspectiva comparatística que encabeça, o autor adianta também que, na *Common Law*, os elementos do *scope of the duty* absorvem certos tópicos da causalidade, que, por sua vez, e de acordo com o que também já foi por nós sublinhado ao falarmos da dependência recíproca dos diversos pressupostos delituais, é influenciada pelo tipo de dano ou mais concretamente pelo carácter do direito ou interesse violado, sendo mais fácil estabelecê-la nas hipóteses de morte ou lesão corporal do que nos casos de dano à propriedade ou dos *pure economic losses*).

²³ Considerando que a relação entre a causalidade e a responsabilidade está eivada de um grau de complexidade elevado e apresenta contornos mutáveis ao longo do tempo e do espaço, inculcando a ideia da dependência dela relativamente a diversos factores, entre os quais salientamos, em sintonia com o que fica inscrito em texto, o modo como se compreende a própria juridicidade, cf. GUIDO ALPA, *Responsabilità civile e danno...* cit., p. 295.

²⁴ Cf., numa perspectiva que não é seguramente a nossa quando referimos o abandono da causalidade e a sua substituição por uma ideia de imputação, JUDITH JARVIS THOMSON, “The decline of cause”, *Georgetown Law Journal*, 76, 1987, p. 13, afirmando que “fault went first (...) now cause is going”.

pensado em termos unitários ou se, pelo contrário, fará sentido realçar a natureza bifronte da questão juridicamente relevante. Natureza bifronte que nos encaminhará, a montante, para a supra indicada noção de imputação, dialogante, ou não nos inseríssemos nós num modelo de inspiração iheringiana, com a noção de ilicitude e culpa; e a jusante para circunscrição dos danos que naquele quadro dogmático de imputação delitual se podem inscrever^{25 26}.

A bifurcação a que se alude é análoga à estabelecida no quadro do ordenamento jurídico germânico. Distinguem, aí, os autores a *haftungsbegründende Kausalität* da *haftungsausfüllende Kausalität*^{27 28}. A primeira prende-se com o estabelecimento da

²⁵ Cf. Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 11 de Julho de 2006, onde se pode ler que “o nexos de causalidade não tem apenas por função delimitar os danos indemnizáveis (artigo 563º CC), mas também e previamente constitui um elemento da responsabilidade civil (artigo 483º, nº1 CC: “... resultantes da...” [www.dgsi.pt].

No mesmo sentido, vide MENEZES CORDEIRO, *Da responsabilidade civil dos administradores...* cit., p. 547-548.

Cf., ainda, GIOVANNI VALCAVI, “Intorno al rapporto di causalità nel torto civile”, *Rivista di diritto civile*, anno XLI, nº5, 1995, p. 489. Afirma, aí, o autor que “il giudizio causale nella responsabilità civile assume rilievo per individuare, dall’uno lato, la causa (...) e, attraverso questa, il danneggiante, e dall’altro lato, per determinare (...) quali e quanti siano stati i danni di cui lo stesso deve rispondere e qual la loro dimensione” e G. ALPA, M. BESSONE, ZENO-ZENCOVICH, “I Fatti illeciti”, in PIETRO RESCIGNO, *Trattato di diritto privato*, 14, *Obbligazioni e Contratti*, VI, 2ª edição, UTET, Torino, 1995, p. 68 [falamos os autores da *função polivalente* do nexos de causalidade: “serve a individuare eziologicamente il rapporto tra comportamento, evento, danno e quindi serve a selezionare le cause e le concause; serve quindi a selezionare gli interessi apprezzabili e a contenere i danni risarcibili”. Note-se que a segunda função acaba por ser exercida, segundo o depoimento colhido nas páginas citadas, conjuntamente com a ideia de injustiça do dano; e a terceira queda-se na racional distribuição dos riscos, excluindo da área de ressarcibilidade as consequências que, mesmo por alguma via coligadas com a causa, coenvolveriam um ónus excessivo para o lesante. É aí que os autores inserem a razão do não ressarcimento dos chamados danos reflexos. Cf. p. 68-69].

²⁶ Note-se que o segundo segmento dito causal – atinente à causalidade preenchedora da responsabilidade – se liga sobremaneira com o problema da determinação do dano indemnizável.

Sobre o ponto, veja-se, *inter alia*, CESARE SALVI, *Il danno extracontrattuale. Modelli e funzioni*, Jovene Editore, Napoli, 1985, p. 43 e ss. O autor, começando por apresentar, a propósito do dano extracontratual, o princípio da equivalência entre o *quantum dell’obbligazione risarcitoria* e o *danno subito dalla vittima* (o qual se refracte, segundo a sua lição, em quatro sub-princípios – cf. nota 1, p. cit.: a) *irrilevanza di grado di colpevolezza ai fini di quantum*; b) *criterio di nessun arricchimento della vittima*; c) *irrilevanza dell’arricchimento del responsabile*, quando superior ao dano a ressarcir; d) *inapplicabilità alla materia aquiliana della regola dell’art. 1225 CC*), acaba por relaciona-lo com o problema da causalidade jurídica, atestando a dificuldade – não identificada com impossibilidade – de distinguir o plano causal daqueloutro da valoração do dano (cf. p. 47).

²⁷ Cf. TRAEGER, *Der Kausalbegriff im Straf und Zivilrecht*, Elwert, Malburg, 1904, p. 219; ESSER/SCHMIDT, *Schuldrecht I Allgemeiner Teil*, Teilband 1, 8 Aufl., 1995, p. 210 (cf. também p. 521, afirmando que o nexos de causalidade cumpre uma função positiva de imputação e uma função negativa de delimitação dos danos) ; LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts ...cit.* I, p. 432 [definindo a *haftungsbegründende Kausalität* como „eine Kausalzusammenhang zwischen einen bestimmten Tun und dem dadurch hervorgerufenen Erfolg, z. B. Einer Handlungen des Esatzpflichtigen und der Verletzung des Körpers oder der Beschädigung einer Sache des Verletzten (...)“ e considerando que com „dem haftungsausfüllenden Kausalzusammenhang ist dagegen der zwischen der Verletzung des Körpers oder der Beschädigung der Sache und den daraus weiter entstehenden Schadensfolgen gemeint“. Veja-se, ainda, p. 433, para a exemplificação da distinção com casos concretos]; ENNECERUS-LEHMANN, *Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, Recht der Schuldverhältnisse*, 15 Aufl., Mohr, Tübingen, 1958, p. 60; ULRICH MAGNUS, “Causation in german tort law”, *Unification of Tort Law: causation*, J. SPIER (ed.),

Principles of European Tort Law, vol. 4, European Centre of Tort and Insurance Law, Kluwer Law International, London, Boston, 2000, p. 63; GERT BRÜGGEMEIER, *Haftungsrecht*. ... cit., p. 545 e ss. (afirmando que a dicotomia espelha a diferença que se estabelece entre a lesão do interesse e o dano. Para que haja responsabilidade, é necessário que haja uma lesão de um bem jurídico ou de um interesse protegido que seja imputável a um sujeito diverso daquele que o titula. Problematisa-se, assim, o fundamento da responsabilidade, devendo-se posteriormente saber que danos são indemnizáveis ou não, na medida em que os danos devem ser causados através da lesão do interesse); FIKENTSCHER, *Schuldrecht*, 9 Aufl., De Gruyter, Berlin, New York, 1997, p. 290-292 (Cf., também, FIKENTSCHER/HEINEMANN, *Schuldrecht*, 10 Aufl., De Gruyter, Berlin, 2006, p. 299 e ss.); ERWIN DEUTSCH, *Allgemeines Haftungsrecht*, 2. völlig neugestaltete end erw. Aufl., Carl Heymanns Köln, Berlin, Bonn, München, 1996, p. 84 (considerando, ademais, que a causalidade fundamentadora da responsabilidade não necessita de ser adequada, não tendo de se verificar o requisito da adequação também ao nível das disposições de protecção de interesses alheios); HERMANN LANGE, GOTTFRIED SCHIEMANN, *Handbuch des Schuldrechts. Schadenersatz*, 3 Aufl., Mohr, Tübingen, 2003, p. 77 e ss. [considerando, no entanto, que a distinção entre estas duas formas de causalidade não se aplica se a lei se fixar no nexo de causalidade entre um comportamento específico – como, por exemplo, a condução em excesso de velocidade, relevante nos termos do § 823 II BGB – ou um determinado processo operativo – responsabilidade objectiva – e o prejuízo. A distinção teria importância, entre outras razões, por uma questão probatória – no caso da responsabilidade fundamentadora da responsabilidade, aplicar-se-ia o § 286 ZPO, mobilizando-se o § 287 ZPO no que tange à causalidade preenchedora da responsabilidade]; HENNIG LÖWE, *Der Gedanke der Prävention im deutschen Schadenersatzrecht. Die Flucht in den Geldersatz immaterieller Schäden. Zugleich eine Besprechung der Caroleine – Urteil des Bundesgerichtshofs und des Draehmpaehl – Urteil des Europäischen Gerichtshofs*, Peter Lang, Europäische Hochschulschriften, Reihe II, Rechtswissenschaft, Frankfurt, Berlin, Bern, Bruxelles, New York, Oxford, Wien, 1999/2000, p. 106, 115 e 230 e ss. [Segundo LÖWE, no caso da *haftungsbegründende Kausalität*, trata-se de seleccionar a causa entre as diferentes condições, enquanto a *haftungsausfüllende Kausalität* aponta no sentido da selecção das diferentes consequências possíveis, donde a diferença residiria, em primeiro lugar, no enfoque com que cada questão seria abordada]; HANS STOLL, *Haftungsfolgen im bürgerlichen Recht. Eine Darstellung auf rechtsvergleichender Grundlage*, C.F. Müller, Heidelberg, 1993, p. 392 e ss. [Veja-se, ainda, na obra citada p. 403. Na verdade, o autor, depois de ter estabelecido uma aproximação à doutrina do fim da norma para resolver o problema da imputação do primeiro evento lesivo à conduta do agente, vem afirmar que, no que respeita à imputação dos danos subsequentes, já não é possível determinar o nexo requerido com base na finalidade do padrão de comportamento imposto ao lesante ou outros fundamentos da responsabilidade. Justifica a asserção pelo facto de o propósito teleologicamente delineado se esgotar na prevenção do evento danoso que serve de base à responsabilidade. Curiosamente, a referência feita pelo autor aos danos subsequentes não nos remete sem mais para o problema da determinação do dano a indemnizar, posto estar-se ali, ainda, a tratar questões atinentes à imputação e não ao cálculo indemnizatório. Sublinhe-se, portanto, a não coincidência entre estes danos subsequentes e aqueles outros apelidados pelo autor de danos consequenciais. Sobre eles, cf., na obra citada, p. 419 e ss. Designadamente, na página 424, deparamo-nos com o sentido crítico da transposição da doutrina da adequação ou da finalidade da norma para a resolução destes. Para STOLL a tentativa de tratamento unitário das duas questões está votada ao fracasso]; CEES VAN DAM, *European Tort Law*, cit., p. 270 e ss. [mostrando a importância da distinção entre a *haftungsbegründenden Kausalität – liability founding causation –* e a *haftungsausfüllende Kausalität – liability specifying causation –*, refere que a primeira diz respeito à relação entre a conduta e a violação de um direito e requer a prova total e certa (*full proof and effective certainty*) de que a conduta do lesante causou certo tipo de dano, nos termos do §286 ZPO, enquanto a segunda determinaria a extensão da responsabilidade e refere-se à relação entre a violação do direito e o último dano, não exigindo a certeza efectiva de que o acidente o causou, podendo o tribunal bastar-se com um nível razoável de convicção acerca da causalidade entre o *loss* e o *damage*, nos termos do § 287 ZPO. No mesmo sentido, cf. a obra e págs. citadas de LANGE e SCHIEMANN]; B. WINIGER/H. KOZIOL/B.A.KOCH/R. ZIMMERMANN (eds.), *Digest of European Tort Law*, vol. 1, *Essential Cases on Natural Causation*, Springer, Wien, New York, 2007, p. 7 e 593 e ss. [veja-se, a este propósito, o relatório de R. ZIMMERMAN e J. KLEINSCHMIDT, a págs. 594 e ss., onde se apresenta um elenco das consequências da divisória traçada. Assim: a) o requisito da culpa apenas se relaciona com a determinação da responsabilidade; b) o testes relevantes são diferentes nos dois momentos, sendo suficiente para a *haftungsbegründende Kausalität* o teste da *conditio sine qua non*, mas tendo de se cumprir, para a *haftungsausfüllende Kausalität*, o teste da adequação, procurando determinar em que medida o interesse violado se encontra no escopo de protecção da norma; c) o ónus da prova pode ser relaxado em relação à segunda componente causal. Atente-se, ainda, na ilustração que nos é fornecida

a propósito da cisão. No caso de ser diagnosticada uma doença durante um exame médico feito na sequência de um acidente, pelo qual A é responsável, consideram os autores que estamos no âmbito da *haftungsbegründende Kausalität* quando estabelecemos a ligação entre o acidente com o carro e a lesão da integridade física, e no campo da *haftungsausfüllende Kausalität* quando questionamos a ligação entre a lesão da integridade física e a perda de lucros. Note-se, numa abordagem mais ampla da obra colectiva, que resulta dos vários relatórios dos *contributors* nacionais, que a diferença é reconduzida, as mais das vezes, à clássica dicotomia entre uma causalidade de facto, tendente a estabelecer a responsabilidade, e uma causalidade jurídica, apta a limitar os danos indemnizáveis. Veja-se, porém, p. 609/610, em aplicação dos *Principles of European Tort Law*. Considerando, a propósito do caso em que é descoberta, na sequência de um acidente, uma doença, motivadora da reforma prematura de A, que se tem de lidar com um problema de *natural causation*, sustenta-se que deve ser estabelecido um duplo nexó e que, no quadro do âmbito de protecção da norma, não haveria direito à indemnização, porque a) mais cedo ou mais tarde a doença se teria manifestado (art. 3:106 PETL); b) a descoberta da doença faz parte dos riscos gerais da vida (art. 3:201 a) PETL); c) a proibição de lesar a integridade física não protege contra a descoberta de doenças já existentes, concluindo-se que não houve materialização do risco que se queria impedir (art. 3:201 e)); KRAMER, “Schutzgesetze und adäquate Kausalität“, *Juristenzeitung*, 31, Heft 11/12, 1976, p. 338 e ss., onde, estabelecendo-se a mesma distinção, o autor fala de *Folgeschäden* como sinónimo de *haftungsausfüllende Kausalität*; GOTZLER, *Rechtmässiges Alternativverhalten im haftungsbegründenden Zurechnungszusammenhang*, Beck, München, 1977, p. 101 e ss.; FRITZ LINDENMAIER, „Adäquate Ursache und nächste Ursache. Zur Kausalität im allgemeinen bürgerlichen Recht und in den Allgemeinen Deutschen Seeverkehrsbedingungen“, *Festschrift für Wüstendörfer*, *Zeitschrift für das Gesamte Handelsrecht und Konkursrecht*, Hundertdreuzehnter Band (113), 1950, p. 207 e ss., em especial p. 214 e ss. (distinguindo a dupla função da causalidade: *haftungsauslösender Kausalität* e *haftungsbegründende Kausalität*); ULRICH HUBER, „Normzwecktheorie und Adäquanztheorie. Zugleich eine Besprechung des Urteils des BGH v. 7.6.1968“, *Juristenzeitung*, 21, 1969, p. 677 e ss., aqui p. 678; GREGOR CHRISTANDL, „BHG, 12 febbraio 2008, VI ZR 221/06 (OLG Saarbrücken) – Responsabilità medica: causalità e onere della prova nel diritto tedesco“, *Persona e Danno*, www.personaedanno.it/cms/data/articoli/010849.aspx, falando da distinção entre a *haftungsbegründende Kausalität* e a *haftungsausfüllende Kausalität*, e considerando que a primeira releva como elemento estrutural do ilícito (a distinção relevaria, designadamente, em matéria de prova, sustentando que a regra do „mais provável do que não“, a que faz apelo a doutrina e jurisprudência italianas, deve ser considerada absolutamente inadequada se aplicada ao regime acerca da responsabilidade, valendo exclusivamente para a causalidade jurídica); HEIN KÖTZ, / GERHARD WAGNER, *Deliktsrecht*, 11. neu bearbeitete Auflage, Verlag Franz Vahlen, München, 2010, p. 59.

Cf., ainda, a este propósito, a distinção de SCHLOBACH, *Das Präventionsprinzip im Recht des Schadensersatzes*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 2003, p. 5 e ss. [Fala o autor da *Haftungsrecht*, isto é, do nível de fundamentação da responsabilidade (*Ebene der Haftungsbegründung*), e do *Schadensrecht*, respeitante ao desempenho dela (*Ebene der Haftungsausfüllung*). Ou seja, biparte os problemas em duas zonas, fazendo-o, contudo, em termos mais amplos do que aqueles que respeitam à causalidade. O sentido da distinção não é, pese embora o alargamento do âmbito, díspar daquele de que já tínhamos dado conta] e, ainda, HEINRICH LANGE, “Herrschaft und Verfall der Lehre vom adäquaten Kausalzusammenhang“, ... cit., p. 126, a propósito da doutrina edificada em torno do pensamento de RABEL, bem como STEPHAN PHILIPP FORST, *Grenzen deliktischer Haftung bei psychisch Vermittelter haftungsbegründender Kausalität*, Rechtswissenschaftliche Forschung und Entwicklung, München, 2000, p. 25-26. É a partir da distinção que o autor erige um esquema imputacional de explicação do § 823 BGB. Dele damos, sumariamente, conta. Assim, fala de: *Handlung des Haftungssubjekts* (acção do sujeito responsável); *Rechtsgutverletzung* (violação de bens jurídicos); *Haftungsbegründende Kausalität* (causalidade entre a acção do sujeito e a lesão de bens jurídicos); *Rechtswidrigkeit* (ilicitude); *Verschulden* (culpa); *Rechtsfolge* (*Schadensersatz nach §§ 249*, no âmbito do que trata o segundo segmento causal, colimado na *haftungsausfüllende Kausalität*, a qual surge paredes-meias com a consideração da pertinência ou impertinência entre os danos directos e indirectos e a questão da diminuição da indemnização em virtude da contribuição negligente do lesado para o dano – *Kürzung des Schadens wegen Mitverschuldens nach § 254*). O esquema apresentado mostra, segundo esclarecimento nas páginas citadas encontrado, que quando o autor fala de pressupostos da responsabilidade civil é a focalização na *haftungsbegründender Kausalität* que derrama a sua eficácia discursiva.

²⁸ Cf., sobre o ponto, HERMANN LANGE/GOTTFRIED SCHIEMANN, *Handbuch des Schuldrechts...* cit., p. 94 e ss., adiantando que, “segundo um ponto de vista amplamente divulgado, o critério da adequação não tem importância no quadro da causalidade fundamentadora da responsabilidade, porque a obrigação de indemnização é limitada por meio da culpa”. Como teremos oportunidade de explicitar, não basta a culpa

ligação entre o acto do agente e a lesão do direito da vítima; a segunda lida com o nexo entre esta e as consequências que daí advêm. E acaba por ser conexa com cisões estabelecidas no quadro de outros ordenamentos jurídicos^{29 30 31 32 33}.

para resolver todos os problemas da imputação, não se concordando, por isso, com a asserção. Mas já damos o nosso assentimento na parte que respeita ao papel da adequação para cumprir aquele desiderato. É que, como sublinharemos, ela não acrescentará nada verdadeiramente relevante ao juízo culpabilístico.

²⁹ Cf. GINO GORLA, “Sulla cosiddetta causalità giuridica “fatto dannoso e consequenze”, *Rivista di Diritto Commercial e del Diritto Generale delle Obbligazioni*, anno XLIX, 1951, p. 405 e ss. [o autor relaciona a distinção com aquela outra entre o dano evento e o dano consequência e considera que ela está conotada com modelos de valoração específicos] e PONZANELLI, *La responsabilità civile. Profili di diritto comparato*, Il Mulino, Bologna, 1992, p. 88. O autor afirma que, de um ponto de vista da análise económica do direito, o problema da causalidade acaba por se fundir com a questão da imputação da responsabilidade.

A este propósito importa tecer dois esclarecimentos, a título de anúncio preliminar. Como decorrerá da nossa exposição subsequente, rejeitaremos liminarmente a prestabilidade da *law and economics* para apreender o fenómeno jurídico, mormente na sua dimensão judicativa. Mas isso não implica que sejamos condenados a uma conceptualização formalista que, desarreigando-nos do perscrutar dos fundamentos últimos do instituto da responsabilidade civil, nos impeça de iluminar o discurso com os pilares éticos que informam o sistema e de, a partir deles, encontrar recortes de projecção que viabilizem a dicotomização dos problemas e o traçar de fronteiras entre nichos problemáticos conexos. No ordenamento jurídico italiano, veja-se, também, CESARE SALVI, *Il danno extracontrattuale*. ... cit., p. 49; PIETRO TRIMARCHI, *Causalità e danno*, cit, p. 17 (cf., também, do autor, “La causalità nella responsabilità civile”, *Persona e danno*, www.personaedanno.it/cms/data/articoli/files/011251_resource1_orig.pdf, p. 1, onde o autor explica a importância de se distinguir a causalidade do evento danoso da causalidade da existência do dano, e sustenta que o teste da *conditio sine qua non* deve ser evitado, usando-se, em alternativa, o conceito da causalidade das ciências naturais e sociais, sem o tentar analisar ou definir. Assim, o conceito de condição necessária operaria, exclusivamente, ao nível do juízo acerca da existência do dano); CLÁUDIO TURCO, *Interesse negativo e responsabilità precontrattuale*, Giuffrè Editore, Milano, 1999, p. 344; ALBERTO MONNOSI, “Prova dell’inadempimento e liquidazione del danno”, *Responsabilità civile e previdenza*, 2000, p. 1025 a 1044, aqui 1026; CARLO ROSSELLO, *Il danno evitabile. La misura della responsabilità tra diligenza ed efficienza*, Cedam, Padova, 1990, p. 9 e ss. [CARLO ROSSELLO distingue claramente dois problemas: a imputação do evento lesivo e a medida do ressarcimento e afirma que o segundo pressupõe a prévia resolução do primeiro, postulando-se, para o efeito, um pré-requisito: que seja determinada a imputação de um certo evento danoso a um sujeito – cf. p. 11. Concatena a dicotomia com aquela outra que aponta para a cisão dogmática entre o dano evento e o dano consequência, que ROSSELLO acaba por ligar intrinsecamente à função operativa da valoração da causalidade no quadro da ilicitude civil. Saliente-se, ainda, que o autor funda positivamente a distinção a que adere, reportando-se para o efeito aos artigos 1221º, 1123º, 1225º e 1227º CC italiano. Mais explicitamente, cf. p. 14-15. Apresenta aí as duas funções atribuídas à causalidade. São elas: a imputação do evento produtor do dano ao sujeito, de acordo com critérios normativamente previstos – ou seja, a individualização do responsável, colocando-se neste âmbito problemas atinentes, por exemplo, à interferência de causas concursais, cumulativas ou sucessivas, a resolverem-se, no quadro do ordenamento jurídico italiano, para o que se convocarão os artigos 40º, 41º, 45º Código Penal; 2043º e 1227º Código Civil –; e a solução do problema da determinação da medida da indemnização – estabelecimento das consequências reconduzíveis ao agente que devem ser ressarcidas, segundo uma valoração normativamente qualificada de consequencialidade e de acordo com o artigo 1223º Código Civil que, apresentando um carácter causal, pressupõe a prévia resposta à primeira das interrogações formuladas]; FRANCESCO GALGANO, *Trattato di diritto civile*, vol. 3, Cedam, 2010, p. 170 (considerando que a norma resultante da combinação entre o artigo 1223º e 2056º não atende à relação de causalidade entre o facto ilícito e o evento gerador do dano, mas à ulterior relação entre o evento causado pelo lesante e o dano sofrido pelo lesado. Nas palavras do autor, torna-se não só inequívoca a bipartição entre dois nexos causais juridicamente relevantes, como se encontra um critério de compatibilização entre a solução legalmente predisposta sobre a matéria e a responsabilização, por via da decisão jurisprudencial de certos casos, dos autores de causas mediatas).

Veja-se, ainda, no tocante ao ordenamento jurídico italiano, M. GRAZIADEI e D. MIGLIASSO, in B. WINIGER/H. KOZIOL/B.A.KOCH/R. ZIMMERMANN (eds.), *Digest of European Tort Law...* cit., p. 602 e ss. (a dicotomia é reflectida pela diferença conceptual entre a causalidade material e a causalidade jurídica, sendo também conexa da cisão entre o dano evento e o dano consequência); RANIERO BORDON, *Il nesso*

di causalità, Utet Giuridica, Torino, 2006, p. 31 e ss. (falando de dois segmentos causais: o primeiro, definido como causalidade material, de facto ou natural, que regula a existência da própria responsabilidade; o segundo, denominado de causalidade jurídica, que regula a extensão da responsabilidade, isto é, as consequências ressarcíveis do facto ilícito. Veja-se, também, p. 33, com referência à posição da *Cassazione* e da *Corte Costituzionale* quanto ao ponto. Do autor, cf., ainda, „Causalità (nesso di)“, *Persona e danno*, a cura di PAOLO CENDON, www.personaedanno.it/cms/data/enciclopedia/008163.aspx, distinguindo o *accertamento della responsabilità*, a relação entre o facto e o evento, e a *estensione della responsabilità*, a relação entre o facto e o dano, e falando, mais à frente, na cisão entre a causalidade material, que se refere à imputação do facto ilícito ao responsável, e a causalidade jurídica, através da qual se dá resposta à questão da determinação do dano ressarcível; e „Una nuova causalità per la responsabilità civile“, *Persona e danno*, a cura di PAOLO CENDON, www.personaedanno.it/cms/data/articoli/009574/asp); BORDON/ROSSI/TRAMONTANO, *La nuova responsabilità civile, Causalità – Responsabilità oggettiva – Lavoro*, Utet, Torino, 2011, p. 33 e ss., falando das duas funções do nexos de causalidade : *accertamento della responsabilità* e *estensione della responsabilità*.

Acerca da distinção, cf., igualmente. H.L.A. HART E TONY HONORÉ, *Causation in the law*, 2nd edition, Clarendon Press, Oxford, 2002 (reprinted), p. 84-85 [Os autores afirmam que a causalidade (*causation*) pode ser chamada a depor acerca da ligação entre a acção e o dano de forma a determinar a extensão da responsabilidade, mas também para responder ao problema da própria existência dela. Acrescentam, ainda, que “in tort causal questions are usually relevant both to the existence of liability and to its extent.”] e LEON GREEN, “The causal relation issue in negligence law”, *Michigan Law Review*, vol. 60, n.º5, 1962, p. 574 [O autor mergulha directamente no tratamento da problemática causal no seio das hipóteses de surgimento de uma pretensão indemnizatória de base negligente. E, ao fazê-lo, em vez de analisar de forma compreensiva o problema, cinde-o em diversos tópicos, quais sejam a *causal relation issue*, o *duty issue*, a *negligence issue*, aos quais acrescenta um último, o *damage issue*. Tornando-se relevante quando os demais obtenham uma resposta positiva, procura resolver a questão “quais os danos que a vítima sofreu e qual a compensação pecuniária que por eles deve ser atribuída?”. Sobre ela, diz-nos GREEN que, “teoricamente, se os outros tópicos são favoráveis ao demandante, ele deverá ser compensado pela totalidade dos danos sofridos”, acrescentando, porém, ser na prática jurisdicional raro que tal ocorra. É a esse propósito que salienta não poder haver uma divisão de responsabilidade com base em critérios puramente causais – cf. p. 575 –, exigindo-se, pelo contrário, a comparação das *faults* de cada um dos intervenientes. Com isto, não só atesta no sentido que expendiremos *infra*, como mostra que o problema do estabelecimento de uma relação de causalidade se aparta do cômputo da indemnização devida à vítima].

Cf., ainda, STATHIS BANAKAS, « Causalité juridique et imputation : réflexions sur quelques développements récents en droit anglais », www.greca.univ-rennes1.fr/digitalAssets/267/267949_banakas.pdf, que, por referência ao ordenamento jurídico inglês, cinde a causalidade factual, natural ou científica, a reenviar para a causalidade fundamentadora da responsabilidade, e a causalidade jurídica ou *remoteness*, a remeter para a causalidade preenchedora da responsabilidade (“Causalité juridique et imputation. Réflexions sur quelques développements récents en droit anglais”, *Les distorsions du lien de causalité en droit de la responsabilité civile, actes du colloque des 15 et 16 décembre 2006, Faculté de droit et de science politiques de Rennes, Revue Lamy Droit Civil*, 2007/40, n.º2641, p. 94 e ss.)

³⁰ Entre nós, abordando unitariamente o problema, cf. PEREIRA COELHO, “O nexos de causalidade na responsabilidade civil”, cit, p. 113 a 115. Sublinhe-se que o autor apresenta o tema do nexos de causalidade na sua estreita ligação com o problema da indemnização do dano e da diferença entre uma situação hipotética e a situação real em que o lesado se encontra, mas, a propósito do estudo da causalidade virtual ou hipotética, acaba por ser sensível à cisão (cf. *Infra* o acompanhamento do pensamento do autor acerca desse ponto).

Note-se que tradicionalmente o problema da causalidade era tratado ao nível da obrigação de indemnizar. Tal corresponde à estrutura sistemática das diversas codificações e, entre nós, respeita a orientação expandida nos trabalhos preparatórios do diploma mãe em matéria de direito civil – cf. VAZ SERRA, “Obrigação de indemnização. Colocação. Fontes. Conceito e espécies de dano. Nexos causal. Extensão do dever de indemnizar. Espécies de indemnização. Direito de abstenção e de remoção”, *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º84, 1959, p. 5 a 301, aqui p. 7.

A este propósito, cf., ainda, SINDE MONTEIRO, *Responsabilidade por conselhos, recomendações ou informações*, Almedina, Coimbra, 1989, p. 270. Referindo-se, no quadro da segunda modalidade de ilicitude delitual – colimada na violação de disposições legais de protecção de interesses alheios –, à questão da causalidade, o insigne civilista entra em diálogo com as doutrinas da adequação e do fim da

norma. Indagando se esta cumpriria a função tradicionalmente cometida à primeira, no âmbito específico já identificado, considera essencial, para uma lograda resposta, distinguir a *haftungsbegründende Kausalität* (causalidade “referida a uma primeira violação de bens jurídico ou a um primeiro dano”) da *haftungsausfüllende Kausalität* (“atinente aos danos subsequentes”). E conclui que, “com respeito à primeira, na medida em que aquela lesão pressupõe a culpa (mas só nessa medida), parece de facto desnecessário formular o juízo de adequação, o que se antolha uma repetição inútil. Bem menos transparentes nos parecem as coisas com respeito à segunda”.

Não concordamos com o exposto, embora haja num dado segmento uma sintonia de pensamento. Na verdade, como veremos – e agora de modo complexo, isto é, sem estabelecer as devidas distinções entre as várias modalidades de ilicitude delitual –, a culpa torna despiciendo um juízo de adequação em muitas situações, sem, no entanto, resolver todos os problemas que a causalidade é chamada a resolver. Por isso, se pode *avant la lettre* rejeitar a proposta que procura substituir a causalidade pela culpabilidade, sem que tal implique a adesão à causalidade adequada, cujas insuficiências teremos oportunidade de denunciar.

Do autor, cf., ainda, *Relatório sobre o programa, conteúdo e métodos de uma disciplina de responsabilidade civil (curso de mestrado)*, Coimbra, 2001, policopiado e “Rudimentos da responsabilidade civil”, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, ano 2º, 2005, p. 349-390.

No quadro da doutrina portuguesa, veja-se, igualmente, CARNEIRO DA FRADA, *Contrato e deveres de protecção*, Separata do Boletim da Faculdade de Direito, Coimbra, 1994, p. 337, *Teoria da confiança ... cit.*, p. 304; e *Direito Civil/Responsabilidade civil. O método do caso*, Almedina, Coimbra, 2006, p. 100; BRANDÃO PROENÇA, *A conduta do lesado como pressuposto e critério de imputação do dano extracontratual*, Almedina, Coimbra, 1997, p. 429-430; CUNHA GONÇALVES, *Tratado de Direito Civil em comentário ao Código Civil Português*, Coimbra, 1929, XII, p. 441; RIBEIRO DE FARIA, *Direito das Obrigações*, vol. I, reimpressão, Almedina, Coimbra, 2003, p. 507; PITTA E CUNHA, *Omissão e dever de agir em direito civil. Contributo para uma teoria geral da responsabilidade civil por omissão*, Almedina, Coimbra, 1999, p. 50; GOMES DA SILVA, *O dever de prestar e o dever de indemnizar*, Lisboa, 1944, p. 65 e ss.; ANA PERESTRELO OLIVEIRA, *Causalidade e imputação ... cit.*, p. 67, nota 157 [não considerando a distinção, refere-se, contudo, expressamente a ela]; PEDRO DE ALBUQUERQUE, *Responsabilidade processual por litigância de má fé, abuso de direito e responsabilidade civil em virtude de actos praticados no processo*, Almedina, Coimbra, 2006, p. 143, nota 426 [em sentido crítico]; e, com grande desenvolvimento (bem como com uma extensa lista de referências bibliográficas), PAULO MOTA PINTO, *Interesse contratual negativo ... cit.*, p. 640 e ss.; p. 924 e ss., nota 1834. Considerando que a formulação rigorosa dela suscita problemas, a que não é imune a própria relevância da cisão (v. p. 924-925), vem afirmar que há vantagens claras no seu estabelecimento: permite separar o direito da responsabilidade do direito da indemnização, ao mesmo tempo que pode ser relevante para delimitar os poderes do Tribunal na decisão sobre a existência de um dano e o seu quantitativo, permitindo-se um aligeiramento da prova para a causalidade preenchedora da responsabilidade. Para PAULO MOTA PINTO, a quem devemos, aliás, importantes referências bibliográficas na matéria, a “distinção não é uma determinação da natureza das coisas, mas deve ser adoptada e como distinção entre dois nexos de causalidade e não apenas como um problema de causalidade e um outro de avaliação e medida dos danos” (cf. p. 927). E deve sê-lo porque “a distinção é necessária nos casos em que a conduta do responsável não seja relevante sem mais mas apenas na medida em que preenche uma previsão legal que concede relevância a um resultado lesivo”. Ou seja, e acompanhando a fundamentação da dicotomia oferecida pelo autor, ela “compreende-se se considerarmos a necessidade delimitadora da responsabilidade segundo certas hipóteses: dada a ausência de uma responsabilidade por danos patrimoniais (isto é, dada a responsabilidade civil estar delimitada por hipóteses de responsabilidade que consideram relevantes determinadas ofensas e portanto a imediata relação entre um comportamento e certos prejuízos não ser, só por si, relevante para a sua imputação juridicamente relevante), a admissão do dever de indemnizar tem de exigir não só a relação entre o comportamento e um determinado evento lesivo integrador da responsabilidade, como a relação entre aquele e os danos a reparar”, assentando positivamente na diferença que separa a previsão do artigo 563º - referente à causalidade preenchedora da responsabilidade – da pressuposição da causalidade fundamentadora da responsabilidade contida no artigo 483º (cf. p. 928 e ss. e nota 2605). Cf., ainda, p. 640, nota 1834.

³¹ Cf. GENEVIÈVE VINEY e PATRICE JOURDAIN, *Traité de droit civil, Les conditions de la responsabilité*, dir. JACQUES GHESTIN, 3e. édition, LGDJ, 2006, p. 197, considerando que o processo de causalidade se desenrola em duas fases distintas: a) do facto lesivo ao dano inicial; b) do dano inicial às consequências danosas. Veja-se, ainda, FRANÇOIS-PAUL BENOIT, “Essai sur les conditions de la responsabilité civile en droit public et privé. Problèmes de causalité et d’imputabilité”, *JCP, La semaine juridique*, 1957, I, 1351, também citado pelas autoras.

V., igualmente, CHRISTOPHE QUÉZEL-AMBRUNAZ, *Essai sur la causalité...* cit., p. 11, 205 e 348, considerando que o conceito de causalidade em responsabilidade civil é único, mas integra duas porções denexo causal diferentes: um entre o facto lesivo e o dano, fazendo avultar a causalidade como condição da responsabilidade civil, e outro que se estende à obrigação de reparação (note-se que o autor considera que o dano deve ser visto como uma espécie de *pivot*, em torno do qual se articula o nexode causalidade, distinguindo-se do prejuízo. Veja-se p. 207, onde somos confrontados com a segmentação causal, questionando, designadamente, a propriedade da diferenciação de valoração dos problemas); R. CHAPELARD, *Le préjudice indemnisable dans la responsabilité extra-contractuelle de la puissance publique*, Grenoble, 1981, p. 152 e ss., considerando que existem dois nexos de causalidade, que se distinguem conceptual e funcionalmente (cf. p. 153, p. 157 e ss.) e que são apreciados de diversos modos (cf. p. 170); S. ROUXEL, *Recherches sur la distinction du dommage et du préjudice en droit civil français*, Grenoble, 1994, p. 94 e ss., *apud* CHRISTOPHE QUÉZEL-AMBRUNAZ, *Essai sur la causalité...* cit., p. 207, nota 1

³² Negam a pertinência da dicotomia, ZIMMERMANN, “Herausforderungsformel und Haftung für fremde Willensbetätigung nach §823 I BGB“, *Juristenzeitung*, 1980, p. 10 e ss.; ERNST WOLF, *Lehrbuch des Schuldrechts, Allgemeiner Teil*, Carl Heymann, Köln, Berlin, 1978, p. 205; FORCHIELLI, *Il rapporto di causalità nell'illecito civile*, CEDAM, Padova, 1960, p. 21 e ss. [o autor entende ser inadmissível a não integração do dano consequência na *fattispecie* do ilícito e exclui a possibilidade de se distinguir o dano enquanto lesão do interesse juridicamente relevante do dano enquanto efeito económico prejudicial. No fundo, poder-se-á dizer que a crítica de FORCHIELLI se alicerça no plano da negação dicotómica entre o dano evento e o dano consequência. Acompanhando de perto as palavras do autor, podemos dizer que, a propósito do âmbito de relevância do artigo 1223º CC, tido como norma central (se não mesmo única) ao nível da causalidade, se questiona se o requisito da natureza directa e imediata do dano diz também respeito ao dano evento, o dano inicial, ou se apenas se aplica aos danos sucessivos. Ora, segundo o testemunho do insigne jurista, caso abranja aquele dano inicial, a distinção entre ele e o dano consequente afigura-se irrelevante. Nessa hipótese, a interpretação do preceito citado redundaria num problema de causalidade (não sendo concebível um ilícito civil sem dano, para estabelecer se estamos ou não diante de uma *fattispecie* de ilícito civil, torna-se imprescindível saber não só se uma determinada conduta produziu o dano, mas também se ela gerou um dano directo e imediato). Para a visão contrária, seria necessário admitir a existência autónoma e paralela de dois problemas causais – um relativo à relação entre conduta e evento; e outro relativo à relação entre os danos sequenciais produzidos e a conduta ilícita. Em face da divergência, FORCHIELLI não hesita em considerar que a distinção não deve ser abraçada, até porque seria difícil não aplicar, a menos por analogia, a disciplina do artigo 1223º CC à relação causal entre a conduta humana e o dano evento – cf. p. 24. O autor reconhece claramente a distinção entre o evento e a consequência. Mas entende (cf. p. 25) que o ilícito civil não se presta à distinção entre os dois planos: o dano evento e o dano consequência. E isto porque, ao nível do direito civil, qualquer dano tem de ser sempre considerado como evento em sentido técnico. É que, neste domínio, não estamos limitados pelo princípio da tipicidade – há uma única previsão normativa, contida no artigo 2043º CC, pelo que um dano só poderá obter ressarcimento se estiver contido na *fattispecie* do preceito. Este apenas define o tipo de sanção – o ressarcimento – e reenvia a sua medida para a entidade concreta do dano, estabelecendo uma perfeita equação entre os dois. O elemento mais importante de qualificação daquela *fattispecie* é o evento danoso. O legislador desinteressa-se em absoluto do tipo de conduta, concentrando-se exclusivamente num certo tipo de resultado – o *danno ingiusto*. Por isso, (cf. p. 29, nota 18), FORCHIELLI avança que é insustentável tentar limitar a doutrina da *conditio sine qua non*, de acordo com a diversidade dos interesses lesados (directa ou mediatamente protegidos), a despeito do vigor que a posição colheu na Alemanha, sobretudo a partir da obra de RABEL. Retomando os ensinamentos do autor, podemos dizer que o ilícito civil se caracteriza por ser um delito de resultado. Só que, para FORCHIELLI, o resultado de que se cura ao nível da imputação delitual não pode ser outro senão, nos termos do artigo 2043º CC, patrimonial, e este, para ser ressarcível, deve integrar-se na hipótese normativa do citado preceito, sendo por isso, necessariamente, um evento em sentido técnico. De outro modo, a congruência sistemática seria posta em causa. Chegava-se, na verdade, a um contrassenso: a autonomização de um dano evento levaria a que o preenchimento de uma *fattispecie* de ilícito ficasse privada de sanção, estando o único efeito jurídico do ilícito ligado à *fattispecie* consequencial (cf. p. 30 e ss.). Aprofundemos, então, um pouco mais o pensamento. FORCHIELLI parte do pressuposto dialógico de que nenhum dano pode ser indemnizado se não integrar o âmbito de relevância do preceito. Isto quer dizer que só os danos injustos podem ser ressarcidos, pelo que, para o autor, o dano consequência também terá de ser qualificado como *ingiusto*, sob pena de estarmos a aplicar uma sanção a um caso não previsto naquele âmbito de relevância. Portanto, não há qualquer justificação para uma diferença de tratamento entre o dano evento e o dano consequência, tornando-se evanescente a dicotomia traçada. Entre nós, o quadro dogmático com que

operamos altera os dados do problema. De facto, não basta, para ser procedente uma pretensão indemnizatória, que se experimente um dano. Este tem de ser ilícito e essa ilicitude desvela-se não pelas especiais nervuras que coloram a conduta, mas pela verificação de um resultado. Também entre nós, o apelo à ilicitude polarizada neste é evidente. Só que o resultado que nos importa a este nível tem de se traduzir na violação de um direito absoluto. Isto significa que, para além da questão do limite da indemnização, a coincidir com a delimitação dos danos, há uma outra que, sendo prévia, se prende com a ligação dessa lesão do direito protegido *erga omnes* ao comportamento do pretense lesante. Entende-se, por isso, que no seio do ordenamento jurídico italiano (e a despeito da proposta metodológica de assunção do dano como o *prius* que se tenta reconduzir ao comportamento do agente, ao invés da opção de partir do sujeito para discernir todas as consequências lesivas da sua conduta – cf. p. 32), os contornos do problema sejam diversos. Percebe-se, também, que nesse horizonte transalpino, onde a caracterização do dano injusto está longe de colher unanimidade, haja igualmente vozes dissonantes no que tange à bondade ou não da autonomização de duas questões causais. Do mesmo modo, torna-se inteligível que, entre nós, onde se conhecem outras vias de desvelação da ilicitude, o problema possa conhecer diversos cambiantes. Deste modo, se pensarmos na terceira modalidade de ilicitude delitual, a dualidade parece dar lugar à univocidade. Constatada uma situação abusiva do direito, temos de ver se o prejuízo gerado se reconduz ou não ao comportamento assim configurado. Não há, aqui, nenhuma realidade intermédia a mediar as duas grandezas que se pretendem unir].

Pronunciando-se em sentido crítico, *vide*, ainda, GRUNSKY, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch vor §249*, Rdnr. 39; PABLO SALVADOR CODERCH, “Recensión a Cees Van Dam, European Tort Law”, *Indret* 2/2007, www.indret.com, p. 3, considerando despicienda e pouco relevante a distinção, sem que, contudo, apresente argumentos sustentadores da sua petição de princípio; GOTTWALD, *Schadenszurechnung und Schadensschätzung: zum Ermessen des Richters im Schadensrecht und im Schadensersatzprozeß*, Beck, München, 1979, p. 49 e ss. e 81 e ss.

Vide, igualmente, no sentido delineado por FORCHIELLI da indistinção entre o dano evento e o dano consequência, CARNELUTTI, “Perseverare diabolicum (a proposito dei limiti della responsabilità per danni)”, *Foro italiano*, 1952, IV, p. 97 e ss. [o autor afirma que a causalidade é interior ao dano e não exterior. Para ele, a perda não deriva do inadimplemento mas é o próprio inadimplemento considerado em si, como lesão de um interesse ou violação de uma obrigação. Exclui a possibilidade de dano e inadimplemento serem vistos como dois factos diversos, entre os quais possa intercorrer um nexos causal (cf. p. 99): *inadempimento stesso è il danno in quanto lede l'interesse del creditore*. Posto o que o autor sustenta que a relevância do critério predisposto pelo artigo 1223º CC se predica na distinção entre os interesses cuja lesão pode conduzir a uma pretensão indemnizatória daqueles outros que não logram obter tal desiderato, só aqueles que são imediatamente protegidos ganham projecção a este nível. O limite do ressarcimento é a projecção do limite do inadimplemento e este, por seu turno, é a projecção do limite da obrigação. Pelo que conclui não ter aqui lugar a questão da causalidade (cf. p. 100). Em suma, o autor, considerando embora a existência de dois problemas autónomos a este nível, nega que a relação entre o evento e a consequência danosa tenha uma essência causal. Assim, o artigo 41º CP aplicar-se-ia ao problema do dano evento; já o artigo 1223º CC destinar-se-ia ao segundo segmento problemático].

Cf., ainda, R. SCOGNAMIGLIO, “Responsabilità civile”, *Novissimo Digesto Italiano*, vol. XV, Torino, 1968, p. 628 a 657. O autor, embora critique a distinção entre o dano evento e o dano consequência aceite por grande parte da doutrina italiana, parece admitir, não obstante, a bipartição a que nesta nota fazemos alusão. Cf. p. 650, onde SCOGNAMIGLIO defende a não pertinência do artigo 1223º CC italiano à doutrina da causalidade, mas a sua predicção na questão da limitação quantitativa do prejuízo ressarcível. Note-se, contudo, que, para ele, a duplicação do nexos de causalidade constitui um artifício lógico e representa uma fonte de equívocos, numa questão que já de si é delicada, pelo que o nexos causal relevante não pode ser senão aquele que se estabelece entre a *fattispecie* subjectiva e o dano, enquanto evento final. Veja-se, também e ainda, V. CARBONE, “Il rapporto di causalità”, *La responsabilità civile – Aggiornamento 1988-1996* (GUIDO ALPA/MARIO BESSONE, ed.), Utet Giuridica, Torino, p. 51 a 96, aqui p. 65 (este autor não nega a distinção, mas considera que o segundo segmento da inquirição não tem natureza causal, antes se polarizando na questão do dano ressarcível).

Dispensando, pese embora aduzindo outros argumentos, a mesma interpretação do preceito em apreço, cf. BUSNELLI, *La lesione del credito da parte di terzo*, Milano, 1964, p. 116; SALVI, *Il danno extracontrattuale*, ... cit., p. 49.

Cf. BERND SCHILDER e WOLFGANG KLEWEIN, “Österreich”, in CHRISTIAN VON BAR (hrsg.), *Deliktrecht in Europe, Landesberichte: Dänemark, England, Frankreich, Griechenland, Italien, Jugoslawien, Niederlande, Norwegen, Österreich, Pólen, Portugal, Schweden, Schweiz, Spanien, Türkei*, Carl Heymanns Verlag KG, Köln, Berlin, Bonn, München, 1994, p. 64. Consideram os autores que, sendo comum hodiernamente a separação entre a *haftungsbegründender* e a *haftungsausfüllender Kausalität*, é

difícil encontrar um critério plausível de distinção, pelo que salientam que a mesma diz respeito a uma diversa forma como o problema é perspectivado. No fundo, segundo o seu entendimento, se perguntamos em que medida a lesão é imputável a alguém, estamos a localizar-nos no primeiro dano e é a primeira forma de causalidade a emergir; se, pelo contrário, focarmos o olhar na vítima e indagarmos qual a medida do seu dano que deve ser indemnizado, então, estamos a colocar o enfoque no dano subsequente. Veja-se, igualmente, ANGELO LUMINOSO, “Possibilità, realtà o necessità della relazione causale”, *Studi economico-giuridici*, vol. LIII, 1989-1990, p. 219.

Também, com referência na matéria, cf. CHRISTIAN VON BAR, *The Common European Law of Torts...* cit., p. 454, nota 231, dando nota que em alguns ordenamentos jurídicos, como o Holandês, se abandonou a distinção.

³³ A propósito das questões que o tratamento da causalidade pode encobrir e que, se encaradas seriamente, poderiam vir a reduzir a problematidade que lhe está subjacente, cf. a posição de CARDOZO, *apud* ANDRÉ TUNC, « Les récents développements des droits anglais et américain sur la relation de causalité entre la faute et le dommage dont on doit réparation », *Revue Internationale de Droit Comparé*, cinquième année, n°1, 1953, p. 9 e ss., em especial p. 11. Pode encontrar-se aí a afirmação da existência de um problema preliminar relativamente ao da causalidade, capaz de fazer diminuir a importância com que este é encarado, “à savoir le problème de la détermination des personnes à l’égard de qui une faute a été commise”. Sublinhe-se a não coincidência entre este pensamento e aquele que temos vindo a acompanhar. Na verdade, o que CARDOZO, cuja lição nos é rememorada por TUNC, pretende salientar é que há uma polarização das consequências indemnizáveis num dado comportamento culposos que viola interesses alheios, pelo que a primeira tarefa a encetar será a da determinação daquele que, sendo titular do interesse, tem direito a uma indemnização.

Repara-se, agora, na importância da asserção do nosso ponto de vista. Pois que, se o que CARDOZO, pelas palavras de TUNC, nos transmite é uma ideia de imperiosa delimitação dos titulares da pretensão indemnizatória pela determinação prévia da “ilicitude”, a partir da qual o montante dos danos a ressarcir será encontrado, então ficamos a perceber que – do ponto de vista imputacional – há que solucionar *prima facie* uma questão: a da suposta *causalidade* entre o comportamento do pretense lesante e a violação do direito ou interesse protegido. Pois que só assim é possível escapar às críticas que são dirigidas ao ponto de vista do jurista inglês, porquanto alargaria demasiado a responsabilidade. Cf. p. 12-13 e veja-se, *infra*, o modo como nos propomos resolver a questão. Adiante-se, ainda, que algumas dessas críticas se agigantam no contexto de inserção dialógica do autor citado, dada a inexistência de um conceito claro de ilicitude, dicotomizável da culpa, no espectro de influência do modelo napoleónico da responsabilidade civil e bem assim no âmbito da *Common Law*.

Veja-se, igualmente, do autor citado, p. 13, nota 2. Apresentando a teoria de CARDOZO como a *risk theory*, considera, apegando-se aos ensinamentos de autores que sobre ela se pronunciaram, que a mesma supõe, na sua aplicação, a confluência de quatro elementos: “1º probabilidade que um interesse juridicamente protegido da vítima seja lesado, segundo a perspectiva de um homem razoável colocado na situação do autor do *accident*; 2º entendimento do dano como realização do risco, segundo a óptica de um homem razoável colocado na posição do real agente; 3º utilidade social da conduta do autor; 4º inconvenientes sociais subjacentes à conduta necessária para evitar o dano”.

Percebe-se, portanto, que contagiando-se a doutrina em apreço com considerações atinentes à utilidade social acaba por resvalar numa racionalidade de pendor tecnocrático que, a seu tempo, teremos oportunidade de criticar veementemente. Mais se diga que, ainda que *infra* chamemos novamente à colação uma ideia de risco como possível forma de tratamento da questão causal, andaremos longe desta tecnocracia encoberta que aqui nos é relatada. No ponto que agora nos interessa salientar, resta sublinhar que, também com CARDOZO, e embora longe da ortodoxia com que a questão costuma surgir aflorada, o problema da ligação dos danos consequenciais ao evento gerador de responsabilidade é mediada pela prévia indagação imputacional daquele primeiro dano – traduzível na violação de direitos ou interesses legalmente protegidos – ao pretense lesante.

Sublinhe-se a dimensão idiosincrática da perspectiva apresentada por CARDOZO e encontrada em alguns precedentes jurisdicionais da *Common Law*. Na verdade, contra a óptica adoptada tradicionalmente, a ideia passa a ser a da delimitação do círculo de credores de uma pretensão indemnizatória. Para uma análise das decisões centradas na limitação do número de pessoas que têm direito à reparação, cf. ANDRÉ TUNC, « Les récents développements... », ... cit., p. 20 e ss. Procuram, no fundo, resolver o problema tradicionalmente reportado à causalidade por uma outra via. Para que não se pense, contudo, ser a posição unânime ao nível dos sistemas anglo-saxónicos, cf., no texto do autor citado, p. 14 e ss. Para uma sistematização das posições aí encontradas, veja-se, igualmente, p. 24.

Ao longo da nossa dissertação, abraça-la-emos. E se, por ora, abdicamos de explicitar as razões mais fundas desse acolhimento – as quais vão muito além da facilidade analítica –, remetendo para momento posterior o desvendar de tais fundamentos, é tempo, não obstante, de, chamando-a à colação, circunscrevermos o âmbito da nossa dissertação. Na verdade, ainda que incidentalmente as nervuras próprias da causalidade preenchedora da responsabilidade contaminem o nosso discurso, o certo é que nos debruçaremos sobre o primeiro segmento dito causal, centrando-nos na dimensão imputacional que dela ressalta.

Não negamos que, muito além da uma sistemática consonante com a intencionalidade predicativa da normatividade com que se opera, são as próprias soluções concretas – no que à determinação do *quantum* indemnizatório diz respeito – que estão em causa. Jogam-se aqui problemas de indubitável relevo, que vão desde questões substantivas da definição dos critérios que orientem este particular aspecto do juízo decisório até a questões adjectivas relativas à repartição do ónus da prova³⁴.

Note-se, a este propósito, que o tratamento apresentado por CARDOZO, sendo ímpar, vem, no fundo, a entroncar nas diversas vias de abordagem do problema da conculpabilidade do lesado. Sobre o ponto, veja-se, também *infra*, a exposição subsequente.

³⁴ Note-se que o problema da prova do que tradicionalmente é cunhado por causalidade diz respeito não só à causalidade fundamentadora da responsabilidade, como também à causalidade preenchedora da indemnização.

Referindo-se ao impacto que a conformação do problema da causalidade pode ter em matéria de repartição do ónus da prova, cf. PEREIRA COELHO, *O problema da causa virtual...* cit., p. 221, nota 83 e JOSÉ ALBERTO GONZÁLEZ, *Responsabilidade civil*, 2ª edição, Quid Iuris, Lisboa, 2009, p. 89 [1ª edição, p. 82]. Em causa estaria a possibilidade de a adopção da formulação negativa da doutrina da causalidade adequada conduzir a uma inversão do ónus *probandi*.

Note-se, ademais, que não é despicienda a concatenação a que se alude. Pelo contrário, galvaniza-se em dois momentos, pois se, por um lado, a solução a que se chega em termos substantivos não pode deixar incólume a questão da repartição do ónus *probandi*, por outro lado, a própria jurisprudência e doutrina forjam caminhos de atenuação do grau de prova exigida diante de cenários eivados por um nível de problematicidade acrescida. A partir daí abre-se a porta à reequação dogmática do pressuposto delitual.

Dando conta disso ao nível da responsabilidade civil por danos ao meio ambiente, cf. ANA PERESTRELO DE OLIVEIRA, *Causalidade e imputação...* cit., p. 34 (“no seio dos ordenamentos continentais em que a temática da causalidade é expressamente tratada ao nível legislativo, identificamos dois tipos de soluções: de um lado, temos aqueles ordenamentos que optam pela atenuação do grau ou medida da prova requerida em matéria de causalidade, exigindo-se tão-só a probabilidade do nexa causal; de outro lado, encontramos os ordenamentos que seguem a via da inversão do ónus da prova, através da consagração de presunções de causalidade”); e a propósito da responsabilidade médica, cf., em termos genéricos, CARNEIRO DA FRADA, *Direito Civil. Responsabilidade civil...* cit., p. 102 e ss. (ulteriormente, serão indicadas outras referências bibliográficas de autores que lidam com o problema da prova da causalidade ao nível da responsabilidade civil médica, devendo entender-se a remissão para a obra de CARNEIRO DA FRADA por ela constituir um alerta acerca da necessidade de repensar os termos em que, designadamente quando em análise esteja um acto médico, é equacionada a causalidade).

Da primeira autora citada, veja-se, ainda, no mesmo estudo, de forma coincidente com o que aqui deixamos inscrito, p. 52 (“não é possível ... discutir o grau ou medida da prova a exigir, v.g. uma probabilidade séria, predominante, razoável ou a certeza, sem antes se determinar como deve ser estabelecida a causalidade”) e p. 64 (“não pode prescindir-se da definição do modo de imputar os danos e deslocar-se o problema para o âmbito exclusivo da prova, pois que há que definir o que provar antes de se discutir quando e como se há-de tomar por provado”).

Tradicionalmente, o problema do nexo de causalidade, sendo visto como um dos pressupostos da obrigação de indemnizar, era tratado com frequência ao nível da determinação daquele *quantum*, chegando a patentear-se como uma ligação entre a conduta do lesante e os danos subsequentes. Ora, como veremos, sem negar a refracção de alguns problemas nesse segundo nível de inquirição, sublinharemos, sobretudo, uma dimensão imputacional da questão (ligação entre a conduta do lesante e o primeiro dano)^{35 36}. A cisão ganha acutilância a propósito da chamada primeira modalidade de ilicitude, onde nos concentraremos, tornando-se translúcido que só nos situaremos no quadro da responsabilidade extracontratual³⁷.

Evidenciando as dificuldades de prova com que somos confrontados ao nível da causalidade, veja-se, ainda, PAOLO CENDON, “Circostanze incerte e responsabilità civile”, *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, ano LIII, nº4, 1999, p. 1237-1311, aqui p. 1273 e ss., onde se colhem importantes referências jurisprudenciais.

Com um âmbito mais vasto, e independentemente de posteriores considerações acerca do problema e do estudo que agora se cita, cf. FERNANDO GÓMEZ POMAR, “Carga de la prueba y responsabilidad objetiva”, *Indret*, 1/2001 (www.indret.com)

Veja-se, ainda, sobre os problemas que nuclearmente enervam a prova da causalidade, IAN FRECKELTON, “Epilogue: Dilemmas in Proof of Causation”, *Causation in Law and Medicine*, edited by IAN FRECKELTON and DANUTA MENDELSON, Ahsgate, Dartmouth, 2002, p. 429-481.

³⁵ Pretendemos, no final do nosso percurso dialógico, tecer algumas considerações a propósito da questão da causalidade preenchedora da responsabilidade. Advertimos, porém, que, não sendo esse o núcleo fulcral da dissertação, as notas a expender têm como objectivo tornar claras determinadas consequências da perspectiva imputacional que, a montante, abraçamos.

³⁶ Veja-se, a propósito, MENEZES CORDEIRO, *Direito das Obrigações*, ... cit., II, p. 297. Ainda que não distinga, aí, claramente as duas perspectivas danosas, sublinha que “o nexo de causalidade não é uma questão de dano, mas antes de imputação (...); não se trata de saber que danos sofreu Bento por causa do atraso, mas quais os danos sofridos por Bento devem ser imputados a António (...). Tratando-se da imputação delitual, há que averiguar os danos efectivamente proibidos pelo direito, do ponto de vista do agente”.

Em sentido diverso, cf. ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações*, ...cit., p. 605: sustentando que o nexo de causalidade desempenha a dupla função de pressuposto da responsabilidade civil e medida da obrigação de indemnizar, o insigne civilista opta por tratar o problema ao nível da segunda, até porque, segundo o seu parecer, a ligação entre o facto e o dano, muitas vezes, determina-se com facilidade. Sublinhe-se, contudo, que pela leitura da obra de ALMEIDA COSTA se torna inequívoca a cisão entre os dois segmentos problemáticos da causalidade, tanto que, no que tange à dimensão de pressuposto, o autor funda a exigência no artigo 483º CC (“... pelos danos resultantes da violação...”), abrindo a porta à questão de saber se, uma vez assumida a dicotomia, ela encontra eco no direito positivado.

³⁷ Pressupomos, portanto, a cisão entre duas modalidades de responsabilidade civil: a responsabilidade extracontratual e a responsabilidade contratual, deixando de lado a interessante questão da existência de uma terceira via (e eventualmente uma quarta) de responsabilidade. Sobre este último ponto, cf. CARNEIRO DA FRADA, *Contrato e deveres de protecção...* cit.; ID., *Teoria da Confiança e responsabilidade civil...* cit.; ID., *Uma terceira via da responsabilidade civil?*, Almedina, Coimbra, 1997. Elegendo o estabelecimento dos índices da dicotomia – bem como todas as questões que lhe andam associadas – como um dos problemas mais candentes da responsabilidade civil em Itália, na passagem do milénio, cf. CARLO CASTRONOVO, “La responsabilità civile in Itália al passaggio del millennio”, *Europa e diritto privato*, 1/2003, p. 123-169 (aqui p. 7).

Veja-se, ainda, a este propósito, CARNEIRO DA FRADA, “A responsabilidade objectiva por facto de outrem face à distinção entre responsabilidade obrigacional e responsabilidade aquiliana”, *Direito e Justiça*, vol. XII, tomo I, 1998, p. 297 a 312; ID., *Contrato...* cit., p. 49, nota 91 (Note-se que o autor, embora leve pressuposta a diferença entre a responsabilidade contratual e extracontratual, entende ser legítimo e pertinente uma teoria unitária que as englobe, “a um nível de abstracção superior, e que faculte até uma útil aproximação dos preceitos que no CC se lhe referem”); FRANCESCA GIARDINA, *Responsabilità*

Esta será pensada em termos macroscópicos, como um todo, que transversalmente atravessa diversos sectores do ordenamento jurídico, já que, em todos eles, os constrangimentos ditados pelo desenho tradicional das categorias delituais e as dúvidas interpretativas são notórios.

Mas, se dúvidas há em geral, elas avolumam-se quando derramamos o nosso olhar sobre nichos problemáticos circunscritos ou, e para utilizar uma expressão nova – sem que com isto se adira previamente (ou sequer se adira) a um funcionalismo sistémico –, subsistemas de danos: responsabilidade civil médica, responsabilidade por danos ao meio ambiente^{38 39}, responsabilidade por informações. Não se estranhe,

Contrattuale e Responsabilità Extracontrattuale, Significato Attuale di una Distinzione Tradizionale, Milão, Giuffrè Editores, 1993; MAJELLO, “Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale”, *Fondamento e funzione della responsabilità civile, Atti del Seminario diretto da Buonocore e Majello*, Napoli, 1975, p. 7 e ss.; ID., “Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale”, *Rassegna diritto civile*, 1988, p. 109 e ss.; MENEZES CORDEIRO, *Da responsabilidade civil dos administradores...* cit., p. 470, nota 316; PEDRO MÚRIAS, “A responsabilidade por actos de auxiliares e o entendimento dualista da responsabilidade civil”, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, vol. 37, nº1, 1996, p. 171 a 217; RUI DE ALARCÃO, *Direito das Obrigações* (texto elaborado por J. Sousa Ribeiro, J. Sinde Monteiro, Almeno de Sá e J.C. Proença. Com base nas lições do Prof. Doutor Rui de Alarcão ao 3º ano jurídico), policopiado, Coimbra, 1983, p. 206 e ss.; VAZ SERRA, « Responsabilidade contratual e responsabilidade extracontratual », *Boletim do Ministério da Justiça*, 85, 1959, 115-241; LOBO XAVIER, *Anulação de deliberações sociais e deliberações conexas*, Coimbra, 1976, p. 320 e 359; PEREIRA COELHO, “O nexo de causalidade...”, ... cit., p. 98 e ss.; SINDE MONTEIRO, *Responsabilidade por conselhos...* cit.; MOTA PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 4ª edição por PINTO MONTEIRO e PAULO MOTA PINTO, Coimbra Editora, Coimbra, 2005, p. 123 e ss.; ANTUNES VARELA, *Das obrigações em geral*, vol. I, 10ª edição, Almedina, Coimbra, 2003, p. 518 e ss.; PINTO MONTEIRO, *Cláusulas limitativas e de exclusão da responsabilidade civil*, Almedina, Coimbra, 2003, p. 389; VISINTINI, « Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale », *Enciclopedia giuridica Treccani*, vol. XXVI, Roma, 1991, p. 2 e ss.

Igualmente importante é a referência àqueles que, entre nós, negam a dicotomia pressuposta, defendendo uma visão monista da arquitectura delitual. Assim, GOMES DA SILVA, *O dever de prestar...* cit., p. 300 e ss.; PESSOA JORGE, *Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil*, Almedina, Coimbra, 1999 (reimpressão), p. 40 e ss.; PEDRO ROMANO MARTINEZ, *Cumprimento defeituoso, em especial na compra e venda e na empreitada*, Coimbra, 1994, p. 260 e ss.; MENEZES LEITÃO, “Acidentes de trabalho e responsabilidade civil/A natureza jurídica da reparação dos danos emergentes de acidentes de trabalho e a distinção entre as responsabilidades obrigacional e delitual”, *Revista da Ordem dos Advogados*, 1988, p. 773 e ss. (o autor afastou-se deste entendimento monista em *A responsabilidade do gestor perante o dono do negócio no direito civil português*, Almedina, Coimbra, 2005, p. 95 e ss. (também publicado em “A responsabilidade do gestor perante o dono do negócio no direito civil português”, *Ciência e Técnica Fiscal*, nº363, Julho-Setembro, 1991, p. 37-244 e nº364, Outubro-Dezembro, 1991, p. 13 a 188); Vide, igualmente, PICKER, « Vertragliche und deliktische Schadenshaftung/Überlegungen zu einer Neustrukturierung der Haftungssysteme », *Juristenzeitung*, 1987, p. 1041-1058; ID. Positive Forderungsverletzung und culpa in contrahendo. Zur Problematik der Haftungen zwischen Vertrag und Delikt”, *Archiv für die civilistische Praxis*, 183, 1983, p. 465 e ss.

³⁸ Cf. ANA PERESTRELO DE OLIVEIRA, *Causalidade e imputação* ... cit. A autora, identificando, por referência ao direito ambiental, alguns dos nichos problemáticos a que somos conduzidos pelo entendimento tradicional da causalidade (casos de multicausalidade, refractada nas hipóteses de causalidade alternativa, cumulativa, aditiva, potenciada ou sinérgica – cf. p. 18, nota 15; danos à distância, danos tardios, dano anónimo, acumulado, dano futuro não previsível – cf. p. 18, nota 17), acaba por salientar – dando mote ao seu percurso de investigação – a necessidade de, nesse âmbito, procurar “novas vias de resposta, com maior aptidão para enquadrar dogmaticamente os problemas práticos que se suscitam”. E, em jeito de anúncio, afirma ficar em aberto “a possibilidade de se prescindir da *conditio sine qua non* como base da imputação, caminhando-se para outros critérios normativos de causalidade” – cf. p. 23. Mais do que isso, porque o verdadeiro óbice ao funcionamento consistente dos quadros

dogmáticos cristalizados ao longo do tempo pela jurisprudência e doutrina reside no aporético sentido da desvelação da causalidade dita fáctica, afirma ANA OLIVEIRA que não podemos “insistir numa defesa de causalidade como critério-base de imputação”, porquanto tal equivale a “destruir antecipadamente a própria protecção jurídica conferida pelo instituto da responsabilidade no âmbito em estudo” (cf. p. 63-64).

Da necessidade circunscrita ao domínio temático erigido em pano de fundo das lucubrações da autora passamos à afirmação generalista da urgência de reponderar a própria matriz da causalidade. Não nos cingiremos, portanto, a um nicho temático mas ousaremos, com todos os riscos que isso envolve, a abordagem caleidoscópica da questão. Sem que ignoremos, contudo, a influência dialecticamente entrecidada entre o geral e o especial. Dito de outro modo, são também os desenvolvimentos potenciados pelos novos problemas emergentes a propósito de práticas ou preocupações concretas e hodiernas, a que urgia dar resposta, a instar o jurista a uma ponderada reflexão crítica. No fundo, findo o nosso próprio percurso, que se anuncia longo e se prevê sinuoso, estaremos em condições de concluir se o novo se impõe apenas a propósito da novidade trazida pela *praxis* ou se, outrotanto, ele resulta configurável por referência ao todo sistemático, ainda que do primeiro receba um impulso determinante.

Saliente-se, ainda, com preocupações didáctico-expositivas, que o que aqui ficou dito não só não choca, como se compagina perfeitamente, com a chamada à colação pontual de questões atinentes a essoutros domínios específicos.

Veja-se, num sentido próximo daquele que aqui expendemos, lançando o repto acerca da necessidade de se revisitarem os quadros dogmáticos da responsabilidade civil, *maxime* no tocante à causalidade, a propósito dos problemas suscitados pela responsabilidade médica, CARNEIRO DA FRADA, *Direito Civil. Responsabilidade civil. ...cit.*, p. 102 e ss.

Em abono do rigor, enfatize-se, porém, a existência de regras específicas em matéria de causalidade no tocante à responsabilidade por danos ambientais. Cf. ANA PERESTRELO DE OLIVEIRA, *Causalidade e imputação ...cit.*, p. 46-48.

Na verdade, pensamos não exagerar se salientarmos que, neste domínio, se tem assistido a pequenas revoluções em matéria causal, ditadas pela estrutura e intencionalidade problemáticas que convidam o jurista a forjar novas soluções. Nem sempre animadas por uma racionalidade estritamente jurídica, as mais das vezes contaminadas por uma índole consequencialista, o certo é que elas deixam transparecer as dificuldades crescentes com que os cristalizados quadros causalistas se deparam.

As mesmas dificuldades que avultam diante de hipóteses há muito conhecidas por causalidade alternativa, causalidade cumulativa e causalidade concorrente e que se galvanizam com a complexificação das estruturas sociais e a emergência de danos ditos anónimos (no sentido de não ser possível encontrar um único pólo de imputação deles, antes se denotando que só um efeito sinérgico combinado é de molde a produzir a lesão). Extravassando o domínio ambiental, veja-se a este propósito JOÃO CALVÃO DA SILVA, “Causalidade alternativa. L’arrêt Des”, *European Review of Private Law*, 2, 1994, p. 465-469. Lida-se aí, e em comentário, com um caso de uma lesão provocada por um produto defeituoso, sem que, pelo imbricamento de relações produtivas, seja possível identificar o produtor específico do bem que causou o dano. Num momento prévio à regulamentação da responsabilidade civil do produtor, porquanto esclarece o autor que o decreto-lei nº383/89, de 6 de Novembro, se não aplica aos danos gerados por produtos postos em circulação antes da sua entrada em vigor, enfrenta-se antes de mais a “*probatio diabólica*” da culpa, para logo em seguida, esclarecida que seja a possibilidade de inversão do ónus que em regra recai sobre o lesado, por se tratar, *in casu*, de bens farmacêuticos, e como tal potencialmente perigosos [cf. p. 466], se debater a questão da causalidade. Sublinha a esse propósito CALVÃO DA SILVA a insusceptibilidade de se lançar mão da regra do *market-share liability*, engendrada pelo Supremo Tribunal da Califórnia no caso *Sindell v. Abbott laboratories*. Mas adianta que, em nome de uma solução que se pretende justa, se deve flexibilizar a prova do requisito, não exigindo certezas, mas satisfazendo-se com a prova da probabilidade razoável de o pretense lesante ser responsável no caso concreto (cf. p. 468). Mais concretamente bastará ao lesado provar que uma qualquer causa, ou melhor um dos comportamentos de um dos produtores, é *conditio sine qua non*. Cada uma dessas condições é presumida como causa adequada do dano (“le dommage est la conséquence normale, typique, probable du DES défectueux” – *op. cit.*, *loc. cit.*), pelo que “o autor da lesão deve ilidir essa presunção, demonstrando circunstâncias excepcionais, anormais, extraordinárias ou irregulares” que tenham influenciado a situação. Determinada a capacidade abstracta, entende-se que o lesado pode utilizá-la para estabelecer a sua presunção, a probabilidade séria que aquele ou aqueles produtores sejam os responsáveis. Mais especificamente, “pode-se mesmo dizer que o agente do dano não é verdadeiramente um desconhecido”

Trata-se, segundo parece decorrer dos termos postos em diálogo pelo insigne civilista português, de uma flexibilização substancial e processual animada pela necessidade de protecção reconhecida à vítima inocente diante do(s) produtor(es) anónimos. Não cremos, porém, que esses termos a que aludimos nos

possam esclarecer insofismavelmente acerca dos dados controversos. Poder-se-á frustrar as mais das vezes a lograda certificação da *conditio sine qua non*, posto que todo o problema resulta da natureza anónima da estrutura produtiva (cf. ADAM L. FLETCHER, “Alternative liability and deprivation of remedy: teaching old tort law new tricks”, *Cleveland State Law Review*, vol. 56, p. 1029 e ss., em especial p. 1031, considerando que o problema da indeterminação do lesado surge, desde logo, ao nível da *cause-in-fact*). Pense-se nos casos de escola do consumo de produtos tabágicos. Se A fuma há vinte anos, tendo por isso contraído um cancro pulmonar, pode ser inviável obter a prova de que a colocação no mercado dos cigarros por parte de B foi condição sem a qual o dano não teria ocorrido, porquanto sempre haveria a possibilidade de adquirir o mesmo bem num produtor concorrente. Ao que acresce que pode não ser viável estabelecê-la por outros motivos, entre os quais a alegação da predisposição constitucional do lesado e bem assim outros factores exógenos de surgimento da patologia. Pelo que, afinal, se deve ancorar a *causalidade* no risco gerado pelo comportamento do produtor, a exigir uma pertinência funcional da lesão ao perigo que se perspectiva. No fundo, o que estaria em causa – e essa parece ser a lição colhida na jurisprudência estrangeira, designadamente norte-americana – seria um juízo causal assente na probabilidade, questionando-se se a partir daqui se denota uma transformação da causalidade adequada, assim reduzida a um jogo estatístico, e se se convola o problema causal num problema factual.

Saliente-se, no entanto, a importância da lição do autor, em harmonia com o que o mesmo já havia expandido em *Responsabilidade civil do produtor...* cit., p. 579 a 587. Na verdade, não só lança um olhar atento sobre um dos mais dilemáticos casos convocadores da categoria causal, como abre a porta a uma solução acolhedora da causalidade alternativa, para fazer face à situação de individualização do autor do dano. Sobre o ponto, cf., ainda, no seio do ordenamento jurídico português, DIANA MONTENEGRO DA SILVEIRA, *Responsabilidade civil por danos causados por medicamentos defeituosos*, Coimbra Editora, Coimbra, 2010, em especial p. 189 e ss.

Veja-se, ainda, a propósito do que além fronteiras ficou conhecido pelos *mass tort products cases*, DONALD G. GIFFORD, “The Death of Causation: mass products torts’ incomplete incorporation of social welfare principles”, *Legal Studies Research Papers of University of Maryland School of Law*, 11, 2006 (www.ssrn.com/abstract=898628), p. 1-85. Sublinha-se aí como factor perturbador do funcionamento dos sistemas delituais clássicos na matéria, para além do anonimato da produção, o carácter diferido no tempo de emergência da lesão.

Sobre a necessidade de serem repensados os termos da causalidade, cf. JANE STAPLETON, “Legal cause: cause-in-fact and the scope of liability for consequences”, *Vanderbilt Law Review*, 54, 2001, p. 942 e ss., onde a autora evidencia ser a noção de *legal cause* uma das que mais necessita, no quadro da *Common Law*, de clarificação, já porque o seu tratamento seja opaco, já porque revele, as mais das vezes, inúmeras contradições.

V., igualmente, ARTHUR RIPSTEIN e BENJAMIM C. ZIPURSKY, “Corrective justice in an age of mass torts”, *Philosophy and the law of torts*, GERALD J. POSTEMA (Ed.), Cambridge University Press, 2001, p. 214 e ss. (Chapter 6), considerando que os *mass torts* constituem um dos modernos desafios ao predomínio da justiça correctiva ao nível da *tort law* e bem assim à noção e papel da causalidade, concluindo, porém, pela compatibilidade entre os dois pólos de tensão.

A referência ilustrativa a estes problemas não dispensa uma posterior abordagem mais aprofundada das questões. Cremos, porém, que não estão, ainda, reunidos os pressupostos de inteligibilidade de todas as nervuras problemáticas que elas envolvem, remetendo-se, assim, para um ponto expositivo ulterior o tratamento das mesmas. De facto, sublinham-se mais as dificuldades que o jurista enfrenta do que a solução acabada para as solucionar.

³⁹ Os problemas patentes em torno do ambiente e dos danos por intermédio dele perpetrados agigantam-se hodiernamente. Importa, por isso, notar a este ensejo que a estrutura complexiva que os acompanha leva a que, na maioria dos casos, a solução que para eles se encontra extravase os quadros clássicos da responsabilidade civil.

Não se pense, contudo, tratar-se da mera constatação da falência dos instrumentos tradicionais, pois se a dogmática civilista é desafiada pela intencionalidade problemática dos casos que emergem a este nível – que a não deixam intocável, antes provocando a abertura redensificada do próprio sistema, como ocorre por via quer da tematização do problema dos danos puramente patrimoniais, quer dos nódulos controversos da causalidade –, não menos verdade é que os danos ao ambiente, pela natureza do bem jurídico envolvido, o qual apresenta um cunho supra-individual, e pelos contornos plurilocalizados da sua repercussão, clamam pela mobilização de outros domínios normativos, próprios do direito público e do direito internacional.

Sobre o ponto, veja-se o recente estudo de CARLOS DE OLIVEIRA COELHO, *Poluição marítima por hidrocarbonetos e responsabilidade civil (em torno da Convenção Internacional sobre a*

portanto, que pontualmente afunilemos a perspectiva em direcção a tais domínios específicos, quer porque por meio deles ficamos mais despertos para as necessidades que se devem cumprir com o requisito, quer porque podemos beber, em soluções particulares, inspiração para um esquema decisório de índole mais vasta, desde que a intencionalidade problemática das primeiras não se oponha, abertamente, à extensão.

O caminho anunciado permitir-nos-á, ao mesmo tempo que dialogamos com diversas teorias de solução do problema, ir bosquejando critico-reflexivamente os critérios de solução do problema abraçado.

2. A experiência decisório-judicativa: a ambivalência da jurisprudência nacional

A jurisprudência pátria fornece um riquíssimo acervo de redensificação dos quadros da responsabilidade civil. Muitos são os acórdãos que tomam posição acerca da procedência ou não de uma pretensão indemnizatória. E, mesmo que descontemos – fiéis que somos a uma visão dualista do instituto – as hipóteses de tratamento da responsabilidade contratual, não podemos negar o manancial decisório sobre o tema que ela constitui.

Não se estranha, por isso, que, confrontados com inúmeros arestos que directamente questionam o problema do nexos de causalidade, seja possível individualizar linhas de orientação na matéria e desenhar uma tendência evolutiva que se presente⁴⁰.

Tendência evolutiva essa que acompanha a alteração do entendimento do Supremo Tribunal de Justiça em matéria de qualificação do problema que, de simples questão-de-facto, passa a ser vista como uma questão-de-direito^{41 42 43}. Na verdade, a

responsabilidade civil pelos prejuízos devidos à poluição por hidrocarbonetos de 29 de Novembro de 1969 revista pelo Protocolo de Londres d 27 de Novembro de 1992), Almedina, Coimbra, 2007.

Outras referências serão inscritas *infra*.

⁴⁰ Dando conta da evolução da jurisprudência em matéria de causalidade, e trazendo a lume inúmeros acórdãos, cf. MENEZES CORDEIRO, *Da responsabilidade civil...* cit., p. 542 e ss.

⁴¹ Para uma análise profundíssima da (im)pertinência da dicotomia e do modo como a mesma deve ser encarada em termos metodológica e filosoficamente comprometidos, cf. CASTANHEIRA NEVES, *Questão-de-facto e Questão-de-direito ou o Problema Metodológico da Juridicidade (ensaio de uma reposição crítica)*. A Crise, Almedina, Coimbra, 1967.

⁴² Neste sentido, cf. MENEZES CORDEIRO, *Da responsabilidade civil...* cit., 546. Salienta o autor que essa alteração jurisprudencial é consentânea com o paulatino abandono do tratamento do tema da *causalidade* sob o prisma da adequação naturalística no sentido da actual re-leitura do mesmo centrado no carácter normativo que o predica.

⁴³ Veja-se a este propósito os Acórdãos do STJ de 26 de Novembro de 1987 (*Boletim do Ministério da Justiça*, nº371, 1987, p. 402-407); de 26 de Fevereiro de 1991 (*Boletim do Ministério da Justiça*, nº404, 1991, p. 424-429), também citados por MENEZES CORDEIRO (*op. cit., loc. cit.*), e bem assim os Acórdãos do STJ de 17 de Abril de 2007 (*www.dgsi.pt*), de 11 de Maio de 2000, (*www.dgsi.pt*), de 30 de Novembro de 2000 (*Colectânea dos Acórdãos do STJ*, VIII, 3º, 2000, p. 150), de 21 de Junho de 2001, (*Colectânea dos Acórdãos do STJ*, IX, 2º, 2001, p. 127); de 15 de Janeiro de 2002 (*Colectânea dos Acórdãos do STJ*, X, 1º, 2002, p. 36).

Cf., igualmente, o Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 31 de Outubro de 2006 (*www.dgsi.pt*), onde se apresenta a natureza dual do nexos de causalidade, repartida entre um momento de facto e um momento de direito; Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 11 de Julho de 2006 (*www.dgsi.pt*), ao afirmar que “o juízo normativo de adequação, que há-de acrescer ao juízo naturalístico da causalidade, deve ter um sentido que se coadune com a espécie de responsabilidade civil em causa, a pré-determinar”; Acórdão do STJ de 23 de Abril de 2009 (a distinguir, dentro do juízo de causalidade, uma questão de facto e uma questão de direito)

Veja-se, ainda, a propósito da qualificação do problema da causalidade como uma questão de facto ou de direito, A. M. HONORÉ, “Causation and remoteness of damage”, *International Encyclopedia of comparative law*, vol. XI, *Torts* (ANDRÉ TUNC, ed.), chapter 7, Tübingen, Paris, New York, 1971, p. 6.

Para o autor, a redução do problema a uma pura questão de facto implicaria a simples indagação da resposta à pergunta: “como surgiu o dano”? Mas, a ser assim, ela teria de ser complementada por uma outra: quando e como é que a lei compensa um dano surgido daquela forma, pois, de outro modo, não era possível ter em conta a intencionalidade especificamente jurídica a este ensejo. Propõe, por isso, a dicotomização daquela em dois momentos judicativos, um factual e um jurídico.

Argumento determinante na qualificação da juridicidade do requisito da responsabilidade em debate é apresentado a páginas 21, quando o autor afirma que, a ser encarada como uma questão de facto, a concepção de causalidade não variaria consoante o nicho normativo em que nos situássemos.

Note-se que o autor adverte que do ponto de vista marxista e bem assim no ordenamento jurídico norteamericano a questão é concebida como uma mera questão de facto.

Sobre o ponto, cf. PALANDT, *Bürgerliches Gesetzbuch*, 69. Aufl., Beck, München, 2010, §823, Rn. 5 e HART e HONORÉ, *Causation in the law*, ...cit., p. 100-101, onde os autores, dando voz às críticas que se abatem sobre uma visão tradicional do problema da causalidade, trazem a lume um importante argumento na matéria que se prende com a responsabilidade por omissões. Na verdade, e consentaneamente com o que ali é dito, questiona-se como tratar como um facto algo que nunca existiu, partindo-se daquela para afirmar o carácter normativo do problema subjacente à temática.

Porque ela envolve a apurada percepção de complexos problemas ao nível da filosofia e metodologia jurídica, quais sejam o próprio sentido da conceptualização jurídica e a forma como através dela se articula a normatividade com a realidade, remetemos outras considerações sobre o ponto para um momento posterior. Até porque ele terá importância decisiva na altura em que, apresentando-se uma determinada proposta dogmática de impoção do problema da causalidade, tivermos de testar a sua admissibilidade metodológica, sistemática e material.

Cf., ainda, com amplo desenvolvimento, WRIGHT, “Causation, Responsibility, Risk, Probability, Naked Statistics, and Proof: Pruning the Bramble Bush for Clarifying the Concepts”, *Iowa Law Review*, 73, 1987-1988, p. 1001 e ss., em especial 1009 e ss., dando conta das divergências da doutrina no contexto anglo-saxónico sobre o ponto, e “Causation in tort law”, *California Law Review*, 73, 1985, p. 1735 e ss., em especial p. 1803 e ss., reafirmando a natureza factual da *actual causation* e rejeitando as posições de todos quantos procuram sustentar que o requisito surge eivado de considerações de *policy*.

Em sentido contrário, ainda no seio da *Common Law*, veja-se WEX S. MALONE, “Ruminations on cause-in-fact”, ... cit., p. 60 e ss., considerando que, mesmo ao nível daquilo que tradicionalmente foi autonomizado como *cause-in-fact*, a “misteriosa relação entre facto e normatividade (*fact and policy*)” deve ser repensada, e adiantando que no seu ajuizamento intervêm factores de *policy* [note-se, ademais, que o autor considera que, não sendo a causa um facto no sentido de poder ser estabelecido pela simples produção de um testemunho, a dilemática diluição da natureza factual ou normativa do requisito não dista sobremaneira do grau de complexidade que contamina o domínio jurídico sempre que se tenha de lidar com o problema da prova, especialmente se tivermos em conta que esta envolve sempre um trabalho de interpretação. No fundo, o que MALONE aduz é que a componente subjectiva estará sempre presente em qualquer actividade racional humana, ao que acresce o facto de a resposta concretamente encontrada para uma indagação causal ficar dependente do contexto de inquirição e das finalidades prosseguidas].

Veja-se, também, FLORENCE G’SSELL-MACREZ, *Recherches sur la notion de causalité*... cit., p. 540 e ss. [sublinhe-se como aí somos levados a ponderar a articulação do binómio questão de facto-questão de direito com aqueloutro, tão típico dos ordenamentos da *Common Law*, que aparta a *cause in fact* da *legal*

partir do momento em que o nexo de causalidade deixa de ser encarado em termos meramente naturalísticos há toda uma intencionalidade jurídica a predicá-lo que legitima, segundo os Tribunais superiores, a apreciação do mesmo por estes⁴⁴.

Note-se, porém, que não é da simples rejeição da teoria da *conditio sine qua non* que resulta imediatamente a propalada dimensão normativa da categoria. Isso mesmo, que parece resultar dos ensinamentos de MENEZES CORDEIRO⁴⁵, pode ser constatado pela leitura de alguns dos acórdãos citados.

Se em torno da causalidade adequada se gera uma quase unanimidade judicativa, não são coincidentes os termos sopesados, sequer a formulação adoptada⁴⁶. E em muitas das decisões a que tivemos acesso, a causalidade adequada continua a ser ponderada em termos naturalísticos.

No Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 30 de Novembro de 2006, pode ler-se que “*apurado sem margem para dúvidas que o valor das vendas feitas por uma casa de venda de tecidos nos 3 meses subsequentes à quebra de um vidro na sua montra, que esteve tapada com placas de aglomerado durante 66 dias, foi substancialmente inferior ao valor das vendas de igual período do ano anterior e que nos meses anteriores ao sinistro o valor das vendas fora sempre superior ao dos correspondentes meses do ano anterior – há que concluir que essa quebra de vendas teve como causa o estado de desmazelo que a montra apresentava*”.

cause, sem que, contudo, os termos das dualidades sejam coincidentes, já que a causalidade dita de facto, a ser acolhida, pode também ser percebida como uma questão de direito. Cf., igualmente, p. 16 e ss., nas quais a autora distingue uma versão *descriptif* (a causalidade é aí vista como uma relação entre dois termos, sendo fiel aos factos, e levando o juiz a recorrer a concepções lógicas e científicas, ou seja, e nas palavras da autora, a causalidade não é, nesta acepção, diferente no seio do direito ou fora dele, reenviando-nos para as teorias da causalidade adequada e da equivalência das condições) de uma versão *attributif* (a traduzir-se numa verdadeira questão de direito. Ora, aqui chegados, biparte novamente as suas considerações, pois que, se para a corrente positivista, a causalidade constitui uma noção técnica que não exprime mais do que uma vontade normativa, sem referência à natureza das coisas, há que considerar uma inspiração céptica, que vê na causalidade um expediente manipulável em função de considerações de oportunidade). Os termos em que a autora equaciona o problema parecem-nos redutores, uma vez que, como concluiremos, *infra*, há outras alternativas discursivas para além do binómio aludido].

Nota ainda para os ensinamentos de PAOLO FORCHIELLI, *Il rapporto di causalità nell'illecito civile*, ...cit., p. 4 e ss., referindo-se a uma tendência doutrinal segundo a qual o problema se restringe a uma mera questão de facto, deixada à sensibilidade e ao prudente arbítrio do juiz e apontando-a como uma das possíveis razões para a pouca atenção que é dada pelos autores ao requisito causal.

⁴⁴ MENEZES CORDEIRO – *Da responsabilidade*... cit., p. 542 – apresenta três estádios de evolução da jurisprudência na matéria. Um primeiro caracterizado pela natureza intuitiva das decisões; uma segunda etapa marcada pela adesão clara à doutrina da causalidade adequada; uma terceira fase, na qual, pese embora a fidelidade à teoria anunciada, os problemas passam a ser ponderados em termos normativos.

⁴⁵ Cf. o que ficou dito na nota de rodapé anterior.

⁴⁶ Desde logo em causa está a opção entre a formulação negativa e a formulação positiva da causalidade adequada. Não teceremos, por agora, quaisquer considerações atinentes a cada uma das formulações, remetendo para um momento posterior a enunciação e crítica delas. O mesmo, aliás, será feito relativamente às demais teorias que emergem a propósito do *nexo de causalidade*.

Adere-se explicitamente à doutrina da causalidade adequada⁴⁷, afirmando-se que a acção se deve mostrar, face à experiência comum, adequada à produção do referido prejuízo, mas, longe da abstracção que o juízo pressupõe, apura-se, a partir da constatação do decréscimo das vendas no período subsequente à quebra do referido vidro, o nexa requerido. Em termos tais que o relator do acórdão chega a questionar: *“Mas que mais será preciso para se fazer uma conexão entre o vidro partido, a má imagem que tal originava e o abaixamento das vendas? Como é possível apurar tais factos para além de qualquer dúvida razoável e depois dizer-se que não se provou que a montra avariada tivesse alguma coisa a ver com a baixa das vendas?”* Mais do que o registo interpelativo retórico do aresto, pesa neste contexto o desenvolvimento subsequente que ali se regista:

“Não há efeito sem causa e, se as vendas efectivamente baixaram, por alguma razão foi.

Não foi por causa de tratar de uma época especial do ano, porque se assim fosse também no ano anterior tal fenómeno se teria verificado.

Não foi por causa de algum retraimento especial do consumo, porque se assim fosse tal factor ter-se-ia também repercutido nos meses antecedentes e subsequentes ao sinistro.

Foi seguramente porque há menos pessoas dispostas a comprar vestuário e fazendas numa casa com o frontispício parcialmente entaipado com placas de aglomerado de madeira, que lhe dão um ar de desmazelo desagradável para qualquer potencial cliente”.

Pergunta-se, então, se o nexa de causalidade é fixado segundo uma ideia abstracta de adequação ou se, outrossim, ele implicou, na tradução do critério, o afastamento de outras eventuais causas até ao ponto da individualização da real⁴⁸. Ou

⁴⁷ Veja-se, também, *inter alia*, Ac. STJ 20 de Janeiro de 2010, a atestar que o ordenamento jurídico português consagra a doutrina da causalidade adequada (www.dgsi.pt)

⁴⁸ Cf. GENEVIÈVE VINEY, “Responsabilité civile”, *La semaine juridique*, année 1996, n°50, 3985, p. 489, falando da prova da causalidade pela constatação da ausência de outras causas possíveis e salientando que “este método de apreciação da causalidade por eliminação de outras possíveis causas foi utilizado a propósito dos danos imobiliários provocados pelos aviões no momento em que atravessam a barreira do som a uma baixa altitude”.

Foi mobilizado pela 1^{ère} *Chambre civile de la Cour de Cassation* em duas decisões: a) um paciente, no seguimento de uma transfusão de sangue, contraiu SIDA e Hepatite C. Foi proposta uma acção de responsabilidade contra a Fundação Nacional de Transfusão Sanguínea. A *première Chambre civile de la Cour de Cassation du 14 novembre 1995* veio realçar que relevante foi a inexistência da prova de outros factores de transmissão da doença; b) caso de responsabilidade médica por defeito de informação sobre o risco genético, decidido pela 1^{ère} *Chambre civile* a 26 mars 1996, no qual se admite que uma consulta

dito de outro modo, teria sido a mesma a solução da Relação de Lisboa se se provasse que houve, de facto, uma retracção generalizada no consumo naqueles meses⁴⁹?

E se se disser presuntivamente que não, não ficará tal a dever-se à inexistência, em concreto, de um dano e já não à inadequação do comportamento para causar aquele tipo de prejuízo? É que, sendo esta apurada em abstracto, a identificação de circunstâncias diversas na composição do caso concreto não poderá alterar a solução a que se chega⁵⁰.

médica cinco anos antes do nascimento de uma criança tem uma relação directa com ele, porque os problemas que esta enfrenta não assentam noutra causa, nem outros conselhos médicos foram dados.

⁴⁹ Pese embora a confessada adesão à doutrina da causalidade adequada, o critério guia mobilizado pelo Tribunal da Relação de Lisboa poderia fazer-nos lembrar o chamado método da eliminação de que dão conta HART e HONORÉ, *Causation in the law*, ...cit., p. 443, embora com ele pareça não se confundir. Trata-se de um método que, tendo sido cristalizado por GLASER em 1858, procurava densificar a teoria da *conditio sine qua non*, estando portanto imbuído de uma visão naturalística do fenómeno causal. No fundo, defendia-se que se deveria, em teoria, eliminar o evento protagonizado pelo autor do conjunto das condições de produção do dano. Depois se veria se este continuaria a ocorrer ou não, assim se determinando se ele foi ou não condição daquele. Diferente é o método da substituição de que nos dão conta, no cotejo com o primeiro referido, BASIL S. MARKESINIS e HANNES UNBERATH *The German Law of Torts. A comparative treatise*, 4th edition, entirely revised and updated, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2002, p. 104. (Cf., também, BASIL S. MARKESINIS, *The German Law of Obligations*, vol. II: *The Law of Torts: A comparative introduction*, 3rd edition (with corrections and additions), Clarendon Press, Oxford, 1997, p. 96). No tocante ao segundo, já não se ficcionaria a inexistência da actuação do lesante, mas a substituição da sua actuação ilícita por uma actuação lícita. Note-se que, segundo os autores citados em últimos lugar, o método da eliminação não pode ser utilizado quando em causa esteja uma conduta omissiva, sendo, então, imperioso o recurso ao método da substituição. Mais complexamente, os autores aduzem a inoperacionalidade do critério quando haja uma contribuição da vítima para a produção do dano. Cf. p. 105, onde se mostra claramente a iniquidade dos resultados a que se pode chegar com a mobilização da regra da *conditio sine qua non*. O exemplo que aí é dado mostra que ela não consegue resolver cabalmente os problemas colocados pela situação em que dois agentes, por meios diversos, produzem o dano, sendo certo que cada um deles isoladamente o teria feito igualmente. Paradoxalmente, poder-se-ia chegar à conclusão da não indemnizabilidade da vítima. Curiosamente, tal parece contrariar, inclusivamente, os dados legais fornecidos pelo ordenamento jurídico alemão. Os problemas da chamada *causalidade múltipla* e bem assim da *causalidade alternativa* são solucionados, em regra, de acordo com a ideia de que nenhum dos agentes pode excluir a sua responsabilidade, alegando que a mesma lesão teria ocorrido sem a sua contribuição. Cf. §830 BGB. Sobre o ponto, cf. HART e HONORÉ, *Causation...* cit., p. 454, sem embargo do tratamento mais aprofundado que *infra* faremos do problema, momento em que, oportunamente, apontaremos como pertinentes outras referências bibliográficas. Para uma comparação entre o método de GLASER – com a sua dimensão psicológica e subjectiva – e o método da substituição, com uma orientação mais objectiva, cf. A. M. HONORÉ, “Causation and remoteness of damage”, ... cit., p. 34. Para um contacto aprofundado com o pensamento de GLASER, cf. do autor *Abhandlungen aus dem österreichischen Strafrechte*, 1858, p. 298 e ss., *apud* A. HONORÉ, *op. cit.*, *loc. cit.*

A despeito destas considerações, parece-nos, contudo, que o tribunal não se orientou senão pela tentativa de reconstituição do *iter* factual conducente ao dano, no puro plano naturalista, ficando, inclusivamente, aquém da determinação do carácter condicional do facto. Sobre o ponto, veja-se FLORENCE G’SSELL-MACREZ, *Recherches...* cit., p. 596 e ss., onde, lidando com as situações em que não é possível determinar um facto material, muitos autores consideram que, estando menos em apreço a causalidade do que um facto que serve de suporte à qualificação causal, a solução passa pela presunção daquele, consistindo, depois disso, o raciocínio em proceder à eliminação de outras possíveis causas, o que só é viável se todas as eventuais causas forem conhecidas, pois de outra forma o argumento é pouco convincente.

⁵⁰ Ressalve-se a delicadeza da dúvida enunciada, a qual, lidando com a questão dos índices cognitivos na base da formulação do juízo de adequação, merece um olhar mais atento (cf. *Infra* o que diremos sobre o

Donde, ou abdicamos do critério e forjamos *ad hoc* uma solução que se afigure materialmente justa, olvidando parcialmente o pólo judicativo, para nos cingirmos ao plano decisório, ou somos forçados a seguir aquele critério, redundando a fidelidade criteriológica em dados resolutivos desconformes com a intencionalidade predicativa do sistema.

E mesmo que se diga que, na sub-hipótese por nós considerada, inexistiria verdadeiramente um dano, isso só nos vem mostrar que a teoria da causalidade adequada, da forma como é pensada e mobilizada, confunde dois níveis argumentativos e resolve unitariamente dois problemas portadores de especificidades próprias e de intencionalidades díspares.

Não é, de facto, o mesmo tentar saber quem é o autor de um determinado dano ou circunscrever o círculo de danos, em concreto, indemnizáveis.

Exemplificativamente: não é o mesmo debruçarmo-nos sobre o típico caso de escola em que um hemofílico é atingido na face com um pequeno golpe, vindo a falecer,

ponto). Mais se refira que os termos vagos em que o problema é por nós, aqui, inscrito deixa margem suficiente para indagar se não estaremos, afinal, a lidar com uma questão de condicionalidade.

Importa, ainda, salientar que a mesma linha de considerações poderia não ser possível se se aderisse à formulação negativa da teoria da causalidade adequada. Admitindo-se, aí, a quebra do nexos quando para a produção do dano tenham contribuído outros factores, excluir-se-ia a adequação. Sendo essa a linha seguida pelo Supremo Tribunal de Justiça no Acórdão de 17 de Abril de 2007 (www.dgsi.pt), a mesma mostra-se díspar relativamente ao enunciado proposto pela doutrina. De facto, se rememorarmos a formulação negativa de ENNECCERUS-LEHMANN (cf. *Recht der Schuldverhältnisse*, ...cit., p. 63), diremos que um facto não é causa adequada se se mostrar totalmente indiferente à produção do dano, tendo-o provocado só por circunstâncias anómalas que intercederam no caso concreto.

Donde, verdadeiramente, se no aresto citado em nota pode ser procedente a invocação da dimensão negativa da causalidade adequada, a mesma tolheria a possibilidade de argumentação no caso de que demos conta em texto.

Mas aproveite-se o ensejo para dar nota de uma outra ideia. É que, a 17 de Abril de 2007, o STJ, na indagação do carácter excepcional e anormal da circunstância que intercedeu entre a constatação da porta do comboio aberta e o dano sofrido pela senhora passageira, acaba por recorrer à análise das normas constantes do Regulamento para Exploração e Polícia dos Caminhos de Ferro, aprovado pelo decreto-lei 39780.

Pode ler-se, no acórdão, que *é proibido aos passageiros “ entrar ou sair das carruagens a não ser nas estações e apeadeiros e quando o comboio estiver parado” – art. 42, 1º, nº4, do Regulamento*. Ao que acresce a citação do artigo 69º do mesmo diploma, que prescreve *“Entende-se que o transporte começa no momento em que o passageiro se confia ao transportador e subsiste enquanto dura esta situação. São da responsabilidade do passageiro os actos de subir para a carruagem e descer dela”*.

Significa isto que o relator do aresto, mesmo que disso não tenha tido nítida consciência, acaba por decidir fundamentadamente com base no âmbito de protecção de uma determinada norma, ancorando nele a repartição de riscos que a situação material envolve. Ainda que em causa esteja um problema de concorrência de culpas do lesado – a exigir a ponderação da sua real natureza e a justificar o cotejo entre a culpa e a causalidade – não é despidendo sublinhar este ponto, evidenciando uma tendência de normativização da categoria em apreço.

Tendência essa que se denota noutras decisões dos nossos tribunais superiores. Cf. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 21 de Setembro de 2006 (www.dgsi.pt), onde, a propósito de uma acidente numa auto-estrada provocado pelo facto de um senhor atravessar a via, depois de nela se ter introduzido por meio de um buraco que havia na vedação, se pode ler que esta não é *determinada nem tem por finalidade proteger bens nem interesses exteriores a ela*.

Cf., igualmente, MENEZES CORDEIRO, *Da responsabilidade civil...* cit., p. 545

pelo que se tem de apurar se o autor da agressão deve ou não ser responsabilizado pelo resultado morte ou procurar saber diante do comportamento de A, que destrói o carro de B, se no *quantum* indemnizatório há-de ser computado ou não o facto de ele ter chegado tarde a uma reunião e com isso perdido um importante negócio para a sua empresa.

O carácter caleidoscópico com que a categoria *causalidade* tem vindo a ser conformada não permite perceber claramente a cisão entre a natureza das duas questões. Com todas as consequências que isso comporta.

Consequências ao nível da pureza dos alicerces, pois no primeiro caso o que está verdadeiramente em causa é um problema referente à imputação, quadrando mal com a teleologia última do instituto, ética e axiologicamente informada, o apelo a uma ideia materialista.

Consequências ao nível intrassistemático, já que a impossibilidade de se salvaguardar a pureza da adequação, pela imperiosa consciência da impertinência de um critério fisicista, desarraigado de considerações normativas, impõe a introdução de correcções ao mesmo. Dir-se-á, então, que se devem tomar em conta as circunstâncias conhecidas pelo agente no momento da prática do facto. Mas, ao fazê-lo, estamos a subjectivar um critério que se quer objectivo e a aproximar inexoravelmente a causalidade da aferição da culpa. Nas palavras de MENEZES CORDEIRO, transformamos a adequação numa fórmula vazia⁵¹.

É claro que em teoria é plausível dizer que um golpe não é causa adequada da morte de uma pessoa saudável, mas já será de um hemofílico. Sem que isso afaste por completo as críticas que sobre a proposta doutrinal, de que é fiel depositária a nossa jurisprudência, podem ser derramadas.

Por um lado, torna-se complexa a distinção entre a probabilidade a que a causalidade faz referência e a previsibilidade de que a culpa cura⁵².

Por outro lado, se no exemplo avançado é viável cogitar-se uma cláusula de salvaguarda da teoria, o mesmo não poderá dizer-se de muitas outras situações nas quais a intuição do justo nos impele a estabelecer a dita causalidade e a adopção estrita do critério obsta a que tal ocorra. Pense-se no caso discutido e decidido pelo Tribunal da Relação de Lisboa e vertido no Acórdão de 7 de Maio de 2002. Tratando-se embora de

⁵¹ Cf. MENEZES CORDEIRO, *Da responsabilidade...* cit., p. 533-534 e nota 225. Veja-se, ainda, a equivalente expressão no idioma germânico em GÜNTHER BERNERT, “Die Leerformel von der Adaequanz“, *Archiv für die civilistische Praxis*, 169 Band, Heft 5/6, 1969, p. 421 a 442

⁵² O ponto não gera unanimidade, sendo imperioso dialogar com as diversas posições firmadas a este propósito. Para tanto, cf. *infra* o que se dirá acerca da questão.

um caso respeitante à responsabilidade do Estado pela omissão do cumprimento das funções legislativas, sempre se poderá dizer com GOMES CANOTILHO que os juízes operaram um “passe de mágica em torno da causalidade”⁵³, “que justifica a ruptura lógica na argumentação, quando, depois de se reconhecer que o agente real, provocador do dano da morte, era a empresa Aquaparque, (...) se transita para uma causa virtual – a do legislador omissivo”.

O mediatismo do caso apreciado⁵⁴ chama a atenção para um dado relevantíssimo. Com efeito, tendo o dano sido provocado pela conduta dos responsáveis do Aquaparque, acaba por se responsabilizar o Estado pela omissão de legislação que impusesse as devidas medidas protectoras. Donde se pode questionar se a imputação operada se pode basear na ideia de causalidade adequada, já que, a havê-la, sempre haveria que determinar se a mesma não teria sido interrompida pela conduta voluntária daqueles responsáveis materiais⁵⁵.

Com o que se viabiliza o salto para dois nichos dogmáticos específicos, a evidenciar as insuficiências da teoria a que a jurisprudência quase unanimemente adere.

⁵³ Cf. GOMES CANOTILHO, “Anotação ao Acórdão de 7 de Maio de 2002 do Tribunal da Relação de Lisboa”, *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, nº3927, 3928, ano 134º, p. 202 a 224 (aqui 222).

⁵⁴ Trata-se, de facto, do caso que ecoou durante largo tempo nos meios de comunicação social, depois de uma criança ter morrido numa das piscinas do parque aquático da cidade de Lisboa, ao ter sido sugada por uma das condutas de aspiração que não dispunha da devida grelha de protecção.

⁵⁵ Veja-se, ainda, neste ensejo, MARGARET ISABEL HALL, “Duty, causation and third-party perpetrators: The Bonnie Mooney Case”, *Revue de Droit de McGill*, 50, 2005, p. 597 e ss. O caso comentado pela autora resume-se em poucas palavras. Bonnie Mooney, temendo ser vítima de mais um acto de violência doméstica por parte do seu ex companheiro, recorre à polícia que, confrontada com a situação, diz nada poder fazer para além de investigar. Sete semanas mais tarde, aquele invade a casa da lesada, matando uma amiga que ali se encontrava e causando grande sofrimento moral a si e às suas filhas, que passam a sofrer de um quadro de stress pós-traumático. A *British Columbia Supreme Court* veio considerar que neste caso não se provou o nexo de causalidade (cf. p. 601). No recurso interposto pela lesada, discutiu-se o âmbito de um eventual dever de cuidado perante o outro que, em face da denúncia efectuada, poderia ter emergido em concreto. Mais se aduziu que o tradicional *but-for test* não deveria ser aplicado em face de condutas omissivas, devendo ser substituído pelo *material contribution test*: o que se questionaria seria, assim, se a negligência do pretense lesante tinha ou não tido alguma contribuição material para a emergência da lesão. Veja-se, a propósito, p. 603-604, oferecendo uma explicitação do teste com base numa ideia de risco: “causation could be established by showing that an employer had materially contributed (more than *de minimis*) to the risk that a claimant would develop a particular condition”.

Note-se que em causa está uma conduta omissiva por parte do agente policial, a levantar, *ab initio*, o problema da desvelação de um concreto dever de agir, sem o qual aquela não se equipara à acção. Nestes termos, e em comentário ao precedente jurisdicional, a autora aduz que “a new theory of causation is necessary in the context of third-party perpetrator harm to take account of the particular and unusual factual circumstances of these cases, just as the material contribution test has developed in the context of industrial disease” (cf. p. 612). Alerta, ainda, que nessa missão há que ser tido em conta o pendor analógico do raciocínio jurídico, pelo que urgirá ter em consideração as regras estabelecidas a propósito da *vicarious liability*. Sendo certo que a disciplina da questão diverge daquela que a mesma recebe no nosso ordenamento jurídico, importará, ainda assim, ter em conta alguns dos apontamentos a que no estudo temos acesso. Na verdade, tornando dialogantes os conceitos de *compensation*, *deterrence* e *fairness*, sustenta-se que as regras da causalidade devem ser compreendidas com a devida flexibilidade, potenciadora da correcta realização da justiça no caso concreto.

Todo o circunstancialismo respeitante à responsabilidade por informações é, com apelo a uma memória pré-disponível do sistema já constituído, questionado. A, confiando nas informações prestadas por B, resolve levar a cabo uma determinada conduta que o lesa na sua integridade física. Em que medida, verificados os restantes pressupostos densificadores do subsistema ressarcitório a que se alude, pode o dano ser imputado ao segundo, sendo certo que a adequação – radicada num primeiro momento numa relação naturalística⁵⁶ – poderá ser excluída pelo comportamento voluntário do próprio lesado⁵⁷? Afigura-se, portanto, imprescindível a recondução do problema a uma ideia de causalidade normativa⁵⁸.

À mesma ideia de causalidade normativa não se pode deixar de fazer apelo sempre que em causa esteja uma omissão. Pois em que medida, senão através da juridificação do critério, é possível que um determinado efeito resulte do nada? Não estaremos, ao estabelecer a ligação exigível, a imputar um dano à omissão porque, em rigor, existia o dever de agir a impender sobre um agente? E não será esse mesmo dever de agir, ao recortar a sua teleologia, a determinar quais os danos que com seu incumprimento estão conectados⁵⁹?

Questiona-se, por isso, a bondade da decisão proferida pelo Tribunal da Relação de Coimbra, vertida no Acórdão de 5 de Junho de 2001⁶⁰. Considera-se, aí, não haver causalidade adequada *entre a inexistência de sinalização alertando para zona perigosa no estaleiro duma obra e o acidente sofrido por um menor de oito anos que, com outras duas crianças, foi brincar para o interior da obra, num sábado, em que os trabalhadores gozavam o descanso semanal, tendo uma delas tocado num tijolo que*

⁵⁶ Cf. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 17 de Abril de 2007 (www.dgsi.pt).

⁵⁷ O problema é aqui considerado a propósito da responsabilidade por informações por ser esse o domínio onde foi mais amplamente tratado entre nós. Ele pode, no entanto, ser equacionado em termos mais amplos. Na verdade, o que está em debate neste ponto específico é o que ficou conhecido, noutras paragens, por causalidade psicológica e prende-se com a circunstância de alguém oferecer a outrem um motivo para agir. Sobre o ponto, explicando-o no quadro do que qualifica como causalidade de um facto humano FLORENCE G'SELL-MACREZ, *Recherches...* cit., p. 629 e ss.

O ponto será amplamente considerado *infra*, transformando-se inclusivamente num dos pilares de argumentação no sentido da edificação da proposta doutrinal que apresentamos.

⁵⁸ Nesse sentido, cf. CARNEIRO DA FRADA, *Teoria da confiança* ...cit., p. 618 e ss.

⁵⁹ Sobre o problema da omissão, cf. PEDRO PITTA E CUNHA, *Omissão e dever de agir* ...cit., p. 49 e ss.

Cf. VAZ SERRA, “Obrigação de indemnização...”, ... cit., p. 35. O autor aduz que qualquer teoria acerca da causalidade se confrontará com problemas respeitantes à omissão. Esta é um nada e não pode, nessa medida, considerar-se causa de um resultado, sendo certo que em determinadas condições deve dar lugar à responsabilidade. Parece-nos que a dificuldade resulta, afinal, da não normativização da categoria. Sobre a omissão, mais notas serão expandidas ao longo da dissertação, incidentalmente, dedicando-se-lhe um ponto expositivo específico pela riqueza que a sua contemplanção transmite na economia da tese que pretendemos expor.

⁶⁰ www.dgsi.pt

caiu, atingindo-o na região frontal. A justificar a asserção considera aquele Tribunal não se poder concluir que o facto imediatamente causador do dano – atitude da criança que tocou no tijolo que caiu e atingiu o menor lesado – foi uma consequência adequada da ausência de sinalização.

A decisão da Relação é, do ponto de vista lógico, inatacável. Mas pergunta-se se, mobilizada que seja outra racionalidade, ela não pode ser posta em causa, chegando-se, inclusivamente, à solução oposta. Isto é, considerando-se que houve, de facto, violação do dever de sinalizar o perigo por parte do responsável pela obra, pergunta-se se não será isso bastante para, dentro da esfera de danos que aquele dever visava evitar, se indemnizarem os prejuízos decorrentes das lesões ocorridas. É óbvio que nunca se poderá saber com meridiana certeza se a lesão do direito teria ou não sido postergada, mas exactamente por isso a repartição do risco só poderá ser operada em termos normativos.

Aliás, parece ser esse o recorte intencional da decisão proferida pelo Tribunal da Relação do Porto de 31 de Outubro de 2006, onde se responsabiliza uma superfície comercial, a título de culpa, pelos danos sofridos por uma sua cliente que escorrega e cai no piso molhado, que não foi vedado pelos seus funcionários enquanto procediam à sua lavagem⁶¹.

⁶¹ *www.dgsi.pt*. Note-se que o problema, perspectivado pelo relator do aresto sob o prisma da causalidade, é resolvido com apelo à doutrina maioritariamente conformadora do problema entre nós: a tantas vezes referida teoria da causalidade adequada. Importa, no entanto, perceber o que aqui está em causa. A ilicitude desvela-se pela violação do direito à integridade física. Inexiste, contudo, um comportamento do agente que directamente atente contra ela. Nem tão pouco se pode ver na actividade de limpeza levada a cabo um acto juridicamente desvalioso. Ao ser imputada a lesão ao proprietário da superfície comercial, sê-lo-á à preterição do cumprimento de um dever de prevenção do perigo. Donde se concita uma dúvida: será que é normal e adequado que da não indicação do carácter escorregadio do piso decorra uma lesão à integridade física? Ou, se quisermos lançar mão da formulação negativa da adequação, será que o facto de não se alertar para o estado do chão é ou não indiferente à produção do dano? Responder-se-á, à última, que não é de todo indiferente. Mas, bem vistas as coisas, e se pressupusermos a forma de produção causal da realidade, dificilmente um evento será absolutamente irrelevante do ponto de vista da eficácia lesiva. Pelo que, excepto nas hipóteses de interferência de circunstâncias anómalas, dificilmente se excluirá a causalidade. Retomando ao caso em apreço, imaginemos que a cliente que sofre a queda tinha corrido a grande velocidade naquele recinto. Quem deveria suportar o dano? A própria ou os responsáveis pelo centro comercial? Ou se decide com base num justo intuir, ou a lograda solução da inquietação implicará sempre o cotejo das esferas de acção e risco e a delimitação normativa do âmbito teleológico de eventuais deveres de cuidado preteridos.

Atendo-nos à formulação positiva, previamente enunciada, sempre se poderá dizer com maior acutilância que, de um ponto de vista, não se gera um processo causal entre aquela omissão e a lesão sofrida. A havê-lo, será entre a lavagem do chão e a queda, mas aquela não é ilícita, perturbando-se, desta feita, o juízo ressarcitório levado a cabo.

Cf., a este ensejo, o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 25 de Julho de 1985, citado por MENEZES CORDEIRO (*Da responsabilidade civil...* cit., p. 545) [cf. *Boletim do Ministério da Justiça*, nº349, 1985, p. 516-520]. No caso em debate, um doente psiquiátrico foge do hospital, vindo a falecer, em virtude do atropelamento de que foi vítima. Condenou-se, então, o Hospital pela omissão do dever de prevenir aquele dano. Como salienta o insigne civilista (*loc. cit.*, nota 282), “a adequação não liga entre a

As dificuldades experimentadas a este nível comunicam-se, *mutatis mutandi*, às hipóteses de circunscrição do círculo de danos indemnizáveis. De outro modo não poderia deixar de ser, até porque – já o dissemos – o problema é, entre nós, tratado de forma unitária⁶².

Assim, fica por esclarecer qual a correcta solução de um problema com a estrutura daquele que foi tratado pelo Acórdão de 23 de Março de 2006 do Tribunal da Relação do Porto. Considera-se, aí, que *os danos não patrimoniais indirectos ou reflexos estão abrangidos na previsão do artigo 496º do CC, pois o nº 2 deste normativo legal não abrange apenas aquele que é directamente atingido por lesões de natureza física ou psíquica graves, mas também os terceiros que só reflexa ou indirectamente são atingidos [por elas]*⁶³.

hipótese extraordinária do atropelamento (...) e a saída do Hospital; apenas juridicamente poderemos estabelecer ligações, dada a natureza particular das concretas normas violadas”.

⁶² Não é esta, já o sabemos, a nossa preocupação cimeira. Na verdade, a necessidade de circunscrevermos o âmbito de análise de um problema cujos contornos são densos e vastos ditou que arredássemos do horizonte imediato das nossas lucubrações o tratamento da causalidade centrada no dano subsequente. Em abono do rigor, a questão patenteada pelo acórdão citado lida, inclusivamente, de forma mais evidente com a própria noção de dano e com as regras atinentes à delimitação da sua relevância delitual. É que não nos podemos esquecer que toda a problemática que envolve os danos não patrimoniais não tem de ser, com carácter de necessidade, ponderada de acordo com as lições da causalidade. A chamada à colação deste caso compreende-se, pois, por outro motivo: é que, na procura da coerência sistemática, o que ficar dito em sede de imputação reflectir-se-á também no modo como se deve conceber o segundo segmento causal e aí encontramos argumentos suficientemente seguros que nos permitirão lidar com uma questão como esta.

⁶³ *www.dgsi.pt*. Considera o relator do aresto que tal resultado judicativo é logo viabilizado pelo nº1 do preceito que, impondo como requisito para a ressarcibilidade dos danos não patrimoniais, a gravidade dos mesmos, não limita a compensação aos lesados directos.

Creemos que esta interpretação literal do preceito, ao arripio inclusivamente da coerência sistemática que se almeja, não deve ser sufragada. Diversas são as razões que depõem nesse sentido. Por um lado, é a própria hermenêutica levada a cabo que, porque tributária de uma concepção metodológica superada, deve ser posta de parte. Por outro lado, parecem olvidar-se dois dados fundamentais da intelecção do sistema ressarcitório. Ainda que não justificado plenamente, a verdade é que se assume – por referência aos danos patrimoniais – que só são ressarcidos aqueles que forem sofridos pelo lesado directo, isto é, o titular do direito preterido, não tendo sido, para afastar a posição, cumprido o ónus de contra-argumentação exigível. Se assim é nessa hipótese, por que razão há-de ser diverso no caso dos danos extrapatrimoniais, quando se assume, *ab initio*, e depois de grande celeuma em torno dos mesmos, que a sua compensação tem carácter excepcional?

Mais se diga que a solução a que se chega parece esquecer o primeiro nível imputacional – a ilicitude. Na verdade, a partir do momento em que esta se colima na violação de direitos absolutos, não será este o pólo definidor dos credores de uma pretensão indemnizatória? Cf., o que, *infra*, será dito a propósito da sindicância do direito subjectivo absoluto. Em face dos desenvolvimentos aí expandidos, abdicamos por ora de ulteriores lucubrações, sublinhando apenas as dúvidas que nos assaltaram ao sermos confrontados com uma decisão deste teor.

Cf., ainda, a restante argumentação expendida no aresto: “Como tal, embora tenha natureza excepcional, nada obsta a que se faça uma interpretação extensiva (artº 9º do CC) da norma do artº 496º, nº2, do Cód. Civil para os casos de ofensa corporal não causadora da morte, situação em que as pessoas referidas nesse nº 2 se poderão apresentar como credoras de indemnização por danos não patrimoniais que elas próprias tenham sofrido, desde que se trate de situações compreendidas no espírito da norma (designadamente quando fique gravemente prejudicada a sua relação com o lesado ou quando as lesões causem neste grave

Trata-se, pois, da admissibilidade, por via jurisdicional, da compensação de danos indirectos^{64 65}.

dependência ou perda de autonomia do lesado). Daí, também, que tal direito de indemnização por danos indirectos ou reflexos deve ser circunscrito às pessoas indicadas no aludido nº2 do art.496^o”.

Contra a posição expendida no acórdão, cf. Acórdão da Relação do Porto de 4-4-1991, *Colectânea de Jurisprudência*, ano XVI, tomo I, p. 255 e ss.; Acórdão da Relação de Coimbra de 20-9-1994, *Colectânea de Jurisprudência*, ano XIX, tomo IV, p. 35 e ss.; Acórdão da Relação de Coimbra de 26-10-1993, *Colectânea de Jurisprudência*, ano XVIII, tomo IV, p. 69 e ss.; Acórdão da Relação de Lisboa de 6-5-1999, *Colectânea de Jurisprudência*, ano XXIV, tomo III, p. 88 e ss.; Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 21-3-2000, *Colectânea de Jurisprudência – Acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça*, ano VIII, tomo I, p.138 e ss.; Acórdão da Relação do Porto de 31-3-2009, *Colectânea de Jurisprudência*, ano XXXIV, tomo 2, 2009, p. 216 e ss.; Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 17-9-2009, *Colectânea de Jurisprudência – Acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça*, ano XVII, tomo 3, 2009, p. 55 e ss..

Em sentido concordante, permitindo a indemnização dos danos morais reflexos, cf. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 26-5-2009, *Colectânea de Jurisprudência – Acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça*, ano XVII, tomo 2, 2009, p. 77 e ss.; Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 8-9-2009, *Colectânea de Jurisprudência – Acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça*, ano XVII, tomo 3, 2009, p. 43 e ss.

Sobre o ponto, cf., ainda, VAZ SERRA, “O dever de indemnizar e o interesse de terceiros”, *Boletim do Ministério da Justiça*, vol. 86, 1959, p. 103 e ss.; RIBEIRO DE FARIA, *Direito das Obrigações*, vol. I, ... cit., p. 491 e nota 2; MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, vol. I, 9ª edição, Almedina, Coimbra, 2010, p. 422 e nota 898; AMÉRICO MARCELINO, *Acidentes de viação e responsabilidade civil*, Petrony, 10ª edição, 2009, p. 380; ANTÓNIO ABRANTES GERALDES, “Ressarcibilidade dos danos não patrimoniais de terceiros em caso de lesão corporal”, *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Inocêncio Galvão Telles*, IV, *Novos Estudos de Direito Privado*, Almedina, Coimbra, 2003, p. 263 e ss.

A propósito da interpretação do artigo 496^o, no que aos unidos de facto respeita, cf., ainda, os Acs. do STJ de 23 de Abril de 1998, *Colectânea de Jurisprudência – STJ*, 1998, t. 2, p. 49 e Ac. 4 de Novembro de 2003, *Colectânea de Jurisprudência – STJ*, 2003, t. 3, p. 133; e o Ac. N^o86/2007, da 2ª secção do Tribunal Constitucional de 6 de Fevereiro de 2007, que decidiu não julgar inconstitucional o artigo 496^o, nº2, na parte em que exclui o direito à indemnização por danos não patrimoniais da pessoa que vivia em união de facto com a vítima mortal de acidente de viação resultante de culpa exclusiva de outrem. Em sentido diverso, cf. Ac. n^o275/2002, da 2ª secção do Tribunal Constitucional de 19 de Junho de 2002, DR, II série, de 24 de Julho de 2002, p. 12896. Em sentido concordante com o primeiro entendimento, veja-se FRANCISCO PEREIRA COELHO e GUILHERME DE OLIVEIRA, *Curso de Direito da Família*, vol. I, 4ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2011, p. 87

⁶⁴ Repare-se que estes danos indirectos a que agora, incidentalmente, aludimos não se confundem com aqueles outros que integram a categoria dos chamados danos puramente patrimoniais. Em comum têm o facto de serem sofridos sem que se dilucide a violação de um direito subjectivo absoluto ou uma disposição legal de protecção de interesses alheios. Mas enquanto os segundos se repercutem na esfera patrimonial de um sujeito, colocando-se o problema de saber se haverá alguma forma de, desvelando-se a ilicitude, se obter o ressarcimento dos mesmos; os primeiros quadram com a problemática da dita *causalidade*, instando-nos a perceber por que razão, havendo a exigível violação de direitos de tipo absoluto, nem todas as consequências daí resultantes podem ser compensadas.

Para maiores desenvolvimentos acerca da noção, intencionalidade e problemas suscitados em torno do conceito de danos puramente patrimoniais, cf. MAFALDA MIRANDA BARBOSA, *Liberdade versus responsabilidade. A precaução como fundamento da imputação delitual? Considerações a propósito dos cable cases*, Almedina, Coimbra, 2006, e demais bibliografia aí especificamente citada sobre o tema.

⁶⁵ Tradicionalmente tem sido sustentada a posição oposta, em nome do carácter excepcional do preceito e da impossibilidade de aplicação analógica de normas excepcionais, conforme o disposto no artigo 11^o CC. Cf. ANTUNES VARELA, “Anotação ao Parecer de 31 de Outubro de 1969 da Procuradoria-geral da República”, *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, ano 103^o, n^o3421, 1970-1971, p. 245 a 256, p. 250, nota 1.

Sem embargo de podermos vir a chegar à mesma conclusão, não colhe a argumentação aduzida. Na verdade, temos por metodologicamente insustentável – e como tal superada – a posição tradicional que, partindo da dicotomia entre interpretação extensiva e analogia, proscrevia a segunda quando em causa estivessem normas excepcionais. Colimando-se numa perspectiva hermenêutica da interpretação, ela deixa de fazer sentido a partir do momento em que assumamos a norma como uma norma-problema e reservemos para a concreta realização do direito uma matriz analógica que nunca a abandona. De facto, se

Sendo embora meritório o juízo de fundo entretecido pelos magistrados pátrios, a verdade é que a analogia de que se lança mão não pode ser estabelecida da forma automática que ali surge plasmada.

Efectivamente, não basta, para que se mobilize uma norma como critério de orientação do discurso do decidente, que haja uma similitude bastante entre dois problemas. Esse momento do juízo analógico está, sem sombra de dúvidas, cumprido. Há que, porém, verificar a pertinência de um outro: o momento da analogia judicativa. Ou seja, e acompanhando neste domínio metodologicamente comprometido os ensinamentos de CASTANHEIRA NEVES⁶⁶, há que em concreto indagar se a razão de ser da solução pensada para o problema hipoteticamente resolvido pela norma se estende ou não aqueloutro que com ele apresenta uma forte semelhança. Para tanto, há que, no caso *sub iudice*, compreender, contrariamente ao que foi o entendimento da Relação do Porto, que a compensação dos danos morais não se estende a terceiros, mas apenas cobre aqueles que o titular do direito subjectivo violado venha a experimentar⁶⁷. Pois só a partir desse dado é possível indagar por que razão, ocorrendo a morte de alguém, se admite a indemnizabilidade de princípio dos danos morais que as pessoas elencadas no artigo 496º CC sintam⁶⁸.

a norma se interpreta à luz do caso concreto e no cotejo entre as exigências de sentido por ele comunicadas e a intencionalidade problemática que lhe é ínsita, toda a interpretação é já analogia, pelo que jamais se poderá dar cumprimento metodológico ao disposto na parte geral do Código Civil.

Cf., para mais desenvolvimentos acerca do problema das normas excepcionais, CASTANHEIRA NEVES, *Metodologia Jurídica ... cit.*, p. 273. Veja-se, ainda, PINTO BRONZE, “Quae sunt Caesaris, Caesari: et quae sunt iurisprudentiae, iurisprudentiae”, *Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da Reforma de 1977*, volume II, *A parte geral do Código e a Teoria Geral do Direito Civil*, Coimbra Editora, Coimbra, 2006, p. 77-87.

Numa perspectiva diferente, mas admitindo já a aplicação analógica de normas excepcionais, cf., também, MANUEL DE ANDRADE, *Teoria Geral da Relação Jurídica*, vol. I, Coimbra, 1992 (reimpressão), p. 323, nota 2

⁶⁶ Cf. CASTANHEIRA NEVES, *Metodologia jurídica... cit.*, p. 272 e ss.

⁶⁷ Circunscrevemos, aqui, a nossa análise aos problemas postos pelos casos que são assimilados pela primeira modalidade de ilicitude delitual, já que são esses aqueles que somos instados a comentar em face da sentença proferida.

⁶⁸ Sobre este ponto, *vide, infra*, as considerações que expenderemos. Por ora, limitar-nos-emos a traçar as linhas mestras de inteligibilidade do problema.

A partir do momento em que a ilicitude que faz emergir uma pretensão indemnizatória se alicerça na violação de um direito absoluto alheio a circunscrição dos danos a indemnizar – e ou a compensar – há-de ser pensada a partir desse filão. Ora, como haveremos de ver, ao direito subjectivo é ínsita uma matriz axiológica, por estar ele entroncado na pessoalidade. Sendo preterido, ela é posta em cheque, pelo que faz todo o sentido compensar a repercussão negativa da conduta anti-jurídica que se projecte obviamente na afectação de elementos subjectivos não avaliáveis em dinheiro.

Daqui decorrem duas ideias básicas, a desenvolver em sede própria: 1) a não excepcionalidade da indemnização dos danos extrapatrimoniais, embora se continue a aceitar a ideia de compensação dos mesmos, a resvalar, inclusivamente, numa hierarquização diversa das finalidades ressarcitórias (cf. MAFALDA MIRANDA BARBOSA, “Reflexões em torno da responsabilidade civil: teleologia e teleonomologia em debate”, *Boletim da Faculdade de Direito*, vol. LXXI, Coimbra, 2005, p. 511-600); 2) a polarização dos danos extrapatrimoniais na esfera do titular do direito violado.

Decorre do que ficou dito que a nossa discordância se prende, sobretudo, com a ideia contida no aresto de que ao abrigo do artigo 496º, nº1, CC se podem indemnizar os danos morais indirectos. Mais do que isso, estamos em crer que a correcta solução do problema só pode ser logradamente obtida se o discurso se recentrar no *topoi* da *causalidade*, e mais precisamente na segunda dimensão dialógica que a predica. Para tanto, há que assumi-lo na sua intencionalidade, arredando um juízo de adequação que, para lá de respostas muitas vezes insatisfatórias, apaga do horizonte discursivo a possibilidade de obtenção de uma fundamentação suficientemente sólida capaz de afastar o dissenso e a controvérsia⁶⁹.

Preliminarmente, e sem embargo de outras conclusões – também elas prévias – que possamos tirar, dir-se-á que a *causalidade adequada* continua a ser assumida como a doutrina preferencial pelos nossos tribunais, não obstante as dificuldades a que, por meio dela, somos conduzidos e pese embora a paulatina normativização da categoria a que se assiste⁷⁰.

3. A experiência judicativo-decisória: os dados sistemáticos colhidos além-fronteiras⁷¹

Muitos dos problemas que se enfrentam a propósito da *causalidade* no quadro do ordenamento jurídico português – evidenciados pela leitura atenta de algumas

⁶⁹ Note-se que não é a controvérsia, por si só, que se afigura desvaliosa, mas a incapacidade de superação dialógica da mesma, pela falta de quadros dogmáticos enraizados que, conduzindo a uma insustentável – porque atentatória do princípio da igualdade e da segurança jurídica – ambivalência decisória, deve ser obviada.

⁷⁰ Não querendo uma vez mais antecipar considerações que deverão ter lugar posteriormente, porque só aí estarão reunidos os quadros de inteligibilidade do discurso, adiantar-se-á, no entanto, que conforme a doutrina tradicional a própria teoria da *causalidade adequada* implica já o afastamento de uma visão naturalista estrita.

⁷¹ Não se trata, contudo, de uma tentativa de dar lugar a uma exposição de direito comparado, já porque arredamos o método específico de abordagem dessa disciplina jurídica, já porque a nossa pretensão é tão-só a de mostrar como, em situações análogas, se decide judicativamente além-fronteiras.

Acerca do direito comparado, veja-se, *inter alia*, com uma importante exposição acerca da sua própria sedimentação desse ramo do direito, CEES VAN DAM, *European Tort Law...* cit., p. 5 e ss., alertando que o jurista – e ele próprio – lida com três níveis quando se debruça sobre o direito delitual europeu: *upper tier* (sistemas que resultam das normas emanadas pelo Conselho da Europa, o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, o direito comunitário e a jurisprudência do Tribunal de Justiça das Comunidades); *lower tier* (sistemas legais dos diversos Estados-membros); e um patamar intermédio, composto pelo direito comparado, com base no qual se poderá, eventualmente, indagar da viabilidade de um direito europeu da responsabilidade civil.

decisões jurisprudenciais e denotados pelos estudos doutrinários – são comuns ao espectro dos sistemas estrangeiros⁷².

É certo que nem sempre os dados da controvérsia são os mesmos, resultando a clivagem dos diferentes modelos ressarcitórios com que aí somos confrontados, o que, por si só, permitirá adiantar a íntima conexão entre a forma como se erige a imputação e o tratamento dispensado a uma das categorias em que ela se alicerça⁷³.

A normatização da *causalidade*, já indiciada pelos avanços introduzidos pela jurisprudência portuguesa, torna-se, então, mais clara.

⁷² Para uma análise comparativa do tratamento da causalidade ao nível dos diversos ordenamentos jurídicos europeus, cf. CHRISTIAN VON BAR (hrsg.), *Deliktsrecht in Europa, Landesberichte: Dänemark, England, Frankreich, Griechenland, Italien, Jugoslawien, Niederlande, Norwegen, Österreich, Pólen, Portugal, Schweden, Schwiez, Spanien, Türkei*, Carl Heymanns Verlag KG, Köln, Berlin, Bonn, München, 1994. Vide, igualmente, MARTY, “La relation de cause à effet comme condition de la responsabilité civile. Étude comparative des conceptions allemande, anglaise et française”, *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 1939, p. 686-723 e, entre nós, MANUEL CORTES ROSA, “A delimitação do prejuízo indemnizável em direito comparado inglês e francês”, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, vol. XIV, p. 339 e ss.

Sobre a importância de tal análise comparativa, sobretudo num momento em que se questiona a possibilidade de edificação de uma disciplina europeia da responsabilidade civil, cf., apontando os contributos da doutrina italiana e escarpando o sentido europeu que vai assumido, CARLO CASTRONOVO, “Dagli ordinamenti nazionali al diritto uniforme europeo: la prospettiva italiana”, *Europa e diritto privato*, 2/1999, p. 445-478. Cf., também, AA. VV., “Um Código Civil para a Europa”, *Boletim da Faculdade de Direito, Studia Iuridica*, nº64, 2002; HARTKAMP/HESSELINK/HONDIUS/JOUSTRA/PERRON/VELDMAN, *Toward a European Civil Code*, Third Edition, Utrecht, 1998

⁷³ No fundo, anuncia-se uma ideia que nos guiará dialogicamente daqui em diante. A causalidade está imbuída de uma intencionalidade normativa específica. E essa, sendo comum a qualquer forma de responsabilidade civil, refracta-se em esquemas de imputação diversos. Pelo que, obviamente, essa projecção condicionará o desenho particular com que a categoria é pensada.

Posteriormente, teremos oportunidade de, explicando o papel que ela cumpre, perceber melhor a asserção. Aproveite-se, porém, o ensejo para, estabelecendo a ponte com o que ficou dito anteriormente, dizer que, tal como a adesão a diferentes esquemas ressarcitórios justifica a modelação particular da *causalidade*, também a presença de modalidades diversas de ilicitude, a apontar no sentido da aproximação a cada um daqueles esquemas, pode justificar especificidades no modo como aquela se concebe.

Assim, cf. Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 5 de Dezembro de 2006 (www.dgsi.pt), onde se considera que a presunção de culpa contida no artigo 491º CC engloba, também, uma presunção de causalidade.

O que assim fica exemplificado só poderá ser percebido se tivermos em conta que, contra o entendimento tradicional da doutrina, surgem hodiernamente vozes no sentido de defender a recondução das típicas presunções de culpa ao modelo napoleónico da *faute*. Cf., nesse sentido, MENEZES CORDEIRO, *Da responsabilidade civil... cit.*, p. 469.

Para maiores desenvolvimentos acerca do modo como, considerando plausível essa aproximação à *faute* francesa, interpretamos o artigo 493º, nº2, CC, na sua ligação com a doutrina do abuso do direito, cf. MAFALDA MIRANDA BARBOSA, *Liberdade versus responsabilidade... cit. e, infra*, ulteriores esclarecimentos que são prestados sobre o tema.

Veja-se, ainda, MARIA CLARA SOTTOMAYOR, “A responsabilidade civil dos pais pelos factos ilícitos praticados pelos filhos menores”, *Boletim da Faculdade de Direito*, vol. LXXI, 1995, p. 411, a propósito daquela presunção de causalidade.

Cf., igualmente, o Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 11 de Julho de 2006, onde se aduz que “o juízo normativo de adequação (...) deve ter um sentido que se coadune com a espécie de responsabilidade civil em causa” (www.dgsi.pt).

Em sentido diverso, vide o Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 21 de Setembro de 2004 (www.dgsi.pt), no qual se pode ler, referentemente a um caso que suscita a mobilização do artigo 493º CC, que “a presunção de culpa não envolve qualquer presunção de causalidade”.

Na Alemanha, por exemplo, inexistindo uma definição geral da categoria, é entendimento comum que ela não pode ter o alcance que lhe é dado no âmbito das ciências exactas^{74 75 76 77}. Mais frequentemente que no nosso ordenamento jurídico,

⁷⁴ Cf. J. ESSER/E. SCHMIDT, *Schuldrecht I*, ...cit., p. 210, e, numa perspectiva de direito comparado, ULRICH MAGNUS, “Causation in German Tort Law”, ... cit., p. 63. Cf., igualmente, BASIL S. MARKESINIS, *The German Law of Obligations*, ... cit., p. 95 a 108 e 599 a 665 e BASIL S. MARKESINIS e HANNES UNBERATH *The German Law of Torts*. ... cit., p. 103 a 114 e 628 a 691; OLIVER BERG, « La causalité en droit allemand », www.greca.univ-rennes1.fr/digitalAssets/267/267951_obergallemand.pdf.

Cf., também, em termos muito genéricos e para uma simples caracterização do sistema delitual germânico, sem embargo de ulteriores especificações bibliográficas, JOSÉ CORDEIRO ALMADA, *Responsabilidade delitual no BGB*, Relatório apresentado no curso de mestrado, Faculdade de Direito de Lisboa, Lisboa 1999 (policopiado).

⁷⁵ Veja-se, porém, o relato apresentado por ULRICH MAGNUS, “Causation in German...”, ... cit., p. 64. Evidencia o autor, na pressuposição do estado da jurisprudência naquele país, que a maioria dos Tribunais acaba por não discutir verdadeiramente a questão da causalidade. Seguindo um entendimento naturalístico, resolvem a-problematicamente o problema, apenas o tematizando em casos complexos, v.g. quando intercedem no circunstancialismo concreto dados como a predisposição natural da vítima para a ocorrência do dano, a actuação de um terceiro ou outro evento. No mesmo sentido, afirmando que muitas vezes os tribunais resolvem os problemas referentes à causalidade, a despeito da rica elaboração da doutrina na matéria, com apelo ao senso comum e à equidade, cf. MARKESINIS, *The German Law...* cit., p. 103 e MARKESINIS e HANNES UNBERATH *The German Law of Torts...* cit., p. 95.

Naquelas hipóteses, de acordo com os ensinamentos do autor, a jurisprudência segue, na sua maioria, a doutrina da causalidade adequada. Porém, introduzem-se limitações à mesma, quer em matéria de prova, quer nos casos em que não é possível identificar o lesante, pela contribuição de vários agente para a produção do dano – cf. ULRICH MAGNUS, “Causation in German...”, ... cit., p. 65. Acresce que, em virtude da imprecisão do critério, não raras são as vezes em que os Tribunais tudescos decidem com apelo a *policy considerations (wertende Überlegungen)* [*loc. cit.*].

A propósito da concorrência de uma predisposição natural da vítima para a ocorrência do dano, cf. a decisão de 22 de Junho de 1931 do *Reichsgericht* (RGZ, 133, 126, *apud* MARKESINIS, *The German Law of Obligations*, ... cit., p. 601 e ss.).

Debate-se aí um problema referente a uma senhora que, sofrendo um acidente, é afectada mentalmente por ele, tendo para o efeito contribuído o facto de estar grávida.

Note-se a peculiaridade do caso *sub iudice*. Não se prende a hipótese com a individualização dos danos que, após identificada a violação de um direito subjectivo, se concatenam com a lesão ilícita. O que releva é saber se as perturbações psíquicas experimentadas podem ou não ser imputadas ao agente que causou o acidente. No fundo, do que se trata é de saber se a par da violação da integridade física houve ou não violação da integridade psíquica. O critério da causalidade adequada dir-nos-á se tal estado é ou não uma consequência típica e normal do evento observado. Ou, na sua formulação negativa, se este foi ou não indiferente à produção do primeiro. Mas deixa sem resposta o jurista que se confronta, exactamente, com o problema de saber se a predisposição da vítima poder ter contribuído causalmente para a situação em que ela se encontra.

O Tribunal de 1ª instância veio considerar estabelecido o nexo causal. Mesmo sem o cabal esclarecimento das dúvidas concitadas, entendeu que o acidente poderá ser sempre visto como condição da perturbação actual, não ficando demonstrado que a gravidez teve o condão de interromper a dita conexão. O Tribunal de recurso, contrariamente, veio sustentar, com base na posição dos peritos, que o acidente não foi responsável pelo estado de perturbação da senhora, tendo num segundo recurso colhido provimento a decisão do primeiro. Cf. MARKESINIS, *The German Law...* cit., p. 602.

Não há, portanto, na matéria unanimidade na jurisprudência alemã. ULRICH MAGNUS – “Causation in German...”, ...cit., p. 67 – avança com duas explicações alternativas conducentes aos resultados díspares que se verificam. Por um lado, é a ideia de que o lesante deve suportar o risco de lesar uma pessoa débil na sua constituição física ou psíquica e o princípio segundo o qual *who wrongfully acts against a person with weak health has no right to be treated as if he had injured a healthy person* a deporem num sentido. Por outro, é a noção de que, ainda que uma pessoa seja portadora de especificidades que a limitem, deve suportar o risco de uma vida normal a jogar o seu papel.

Ainda sobre o problema da existência de predisposições da vítima para a ocorrência dos danos, cf. a decisão de 29 de Abril de 1942 do *Reichsgericht* (RGZ 169, 117, *apud* MARKESINIS, *The German Law...* cit., p. 602- 605).

Questiona-se, aí, em que medida a incapacidade decorrente de um acidente e as dores sentidas devem ser indenizadas pelo agente causador do acidente, quando o estado de saúde da vítima implicava uma predisposição natural para o surgimento da situação e, segundo os peritos, o estado actual apenas se ficou a dever em 50% ao referido acidente. Entende o Tribunal de recurso que, na esteira da causalidade adequada, não se pode aceitar a ideia da interrupção do nexos causal apenas e só porque a doença teria surgido de outra forma.

Uma nota para diferenciar as duas situações. Enquanto a primeira pode lograr ser resolvida neste quadro com apelo ao referente cognitivo do agente no momento da prática do facto; a segunda prende-se com a problematidade de uma eventual causa virtual, solicitando, portanto, um tratamento diverso.

Refira-se, por último, precisando a asserção tomada em texto que na Alemanha se tem defendido que a conexão legal entre o evento e o dano sofrido pelo lesado só deve ser perscrutada depois de, previamente, se concluir que aquele foi uma condição do dano no plano natural. Dito de outro modo, o juízo de causalidade desdobrar-se-ia em dois planos. Um primeiro, factual, através do qual se indagaria se naturalisticamente a conduta do agente determinou ou não o dano verificado. Um segundo, mais normativo e informado por *policy considerations*, que procura determinar qual, entre as diversas condições de ocorrência do dano, deve ser considerada a causa legal. Cf. MARKESINIS, *The German Law...* cit., p. 95-96; 665 e BASIL S. MARKESINIS e HANNES UNBERATH *The German Law of Torts...* cit., p. 103.

No ordenamento jurídico tudesco continua, pois, a ser decisiva a *Äquivalenztheorie (conditio sine qua non)*, excluindo-se *a priori* a causalidade sempre que se prove que o dano se teria verificado apesar da conduta do lesante. A relevância da ideia de *apesar da conduta do lesante* projecta-se na nomenclatura que este primeiro grau de sindicância conhece ao nível da *Common Law: but-for test*. [cf. *op. cit. loc. cit.* Veja-se, em geral sobre o teste e sem embargo de ulteriores explicitações, WILLIAM L. PROSSER, “Proximate Cause in California”, *California Law Review*, vol. 38, nº3, 1950, p. 369-425, aqui p. 378].

A propósito das situações em que um factor causal diverso teria, supervenientemente, causado de igual modo o dano, cf. LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrecht*, ...cit. I, p. 481. O autor distingue o dano real e o dano consequencial. Se relativamente ao primeiro a causa virtual não pode ser tida em conta, já o poderia ser no que tange ao segundo.

Para uma apurada compreensão das diversas cambiantes que envolvem a temática da relevância da causa virtual, cf., *infra*, o acompanhamento que faremos da temática (em rigor, aliás, todos os dados inscritos neste ponto expositivo padecem de fortes insuficiências, só justificadas pelo carácter problematizante e não confludente com que o mesmo é assumido. Será, pois, ao longo da nossa dissertação que colmataremos as lacunas que aqui poderão ser denotadas).

⁷⁶ Saliente-se, porém, que o recurso à causalidade adequada continua a marcar terreno no ordenamento jurídico germânico, como, aliás, se explicitou na nota anterior.

Cf., desde logo, a decisão de 13 de Outubro de 1922 do *Reichsgericht* (RGZ 105, 264, citada por MARKESINIS, *The German Law of Obligations*, ...cit., p. 599, e por MENEZES CORDEIRO, *Da responsabilidade civil...* cit., p. 534).

A é atingido a tiro por um polícia, pelo que é internado no hospital, onde contrai gripe, na sequência da qual vem a morrer. Coloca-se a questão de saber se aquele que desferiu o disparo pode ou não ser responsabilizado pelo resultado morte, sendo certo que naturalisticamente o mesmo deriva directamente da doença que afectou A. Considerou o *tribunal de recurso* que a gripe era “uma doença acidental subsequente”. Mais sustentou que, naquele período em que grassava uma epidemia, o risco de infecção era tão elevado dentro do hospital como fora dele, pelo que acaba por negar a conexão causal entre o tiro e a morte do senhor.

Criticando esta posição, o *Reichsgericht* vem manifestar-se no sentido previamente proferido pelo *Landgericht*, que estabeleceu o nexos causal, responsabilizando o polícia. Cf. MARKESINIS, *The German Law...* cit., p. 599-600.

Cf., igualmente, a decisão de 24 de Abril de 1952 do *Bundesgerichtshof* (NJW 1952, 1010 *apud* MARKESINIS, *The German Law...* cit., p. 611-613).

A decisão envolve um problema interessante do ponto de vista da causalidade. Assim, um senhor é lesado na sua integridade física, na sequência de um acidente, em 1937. E, posteriormente, em 1945, morre por virtude de outra situação acidental, da qual não consegue fugir atempadamente por causa da capacidade diminuída de que, a partir daquele primeiro evento lesivo, padece numa perna. Sendo o acidente uma *conditio sine qua non* da produção do resultado morte, ele não pode ser visto como uma causa adequada desta. Na verdade, “a doutrina da causalidade adequada tem de ser vista como um limite da responsabilidade” e só nessa medida pode ser “evitado o perigo de esquematização da fórmula” (cf. MARKESINIS, *The German Law...* cit., p. 612). Introduce-se no debate do caso *sub iudice* a nota da

apela-se ali à ideia de fim da norma violada^{78 79}, embora seja certo que o domínio preferencial de recurso ao escopo normativo se situa no âmbito da violação de

probabilidade, acedendo-se com ela a uma melhor inteligência do nódulo central da doutrina em apreço. Só dilucidando-se esta em concreto é possível considerar um resultado como imputável e não acidental. Note-se que, na explicitação que é feita da decisão, se fala amiúde de previsibilidade, em detrimento da probabilidade.

⁷⁷ Para uma primeira aproximação ao tema da causalidade no ordenamento jurídico alemão, cf., *inter alia*, e sem embargo de ulteriores precisões pontuais e de posteriores referências bibliográficas, LARENZ, “Tatzurechnung und Unterbrechung des Kausalzusammenhanges”, *Neue Juristische Wochenschrift*, 1955, p. 1009 e ss.; ID., “Zum heutigen Stand der Lehre von der objektiven Zurechnung im Schadensrecht”, *Festschrift für Richard M. Honig zum 80. Geburtstag*, Schwartz, Göttingen, 1970, p. 79 e ss.; VON CAEMMERER, „Das Problem des Kausalzusammenhangs“, *Gesammelte Schriften*, Band I (*Rechtsvergleichung und Schuldrecht*), Mohr Siebeck, Freiburg, 1962, p. 395; HEINRICH LANGE, “Herrschaft und Verfall der Lehre vom adäquaten Kausalzusammenhang”, ... cit., p. 114 e ss.; BYDLINSKI, “Mittäterschaft im Schadensrecht”, *Archiv für die civilistische Praxis*, 158, 1959, p. 410 e ss.; ID., *Probleme der Schadensverursachung* ... cit.; ID., „Haftung bei alternativer Kausalität“, *Juristische Blätter*, 1959, p. 9-12; ID., “Aktuelle Streitfragen um die alternative Kausalität”, *Festschrift für Günther Beitzke zum 70. Geburtstag am 26 April 1979*, OTTO SANDROCK (hrgs.), De Gruyter, Berlin, New York, 1979, p. 3 e ss.; ID., “Haftungsgrund und Zufall als alternativ mögliche Schadensursachen”, *Festschrift für Gerhard Frotz*, Wien, 1993, p. 3 e ss.; ID., „Die Verursachung im Entwurf eines neuen Schadenersatzrechts“, *Entwurf eines neuen österreichischen Schadenersatzrechts*, Springer, Wien-New York, 2006; JOSEPH GEORG WOLF, *Der Normzweck im Deliktsrecht, Ein Diskussionsbeitrag*, Otto Schwartz & Co., Göttingen, 1962; ZEUNER, “Zum Problem der überholenden Kausalität“, *Archiv für die civilistische Praxis*, 157, 1958/1959, p. 441 a 454; DEUTSCH, „Begrenzung der Haftung aus abtrafter Gefährdung wegen fehlender adäquater Kausalität?“, *Juristenzeitung*, 1966, p. 556 e ss.; ID., « Regreßverbot und Unterbrechung des Haftungszusammenhangs im Zivilrecht », *Juristenzeitung*, 27, Heft 18, 1972, p. 551 e ss.; FORST, *Grenzen deliktischer Haftung* ... cit.; GOTTWALD, „Kausalität und Zurechnung – Probleme und Entwicklungstendenzen des Haftungsrechts“, *Karlsruher Forum*, 1986, p. 3 e ss.; PETER HANAU, *Die Kausalität der Pflichtwidrigkeit: eine Studie zum Problem des pflichtmässigen Alternativverhaltens im bürgerlichen Recht*, Schwartz, Göttingen, 1971; SOURLAS, *Adäquanztheorie und Normzwecklehre bei der Begründung der Haftung nach §823 Abs. 1 BGB*, Dunckler & Humblot, München, 1974; ROUSSOS, *Schaden und Folgschaden, die systematischen und die Wertungsgrundlagen der Schadenszurechnung*, Carl Heymanns, Köln, 1992, p. 45 e ss. e p. 73 e ss.; HERMANN LANGE, „Adäquanztheorie, Rechtswidrigkeitszusammenhang, Schutzzwecklehre und selbständige Zurechnungsmoment“, *Juristenzeitung*, 76, 1976, p. 198 e ss

⁷⁸ Primeiramente formulada por referência ao mundo contratual, graças ao labor de RABEL (cf. *Das Recht des Warenkaufs*, De Gruyter, Berlin, 1936, p. 495) a doutrina do escopo da norma tem sido, ultimamente, aproveitada no âmbito delitual.

A justificar o apelo a tal expediente dogmático talvez esteja a inoperacionalidade da doutrina da causalidade adequada para responder cabalmente a alguns dos problemas suscitados pela *praxis*. Designadamente, uma exaustiva análise jurisprudencial leva o jurista a concluir que ela deixa, amiúde, de cumprir a sua função de delimitação da responsabilidade. Nesse sentido, VON CAEMMERER, “Das Problem des Kausalzusammenhangs”, ...cit., p. 403.

Cf. MENEZES CORDEIRO, *Da responsabilidade civil*...cit., p. 535, dando conta de que a indagação jurisprudencial do escopo das normas violadas para delimitar a responsabilidade é mais antiga do que se poderia supor, remontando a uma decisão de 1911.

A doutrina do escopo da norma tem conhecido um franco desenvolvimento no quadro do ordenamento jurídico austríaco – cf. HELMUT KOZIOL, “Causation under Austrian Law”, *Unification of Tort Law: causation*, J. SPIER (ed.), *Principles of European Tort Law*, vol. 4, European Centre of Tort and Insurance Law, Kluwer Law International, London, Boston, 2000, p. 12; WILBURG, *Die Elemente des Schadensrechts*, Elwert, Marburg, 1941, p. 244 e ss. Embora seja certo que a teoria da *conditio sine qua non* ou da *equivalência das condições* prevalece, no sentido de ser suficiente para o estabelecimento da causalidade, ela é depois complementada por considerações suplementares, tendentes a limitar o círculo de danos ressarcíveis (cf. B.A. KOCH, Comentário a Oberster Gerischshof, 22 de Maio de 1978, *in Digest*... cit., p. 17 e ss., considerando que, na Áustria, o standard de estabelecimento da causalidade é a condicionalidade sem a qual, com excepção dos casos de incerteza, completando-se, depois, a indagação com considerações atinentes à adequação causal e às razões objectivas e subjectivas de atribuição do dano). É nesse âmbito que o apelo ao escopo da norma violada ganha relevo, aliás à semelhança do que

sucede relativamente à ideia de adequação (cf. HELMUT KOZIOL, “Causation under Austrian...”, ... cit., p. 12, onde se afirma expressamente que os Tribunais austríacos recorrem quer a uma, quer a outra doutrina, e as encaram não como “part of the theory of causation, but rather as na independent theory that tries to limit liability”). A primeira é sobretudo chamada a actuar, segundo depoimento do autor, nos casos de violação de disposições legais, de quebra do dever de cuidado e de responsabilidade objectiva. Ainda acerca da disciplina causal na Áustria, cf. BARBARA C. STEININGER, “Austria”, *European Tort Law 2008*, HELMUT KOZIOL e BARBARA C. STEININGER (ed.), Springer, 2009, p. 108 e ss., em análise ao projecto de reforma da responsabilidade austríaca [Explícita a autora que, no quadro da referida reforma, há que ter em conta dois projectos: um apresentado em 2005, por um grupo reunido pelo ministério da Justiça, objecto de profundas críticas, em virtude das quais foi elaborada uma segunda versão, pronta em 2008; um projecto alternativo, concluído em 2007, por um conjunto de juristas que se mostrou profundamente contrário às soluções plasmadas no projecto ordinário. Segundo o testemunho da autora, “a noção de causalidade não surge no projecto alternativo, mas assume-se que a *conditio sine qua non* será a base dela, tal como de acordo com a lei vigente”. Também é assim no caso do projecto do grupo do Ministério da Justiça, sendo que o § 1264 deste último prevê expressamente a mencionada solução. Mais se refira que o dito projecto alternativo inclui expressamente regras atinentes à causalidade potencial, que trataremos com maior pormenor *infra*, prevendo-se, nos termos do § 1302, a responsabilidade solidária na hipótese de causalidade cumulativa; e, no tocante à causalidade superveniente, estabelece que só a primeira causa deve ser tida em conta. Se nestes pontos não se denota qualquer clivagem em relação às soluções actualmente vigentes, o § 1302 do projecto alternativo explicita que a vítima terá de suportar o seu próprio dano sozinha em caso de causalidade alternativa entre um acto culposo de um terceiro e uma chance, quando os tribunais costumam condenar à responsabilidade parcial. Veja-se, ainda, nestes diplomas não vigentes, o § 1295 ABGB, para cuja redacção foram propostas algumas alterações. Assim, “à cláusula geral do primeiro §, acrescentam-se outras duas, aproximando a solução normativa da plasmada no § 823 BGB”. Um quarto parágrafo vem limitar a responsabilidade à violação de uma lei de protecção que visasse evitar a ocorrência daquele dano ou às hipóteses em que uma norma o determinasse. Sendo certo que o segundo § do preceito fala da violação de um dever contratual ou de maneira não relacionada com o contrato e que o terceiro parágrafo contempla uma disciplina em tudo análoga à do § 823 BGB, entende a autora que parece que “os danos puramente patrimoniais se incluem aqui”, não se resolvendo, contudo, a *vexata quaestio* que opõe a *Verhaltensunrecht* à *Erfolgsunrecht*, e não se percebendo “também se houve ou não uma limitação da aplicação da doutrina do âmbito de protecção da norma”, uma vez que “a redacção proposta leva a crer que se fala de normas de protecção, enquanto que, de acordo com o direito vigente, ela tem aplicação geral”. *Infra*, analisaremos mais pormenorizadamente as propostas de alteração.

⁷⁹ Cf. a decisão do *Bundesgerichtshof* de 19 de Novembro de 1991 (BGHZ 116, 104, in *Juristenzeitung*, 1993, p. 671, citado e traduzido por MARKESINIS e UNBERATH *The German Law of Torts... cit.*, p. 579 e ss.). Discutindo-se a responsabilidade pelos danos provocados pelo consumo de um doce contaminado com salmonelas, conclui o Tribunal que o demandante não teria direito ao ressarcimento pelos prejuízos experimentados por ter de adiar a sua lua-de-mel. Embora argumente nesse sentido com base na não patrimonialidade dos mesmos, relevando aqui a diferente lição que no ordenamento jurídico germânico se colhe a propósito da problemática, a verdade é que na base da sindicância do juízo de imputação dos danos se encontrava a norma referente à segurança alimentar, nos termos da qual é proibida a preparação e distribuição de produtos alimentares nocivos. Perscrutado o âmbito de protecção delineado por aquela disposição normativa não se encontra a inclusão nesse círculo deste tipo de danos.

Note-se que a discussão no caso se centrou, sobremaneira, nos próprios requisitos da responsabilidade. Integrado no núcleo hipotético da responsabilidade do produtor, o debate resvalou, a par da aplicabilidade das regras daquela em concreto e da distinção entre pequenos e grandes negócios, na indagação da culpa, procurando determinar-se se, uma vez violada a norma, esta pode ser ou não automaticamente presumida. A fundamentação colhida nas páginas citadas de MARKESINIS e UNBERATH fornece-nos importantes pistas para enfrentar a temática da segunda modalidade de ilicitude delitual, consubstanciada na violação de disposições legais de protecção de interesses alheios. Na verdade, podemos em relação a esta questionar se a violação da norma é de molde a presumir a culpa. Ao que, à primeira vista, e ainda superficialmente, se poderá responder que tudo dependerá da própria estrutura normativa em causa. Pois que, a partir do momento em que a norma primária só admita a sua preterição em casos de culpa, a determinação da quebra do que ela se impõe em concreto já leva ínsita a aferição da culpa. Não o fazendo, o juízo bifurca-se, sendo destrinchável. Já o inverso não nos parece verdadeiro, devendo sustentar-se que uma presunção de culpa fixada, ao funcionar *in casu*, leva adjacente a aferição da ilicitude.

disposições legais de protecção de interesses alheios e da preterição de deveres de cuidado.

Interessante do ponto de vista da argumentação que procuramos expender é o caso decidido em 24 de Novembro de 1964 pelo Tribunal de Recurso de Estugarda⁸⁰. Ocorrido um acidente, provocado pela condução sob excesso de álcool, A acaba por ficar ferido, pelo fogo, quando tentava salvar os ocupantes do veículo. Considerou-se, então, que o condutor é responsável pelos danos sofridos por A. Para o juiz, mesmo que a intervenção livre do terceiro seja a causa imediata do dano ocorrido, há uma conexão adequada entre este e o evento inicial, desde que a actuação de quem pretende salvar os acidentados se afigure justificável. Trata-se, contudo, da decisão do Tribunal superior, ao arrepio do que foi defendido na sentença proferida pela primeira instância. O *Landgericht* entendeu, de facto, que a probabilidade de alguém interceder junto dos acidentados e com isso sair lesado é tão remota que o condutor do veículo não pode vir a ser responsabilizado por tais danos⁸¹. No fundo, a segunda instância vem consagrar, *in casu*, a doutrina segundo a qual a intervenção não ilícita de um terceiro não interrompe o nexo causal.

A exemplaridade do caso viabiliza preliminarmente uma nota. Tal como ficou subjacente no nosso discurso anterior, a doutrina da adequação não permite a eliminação das dúvidas interpretativas no momento da judicativa realização do direito. E embora se reconheça o mérito de uma fórmula que faculte ao jurista decidente uma margem de discricionariedade que garanta a adequação da decisão às especificidades reclamadas pelo caso concreto, não podemos deixar de sublinhar que se assiste, mais do que à maleabilidade do critério, à ficção de cientificidade de uma doutrina que, confrontada com as suas próprias inconcludências, resvala em ponderações de outro tipo. Pois o que acaba por ser determinante na fundamentação do Tribunal de Estugarda é o facto de o jurista ter sido sensível à dimensão eticamente valiosa da conduta do lesado, eivada pela nota da solidariedade.

Mais directamente a ver com o nosso nicho temático, pode perguntar-se em que medida a determinação da ilicitude e da culpa por esta via implicará ou não a dilucidação do nexo causal na sua primeira vertente de fundamentação da imputação.

Cf. a fundamentação da decisão do *Bundesgerichtshof* de 22 de Abril de 1958 (BGHZ 21, 137, *apud* MARKESINIS, *The German Law...cit.*, p. 622 e ss.), onde se recorre expressamente ao âmbito dos interesses protegidos pelo §823 I BGB para excluir uma pretensão indemnizatória relativa às despesas que o lesado enfrentou com um processo criminal de que foi alvo na sequência de um acidente em que se viu envolvido e em relação ao qual foi assacada a responsabilidade do outro condutor.

⁸⁰ Cf. OLG Stuttgart = NJW 1965, 112, *apud* MARKESINIS, *The German Law... cit.*, p. 629.

⁸¹ Cf. MARKESINIS, *The German Law... cit.*, p. 630.

Isso mesmo é denotado pela doutrina fixada pelo *Bundesgerichtshof* em 30 de Junho de 1987⁸². Em virtude de um erro médico, uma criança tem necessidade de receber um novo rim através de um transplante, tendo a sua mãe actuado como doadora do órgão. Mais tarde questiona-se se, a par da indemnização devida ao lesado directo, a progenitora pode ou não vir a ser ressarcida pelos danos suportados, entrando em cena, uma vez mais, a problemática do estabelecimento do nexo de causalidade. Entendeu-se, então, que esse nexo existe entre a remoção do rim do autor do processo, relativamente ao qual não se pode duvidar da responsabilidade, e a doação de um substituto pela mãe. Mais se considerou que tal acto voluntário e meritório era uma probabilidade a ter em conta no momento da operação cirúrgica da qual resultou, incorrectamente, a remoção do único rim funcional do menor. Ou seja, e continuando a acompanhar a fundamentação aduzida, não se quebra o nexo de causalidade pela voluntariedade do comportamento materno, até porque a sua atitude foi induzida pela situação de perigo, pela qual o réu era responsável⁸³.

Conforme a tradução de KURT LIPSTEIN, “uma causa mentalmente induzida pode ser suficiente para estabelecer a responsabilidade”. No fundo, do que se trata é de considerar que, se uma pessoa é culpada pela criação de uma situação perigosa, deve-lhe ser atribuída a responsabilidade pelos riscos que um terceiro que tenha evitar a consumação do mesmo ou salvar o lesado directo assume e bem assim os danos que aquele se auto-inflige.

Alguns princípios foram, então, formulados a este propósito⁸⁴: a) a actuação do terceiro tem de ser sugerida pelo acto lesivo inicial; b) a sua intervenção tem de ser aceitável segundo as regras de conduta social reconhecidas.

Mas com isto acaba por haver um desvio relativamente ao núcleo central da causalidade adequada. As ideias de risco, numa sociedade caracterizada pelo domínio de situações potencialmente perigosas, e de cotejo de esferas de acção passam a ser determinantes no estabelecimento da causalidade, aqui transmutada em verdadeira imputação⁸⁵.

⁸² O caso surge no *Juristenzeitung* de 1988, p. 150 e consta da extensa lista de jurisprudência que se pode colher em MARKESINIS, *The German Law...* cit., p. 632 e ss.

⁸³ Cf. MARKESINIS, *The German Law...* cit., p. 635.

⁸⁴ Cf. MARKESINIS, *The German Law...* cit., p. 636.

⁸⁵ Esta ideia, como veremos adiante, será determinante no delinear da proposta doutrinal que encabeçaremos na nossa dissertação. Por ora, limitar-nos-emos a dar nota de que a intencionalidade de tais casos não é só sublinhada no ordenamento jurídico alemão. A título de exemplo, pensemos na aplicação do chamado *critério da provocação* no ordenamento jurídico espanhol. Forjado para as situações de criação ilegítima de um perigo para terceiros ou os seus bens, o mesmo tem sido pouco

mobilizado pela jurisprudência civil, circunscrevendo-se praticamente ao domínio penal. Cf. ANTÓNIO FERNÁNDEZ CRENDE, “Imputación objetiva en un caso de responsabilidad civil ex delicto: criterio de la provocación. Comentario a la STS, 2ª, 26.9.2005”, *Indret, Revista para el Análisis del Derecho*, 313, 2006, p. 6. Acaba, não obstante, por relevar em matéria civil, pela presença da figura da *responsabilidad civil ex delicto*. Trata-se de uma responsabilidade conexas com a prática de um crime, objecto de uma regulamentação diversa da responsabilidade resultante do ilícito civil (cf. artigos 109º Código Penal Espanhol e 1902º Código Civil Espanhol).

Questiona-se, naquele caso, a imputação de danos que alguém sofre quando tenta fugir do alcance daqueles que, exercendo violência, cometeram contra ela os crimes de detenção ilegal e roubo. Tendo sido os danos resultado do comportamento da vítima, questiona-se em que medida a sua indemnização pode ser imposta aos perpetradores do ilícito criminal.

Para maiores desenvolvimentos sobre o tratamento do problema da causalidade no ordenamento jurídico espanhol, cf., *inter alia*, ENCARNA ROCA, *Derecho de daños. Textos y materiales*, 3ª edição, Tirant lo Blanch, Valência, 2000, capítulo IV. e JOSÉ LUÍS RODRÍGUEZ, *Derecho de daños*, Editorial Bosch, Madrid, 1999; RICARDO DE ÁNGEL YAGÜEZ, *Tratado de responsabilidad civil*, Civitas, Madrid, 1993, p. 751 e ss. (considerando que a existência de uma relação de causalidade material entre a conduta do demandado e o resultado é o ponto de partida, mas não a solução dos problemas patenteados pela causalidade enquanto requisito da responsabilidade civil. Mais entende o autor que o artigo 1.103 CC admite uma redução da responsabilidade nos casos de concorrência de causas. Para o autor, se, faltando o nexo de causalidade, se exclui a responsabilidade, deve defender-se uma imposição proporcional de responsabilidade quando o acto culposos está ligado ao resultado, mas existe um acontecimento estranho ao agente que também lhe deu causa); PANTALEÓN PRIETO, “Causalidad e imputación objetiva”, *Centenario del Código Civil II*, ASOCIACIÓN DE PROFESORES DE DERECHO CIVIL, Ceura, Madrid, 1990, p. 1561 e ss. (analisando os critérios de imputação objectiva que alicerçam o tratamento do problema ao nível da responsabilidade delitual em Espanha. Conclui o autor que a jurisprudência espanhola na matéria torna clara a adopção de uma multiplicidade de critérios imputacionais: risco geral da vida, critério da provocação, critério da proibição de regresso, critério do aumento do risco, critério do fim de protecção da norma. Num outro estudo, PANTALEÓN conclui que, em determinados casos, sobretudo naqueles que envolvem cursos causais irregulares, apenas é possível encontrar uma solução justa com apelo ao critério da adequação – cf. “Comentario ao artículo 1902 del Código Civil”, *Comentario del Código Civil*, MINISTERIO DE JUSTICIA, Madrid, 1991, p. 1987 e ss.); ALFONSO DE COSSIO, “La causalidad en la responsabilidad civil. Estudio del derecho español”, *Anuario de derecho civil*, 19, 1966, p. 527-554; ALBALADEJO, *Derecho civil*, tomo II, vol. 2, 7ª edição, Barcelona, 1982, p. 476 e ss.; SANTOS BRIZ, *Responsabilidad civil. Derecho sustantivo y derecho procesal*, Madrid, 1986, p. 223 e ss.; DíEZ-PICAZO/GULLÓN, *Sistema de derecho civil*, II, 9ª edição, tecnos, Madrid, 2001, p. 548 e ss.

Em termos jurisprudenciais, cf., para perceber o tratamento que o problema da causalidade recebe no país vizinho, STS 15.11.2007 [polemiza a questão do nexo de causalidade a propósito de um caso envolvendo a explosão de uma botija de gás]; STS 14.11.2007 [no âmbito da responsabilidade civil médica, debruça-se o Tribunal sobre o caso de uma pessoa que é internada para extrair um quisto ovárico, tendo de lhe ser feita, fruto de complicações sobrevindas, uma traqueotomia que provoca uma lesão no nervo da faringe, afirmando que a causalidade há-de ser provada pelo paciente lesado]; STS 8.11.2007 [questiona o problema da *perdida de la oportunidad*, no quadro da responsabilidade médica, a propósito do que se afirma ser entendimento da sala civil que a causalidade não se pode estribar em meras deduções, conjecturas ou probabilidades, mas em certezas probatórias, exigindo-se uma relação directa entre a negligência e os danos]; STS 11.9.2006 [afirmando que a causalidade tem de ser provada pelo demandante]; STS 23.10.2007 [salientando que o nexo de causalidade se traduz numa questão de facto]; STS 19.10.2007 [a propósito de um dano advindo por meio de uma infecção nosocomial, fala-se na sentença do estabelecimento do nexo de causalidade tendo em conta o critério de imputação cifrado na legítima expectativa de segurança inerente à realização de uma intervenção cirúrgica num centro hospitalar]; STS 16.10.2007 [negando a causalidade no caso da venda de cianeto a um jovem que acabaria por o ingerir, suicidando-se, com base nos critérios da proibição de regresso, risco geral da vida, imprevisibilidade racional e causalidade adequada. A propósito da questão do suicídio e do problema de saber se ele interrompe ou não o nexo de causalidade, cf. STS 14.2.2000]; STS 17.7.2007 [negando a responsabilidade dos anfitriões de uma festa onde o lesado acaba por escorregar e cair, porquanto o mero risco não justifica a imputação]; STS 4.7.2007 [tendo por base a morte de um paciente por falta de vigilância na unidade de cuidados intensivos, questiona-se o critério causal, falando-se, então, posto que dominantes na jurisprudência, da causalidade adequada, também aí dita de eficiente, da relação precisa e directa entre a acção ou omissão e o dano ou prejuízo resultante, ao que se acrescenta o facto de o acto que se apresenta como causa ter de possuir a virtualidade suficiente para que dele derive, como

De facto, já não se indaga unicamente *quem causou o dano*, sequer se ele pode ser visto como o resultado adequado de uma conduta, mas é-se orientado pela interrogação *quem assumiu normativamente o risco da sua consumação*. E para lograr

consequência natural e suficiente, o resultado]; STS 30.4.2007 [nega-se a responsabilidade de um médico pela cegueira gerada numa intervenção cirúrgica a que foi submetida uma criança nascida com síndrome de Down e cataratas congénitas, por se entender que se trata de uma complicação operatória pouco frequente, inevitável e excepcional]; STS 26.1.2007 [considera responsável o museu pela morte de uma criança em cima da qual caiu uma pedra, enquanto nele se encontrava. Questionando-se a pretensa quebra do nexo de causalidade, em virtude da omissão ou não dos pais do dever de vigilância do filho menor, alega-se a causalidade adequada e considera-se que não basta a invocação de uma causalidade física, importando, outrossim, a prova, pelo lesado, de uma probabilidade qualificada]; STS 26.9.2006 [abraçando a doutrina da causalidade adequada, mas advertindo para a necessidade de valorar todas as condutas, obstando ao que chama de exclusivismo doutrinal]; STS 17.9.1987 [afirmando a causalidade como uma questão não lógica e portanto não apurável por meio de leis materiais]; STS 4.3.1988 [considerando a causalidade uma questão de direito]; STS 6.3.1989 [ligando a conexão à imputabilidade do agente de forma não a reduzir a uma mera responsabilidade pelo resultado. No mesmo sentido, cf. STS 22.2.1946; STS 30.4.1998; STS 2.3.2001 e STS 9.7.2003. Aqui afirma-se especificamente que o nexo causal há-de fazer patente a imputabilidade do agente, com o que se sublinha o carácter imputacional da causalidade]; STS 13.2.1993 [considera aplicável a doutrina da causalidade adequada e inaplicável a doutrina do risco. Numa projecção da orientação dos tribunais na matéria para o caso concreto, salienta-se no aresto que aquela tem sido a predominantemente mobilizada pelos juizes, “exigindo-se para a apreciação da culpa do agente que o resultado seja uma consequência natural, adequada e suficiente da determinação da vontade, devendo entender-se por consequência natural aquela que propicia, entre o acto inicial e o resultado danoso, uma relação de necessidade, conforme os conhecimentos normalmente aceites, e devendo valorar-se em cada caso concreto se o acto antecedente que se apresenta como causa tem virtualidade suficiente para que do mesmo se derive, como consequência necessária, o efeito lesivo produzido, não sendo suficientes as simples conjecturas ou a existência de dados fácticos que, por uma mera coincidência, induzam a pensar numa possível inter-relação desses acontecimentos, sem que seja precisa a existência de uma prova relativa ao nexo entre a conduta e o dano”. Note-se que a preocupação aí demonstrada é a de não desvirtuar a intencionalidade do sistema com uma possível aplicação da teoria do risco, da objectivação da responsabilidade ou a inversão do ónus da prova. Onde se pode adiantar, sem cair em erro, que se denota no quadro da jurisprudência espanhola uma aproximação entre a ideia de causalidade e de culpa. Não é, por isso, de estranhar que se fale amiúde de relação de causalidade culposa – cf. STS 16.2.1995; STS 6.11.1990; STS 8.10.1992; STS 23.3.1993; STS 29.3.1994 – e que o afastamento da doutrina do risco mais não represente do que a salvaguarda da culpa, para cuja determinação se oferece o resultado da indagação causal. Nesse sentido, cf., ainda, STS 13.6.1996. Fala-se aí da necessidade de estabelecer o nexo causal para se aferir da culpa do agente e acrescenta-se que a qualificação de nexo causal há-de ligar-se ao conceito de culpa ou negligência, rejeitando-se, por isso, a aplicação da teoria do risco, aqui vista na perspectiva daquela objectivação que se evita. Veja-se, também, STS 18.3.2004; STS 11.4.2002, a qual deduz da existência de um nexo de causalidade a culpabilidade do agente]; STS 16.2.1998 [cindindo a causalidade numa questão fáctica e numa dimensão jurídica, que deve ser resolvida com apelo aos critérios da culpa e do risco]; STS 13.2.1997 [no quadro da responsabilidade médica, considera-se que se pode deduzir da desproporção entre o dano e a operação cirúrgica levada a cabo a causalidade]; STS 6.12.1999 [afirmando a causalidade como uma questão de direito, considera aplicável a doutrina da causalidade adequada, “que exige, para a apreciação da culpa do agente, que o resultado seja uma consequência natural, adequada e suficiente da determinação da vontade”, reproduzindo, assim, o conteúdo doutrinal consagrado na sentença de 1993 *supra* citada]; STS 29.5.1999 [aplica aquilo que designa por teoria dos riscos. Implica que os danos sejam produzidos por uma actividade perigosa, entendida aqui restritivamente. Nem todas as actividades, mas apenas as que impliquem um risco anormal em relação ao standard médio pode ascender a essa qualificação. Ademais, no que respeita à existência de um nexo preciso e directo entre a acção e a omissão aplica-se a doutrina da causalidade adequada]; STS 24.6.2002 [afirmando a inadmissibilidade da tese de que aquele que com risco pessoal tenta evitar consequências de um facto inicial fique em pior posição do que qualquer outra pessoa que podia ter resultado lesada com alto grau de probabilidade]; STS 19.6.2006 [abraçando a causalidade adequada como critério guia na matéria].

Para uma análise da jurisprudência do Supremo Tribunal, cf. RICARDO DE ANGEL YAGÜEZ, *Tratado de responsabilidad civil*, ... cit., p. 760 e ss.

um esclarecimento da dúvida já não são bastantes as operações científicas da causalidade adequada. Pois que ou esta é transformada na fórmula vazia que denunciava MENEZES CORDEIRO⁸⁶, ou corremos o risco de incompreender a intencionalidade subjacente ao instituto pela prisão a um critério herdado do mundo físico. No caso citado em último lugar, a opção pela afirmação da concatenação exigível ao abrigo da doutrina tradicional ou não redundante, afinal, numa síntese dilemática a solucionar *a priori*. De facto, ou se admite que tudo pode ser, em geral e abstracto, adequado a produzir o dano – resvalando-se numa abertura criteriológica que condena ao fracasso o nexo de causalidade na sua função delimitativa da responsabilidade – ou, se quisermos expurgar os excessos desta no quadro da busca de soluções que se pretendem materialmente justas, podemos correr o risco de ficar presos a uma esquematização do conceito que não capte a essência do mesmo.

A intuição do problema, no confronto com casos cuja problemática supera as comezinhas hipóteses de surgimento de danos, conduziu, como se denota, à normatização do problema. Se ela ficou patente nas decisões que acompanhámos, não menos transparece a partir de outras, como aquela que foi proferida logo em 27 de Junho de 1913 pelo *Reichsgericht*⁸⁷. Suscita-se, aí, um problema referente à conduta subsequente do lesado que, recusando-se a receber o tratamento médico que a situação aconselhava, agravou a sua lesão⁸⁸. Se nos ativéssemos a um critério de pura *adequação*, dir-se-ia, sem grandes dúvidas, que, em face da factualidade apresentada pelos autos, o estado actual do dedo da vítima é um resultado normal e típico da lesão contra ele perpetrada⁸⁹. Talvez por isso o tribunal de primeira instância e o primeiro tribunal de recurso tenham concedido uma indemnização a cobrir a totalidade dos danos experimentados. Seria, porém, outra a decisão do *Reichsgericht*. Atendendo às particularidades da situação, formula-se aí a regra segundo a qual a vítima que tenha rejeitado um tratamento que poderia diminuir as consequências do primeiro acto tem de

⁸⁶ Cf., *supra*, o que dissemos acerca da posição do autor.

⁸⁷ RGZ 83, 15, colhida em MARKESINIS, *The German Law...* cit., p. 646 e ss. (tradução de TONY WEIR)

⁸⁸ O problema, entre nós, seria reconduzido, na sua qualificação dogmática, à questão do concurso de culpas do lesado, indagando-se, depois, se o mesmo deve ser perspectivado sob a óptica da culpa ou sob o *bico de Bunsen* da causalidade. De todo o modo, na obra citada na nota anterior o problema vem integrado nas páginas referentes ao segundo nicho. Saliente-se, também, que a questão é olhada, muitas vezes, do ponto de vista da delimitação do *quantum* indemnizatório.

Sobre o ponto, veja-se o que se dirá *infra*.

⁸⁹ Mesmo do ponto de vista da formulação negativa da causalidade adequada, haveria de considerar que não houve nenhuma circunstância extraordinária que, interferindo posteriormente, viesse determinar o resultado lesivo. Na verdade, a conduta omissiva do lesado não agrava a situação, apenas viabiliza que a lesão siga o seu curso, não sendo travada.

explicar as suas razões, a serem sopesadas em juízo. No fundo, impõe-se, ao abrigo dos princípios consagrados no BGB, um limite ao direito que cada um tem de exercer a autodeterminação sobre o seu próprio corpo⁹⁰. E fundamenta-se normativamente a solução com apelo ao princípio da boa fé (*Treu und Glauben*), a que está sujeito o exercício do direito de exigir judicialmente o ressarcimento de um dano. Torna-se, portanto, claro, no que a nós importa, a normativização do problema da causalidade. Em última instância é a remissão do caso concreto para o estrato dos princípios normativos que fornece a judicativa argumentação reclamada por uma decisão.

Note-se, porém, que noutras situações a normativização de que se fala resvala para uma limitação da responsabilidade segundo juízos de oportunidade. Já não é a intencionalidade predicativa do sistema a funcionar, mas uma racionalidade de outro tipo que entra em jogo e dita a solução tida por adequada⁹¹.

E ainda que não se extremem posições, é ponto assente que, para lá da simplicidade patenteada por alguns casos, na maioria das situações são considerações de razoabilidade, oportunidade e distribuição social do risco que são tidas em conta⁹² para fazer face às inconcludências das diversas teorias acerca da causalidade⁹³.

⁹⁰ Cf. MARKESINIS, *The German Law...* cit., p. 648.

⁹¹ Esse parece ser, aliás, um dos perigos da a-problemática abordagem que se faz do tema. Na verdade, redundando muitas vezes a *adequação* num critério inoperacional que ou esmaga a procura da solução materialmente justa ou, sendo encarada no sentido de conceder ao intérprete uma margem ampla de adaptação às especificidades do caso concreto, tudo, tendencialmente, abarca, corre-se o risco de nada nos transmitir, sendo o seu conteúdo preenchido por referência a dados colhidos do exterior. Pelo que se afigura imprescindível, sob pena de sermos confrontados com a importação de racionalidades espúrias ao mundo juridicamente cunhado, a determinação de um critério balizador da responsabilidade ética e axiologicamente fundado que capte a intencionalidade normativa que se reclama.

⁹² Cf. ULRICH MAGNUS, “Causation in German...” cit., p. 67-68. O autor não defende, porém, um puro casuísmo, sustentando a importância de se forjarem critérios, que, mesmo que não funcionem em termos gerais, podem ser válidos para grupos de casos.

Esta ideia da fragmentaridade própria da causalidade, entendida no sentido de não ser viável a adopção de um critério geral para todos os casos de responsabilidade civil, está em consonância com a ideia avançada anteriormente de que ela deve ser tida como um factor de imputação por referência a um quadro específico erigido para o efeito.

Cf., a este propósito, o pensamento de WILBURG sobre a matéria – *Die Elemente des Schadensrechts...* cit., p. 242 e ss. Em homenagem à sua ideia de sistema móvel de responsabilidade, o autor aduz o carácter flexível dos critérios de causalidade, a depender do grau de censurabilidade da actuação do agente e da finalidade protectora da norma, em concreto, violada. Dito de outro modo, o estabelecimento da *adequação* torna-se variável consoante o agente tenha agido intencionalmente ou não e, no tocante ao escopo da norma protegida, o círculo de danos indemnizáveis pode ser ou não alargado de acordo com o peso específico dos pressupostos de imputação da responsabilidade desveláveis em concreto. A ideia está em perfeita consonância com a proposta genérica do autor (cf. *Die Elemente des Schadensrechts...* cit., p. 26 e ss. e p. 283 e ss.)

WILBURG, partindo da constatação do estado actual da jurisprudência, oscilante entre o conceptualismo em fase de superação e a opção por juízes juridicamente desvinculados, propõe uma impostação metodológica assente na conformação mais móvel ou flexível do direito civil – cf. WILBURG, “Desenvolvimento de um sistema móvel no direito civil”, *Direito e Justiça*, vol. XIV, tomo 3, 2000, p. 51 a 76 (aqui 56). Nesse contexto, tenta “encontrar uma ordem interna para o direito da responsabilidade

Não se pode, porém, confundir um pensamento teleologicamente orientado com um pensamento finalístico espúrio. Embora este concite forte entusiasmo junto de autores que se inserem no sistema da *Common Law*, cultores da *Law and Economics*, a verdade é que nem sempre o contágio das soluções acerca da causalidade com considerações daquela índole implica o afastamento do *in totu* da intencionalidade normativa do discurso.

E aproveite-se o ensejo para esclarecer que, a despeito da invocação dos ordenamentos que se inserem na *Common Law*, não é correcto afirmar o predomínio – ou sequer o domínio – da tecnocracia judicativa no seu seio. Não só no plano doutrinal a riqueza metodológica ali vivenciada tornaria inexacta a afirmação, como a análise até agora encetada – privilegiando o enfoque jurisprudencial – desmentiria a eventual pretensão de a expender^{94 95}.

civil pressupondo que este instituto não se deixa reconduzir a uma ideia unitária, mas antes resulta de um jogo de pontos de vista que podem ser apreendidos científica e legalmente como elementos ou (...) forças móveis” – cf. “Desenvolvimento de um sistema móvel...”, ... cit., p. 63-64. São, de acordo com o testemunho do autor, quatro esses factores móveis: 1) deficiência causal para a ocorrência do dano, a residir na esfera do responsável, que adquire pesos diversos, consoante o agente tenha actuado com culpa ou sem culpa (isto é, a interferência na esfera jurídica alheia ou uma actuação que redunde num pôr em perigo); 2) perigo dominado pelo lesante que tenha conduzido ao dano; 3) o grau de proximidade do nexó causal existente entre o evento que deu lugar à responsabilidade e o dano ocorrido; 4) ponderação social da situação patrimonial do lesado e do lesante [cf. “Desenvolvimento de um sistema móvel...”, ... cit., p. 64, que aqui reproduzimos quase integralmente para garantir a fidelidade ao pensamento do jurista]. Decisivo no juízo de imputação seria, portanto, o efeito da articulação variável de cada uma destas forças, pelo que, “quando um elemento assume uma especial intensidade, pode suceder que seja só por si suficiente para justificar a responsabilidade pelo dano” (cf. *op. cit., loc. cit.*).

Para uma análise da concepção alternativa de responsabilidade pensada por WILBURG, cf. KLAUS SCHLOBACH, *Das Präventionsprinzip* ... cit., p. 46 e ss. Considera o autor que o último elemento citado foi acolhido com particular entusiasmo pelos cultores da análise económica do direito, tendo resultado na adopção de critérios de imputação vários como o *cheap cost insurer or avoider, cheap risk bear*. Sublinha, igualmente, que a particularidade do sistema de WILBURG passa pelo não estaticismo da sua articulação. Na verdade, consoante o caso concreto, o peso relativo deles varia, podendo prescindir-se, inclusivamente, de alguns diante de uma presença marcante dos demais. É a partir daqui que SCHLOBACH elenca possíveis críticas ao sistema móvel. Sobre ele alerta que, pese embora a sua estrutura consistente, pode resvalar na assunção da ideia de “o que é útil à comunidade” como critério guia de resolução dos problemas, com todos os perigos que daí derivam, quais sejam a prévia definição de comunidade e o fantasma do nacional-socialismo (cf. p. 47). Veja-se, ainda, ADELAIDE MENEZES LEITÃO, *Normas de protecção e danos puramente patrimoniais*, Almedina, Coimbra, 2009, p. 528 (a autora explicita na nota 1417 que a ideia de concentração da vantagem e perigo numa empresa foi acrescentado posteriormente, passando a considerar-se duvidoso o elemento referente à ponderação da situação patrimonial do responsável).

⁹³ Cf. UMBERTO IZZO, “Storie di stra ordinária causalità: rischio prevenibile ed accertamento della causalità giuridica in materia di responsabilità extracontrattuale”, *Rivista Critica di Diritto Privato*, anno XIX, 1, 2001, p. 55, nota 11. O autor afirma que a particular maleabilidade da linguagem causal permitiu que o âmago do problema fosse assumido pelo realismo jurídico e pelo funcionalismo da análise económica do direito como um campo de ensaio ideal para a construção de modelos interpretativos orientados pela prossecução da eficiência alocativa.

⁹⁴ Sem embargo de outras referências específicas a obras de insígnis juristas ingleses e norte-americanos, v., para uma análise do direito delitual da common law, CAROL HARLOW, *Understanding tort law*, series Editor J.A.G., Seconde Edition, Fortana Press, 1995

⁹⁵ Para uma percepção de algumas das questões tratadas, a propósito da causalidade, nos sistemas da *Common Law*, cf., *inter alia*, *Standard Chartered Bank v. Pakistan National Shipping Corps & Ors* [2000] EWCA Civ 230 (27th July 2000) [questiona-se aí o relevo que a contribuição do lesado possa ter ao nível do direito à indemnização, ou, e para utilizar a expressão inglesa, problematiza-se o tema do *apportionment of the damage*. E afirma-se que até ao *Judicature Acts 1873-5* não era admitida a repartição de responsabilidade, não podendo o lesado ser ressarcido quando tenha causado parte do dano, ainda que para a sua produção também tenha contribuído a violação do dever por parte do lesante. A regra terá, porém, sido derogada com a *Law Reform (Contributory negligence) Act 1945*. Colocando o mesmo problema e solucionando-o pela via da exclusão das situações em que o lesado tenha actuado intencionalmente, veja-se, ainda, *Alliance and Leicester Building Society v. Edgestop* [1993], 1 WLR 1462 e *Corp. Nacional v. Sogemin Metals* [1997] 1 WLR 1396. Acerca da *contributory negligence*, cf. *Casey v. Morane Ltd* [2000] EWCA Civ 147 (5th May 2000), onde se lida com o caso de um trabalhador que ficou ferido com uma máquina da oficina onde laborava. Colocando-se o problema da responsabilidade da entidade patronal, invoca-se, simultaneamente, a título de defesa, a contribuição do lesado que não terá desligado o mecanismo antes de limpar o aparelho e equaciona-se a possibilidade de se considerar o lesante responsável em 85% e o lesado em 15%, pelo que o *but-for test* não seria aqui suficiente, não bastando uma decisão em termos puramente lógicos e científicos. Próximo do concurso de culpa do lesado, colocando o problema da *mitigation of damage*, veja-se *Standard Chartered Bank v. Pakistan National Shipping Corporation & Ors* [2001] EWCA 55 (26th January 2001). Explicita-se, aí, que o lesado não tem propriamente o dever de mitigar o dano, mas não pode ser ressarcido por um dano que teria sido evitado pela sua acção razoável porque, se o tivesse podido razoavelmente evitar, ele não pode ser considerado como causado pelo lesante. Sobre a questão do *apportionment of damage*, mas agora não do prisma da contribuição do lesado, mas da causalidade múltipla, cf. *Rahman v. Arearose Ltd. & Anor* [2000] EWCA Civ 190 (15th June 2000). Salienta-se aí a intencionalidade problemática da questão, a ter de lidar com uma miríade de estruturas de acção e mais concretamente com a questão da indivisibilidade do dano e bem assim com questões atinentes quer à causalidade concorrente, quer à causalidade alternativa. Não se estranha, por isso, que no mesmo ensejo, o precedente se pronuncie sobre uma segunda vertente da *causation*, sublinhando que o lesante deve ser responsável por qualquer dano que o lesado não teria sofrido se não fosse a negligência do primeiro e evidenciando, de acordo com as próprias palavras aí contidas, a natureza caleidoscópica da categoria. Designadamente, polemiza-se ainda a regra da *eggshell skull* e do *novus actus interveniens*. Sobre a indivisibilidade do dano, veja-se, também, *Baker v. Saint Gobain Pipelines Plc* [2004] EWCA Civ 545; *Cambridge Water Company v. Eastern Counties Leather Plc.* [1994] 2 AC 264 [a propósito da *nuisance* e lançando mão do argumento de maioria de razão, LORD GOFF OF CHIEVELY explica por que motivo a *foreseeability of damage* deve ser tida como um requisito de procedência da pretensão indemnizatória. Referindo-se, igualmente, à *foreseeability*, veja-se, ainda, *Laing Ltd v. Essa* [2004] EWCA Civ 2 (21st January 2004), onde se considera que ela não elimina os complexos problemas que envolvem a *causation*, porquanto seja necessário determinar a extensão do dano pelo qual o lesante deve responder, para o que se afirma ser bastante que o dano decorra directa e naturalmente do *wrongful act*. E, porque é necessário prevenir uma multiplicidade de acções, insiste-se na urgência de considerar um mecanismo de controlo *beyond that of causation*, apelando-se, então, ao bom senso judicativo, em detrimento da inicialmente invocada *foreseeability*, que parece só se mobilizar nos casos de lesão pessoal. Igualmente importante a leitura de *Lamb v. Camden LBC* [1981] EWCA Civ. 7 (18th March 1981), onde também se debate o critério da previsibilidade, assumindo como índice heurístico a possibilidade de transposição do critério da *reasonable foresight* da negligência para o preenchimento do conteúdo da *remoteness of damage*, e alertando para a necessidade de o jurista se ater, neste âmbito, a considerações de *policy*. A propósito da previsibilidade, cf., ainda, *Baker v. Willoughby* [1970] AC 467, que, sustentando o princípio segundo o qual *a tortfeasor takes is victim as he finds him*, pelo que se este for especialmente vulnerável – *a eggshell skull* – e tal for desconhecido, o lesante deve pagar a indemnização pelo dano total, mesmo que em circunstâncias normais o seu comportamento não fosse apto a causar mais do que uma comum dor de cabeça [a propósito da previsibilidade, cf. ainda, WESTER-OUISSSE, “Définition de la causalité dans les projets européens sur le droit de la responsabilité”, www.grerca.univ-rennes1.fr/digitalAssets/267/267962_vwesterouisse.pdf, p. 6 e ss., considerando que os juristas ingleses e americanos, numa segunda etapa de exame da causalidade, fazem apelo a critérios como a previsibilidade, o carácter directo do dano, o carácter proporcional e justo da responsabilidade, a proximidade no tempo e no espaço. No tocante à previsibilidade, cf., ainda, a análise que a autora faz do artigo 3:201 dos PETL – p. 10 –, sublinhando que a mesma é aferida tendo em conta a pessoa abstracta, o homem razoável, a proximidade no tempo e no espaço entre a actividade e o dano; a importância do dano face às consequências normais de tal actividade]. Em sentido contrário, veja-se *Jobling v. Associated Dairies*

[1982] AC 794. Sobre os *thin-skull cases*, veja-se, ainda, *Smith v. Leech Brain & Co. Ltd* [1962] 2 QB 405 e *Total Transport Corporation v. Arcadia Petroleum Ltd* (C.A.), explicando que pode não haver interrupção do nexo de causalidade em virtude de uma predisposição do lesado porquanto se ela existe antes de ser perpetrado o ilícito não se pode logicamente pensar na quebra da conexão. Remontando à gênese da fixação do critério da previsibilidade, cf. *The Wagon Mound No.1* [1961] AC 388, criticando a doutrina das consequências directas e naturais, fixado em *Re Polemis* [1921] 3 KB 550 [*Polemis v. Furness, Withy and Co.*: define o critério do dano directo, considerado como aquele que se pode reconduzir à culpa de uma maneira suficientemente directa e que não é devido a causas independentes em relação àquela. Note-se que o critério haveria de, logo em 1933, sofrer uma restrição no tocante ao seu âmbito de aplicação – passava a aplicar-se apenas às consequências físicas imediatas de um acto ilícito. Cf. *Liesbosch Dredger v. Edison S.S.*] . Vincando que a previsibilidade de que se fala se refere ao tipo de dano e não à extensão dele, cf. *Robinson v. Post Office* [1974] 1 WLR 1176]; *Gregg v. Scott* [2002] EWCA Civ 1471 (29th October 2002) [a propósito de um diagnóstico médico errado, coloca-se o problema da responsabilidade e do requisito da causalidade, salientando-se que as probabilidades de ocorrência do dano a partir daquele comportamento negligente devem ser sopesadas, não podendo o lesado ser indemnizado de uma forma completa pelo *loss of a chance*. Lidando com a dificuldade que se enfrenta com este recorte de emergência da responsabilidade, cf., ainda, *Morris (A Child) v. Blackpool Victoria Hospital NHS Trust* [2004] EWCA Civ 1294 (13th October 2004), onde se mostra que a causalidade não pode ser provada se a negligência se traduzir num erro médico, o que não pode fazer, não obstante, resvalar o juízo para as meras probabilidades. A questão é enfrentada em muitos outros precedentes. A dualidade que se sopesa oscila entre a exigência do cumprimento do *but-for test* e a adesão ao princípio do aumento do risco, a converter-se, ali, num cálculo probabilístico. Pondo a nú os termos do binómio, veja-se, a propósito da exposição a produtos patogénicos, *Novartis Grimsby Ltd. V. Cookson* [2007] EWCA Civ 1261 (29th November 2007). Pronunciando-se, também, sobre a questão da exposição a produtos cancerígenos, mas tentando determinar se há ou não direito à indemnização pelos danos emocionais sofridos pelo receio gerado com aquela, e negando a causalidade, cf. *Rothwell v. Chemical & Insulating Co. Ltd. and Anr and Ors* [2006] EWCA Civ 27. Igualmente veja-se *Holtby v. Brigham & Cowan (Hull) Ltd* [2000] EWCA Civ 111 (6th April 2000) e *Elvicta Wood Engineering Ltd & Anor v. Huxley* [2000] EWCA Civ 139 (19th April 2000), defendendo, no contexto de exposição a produtos cancerígenos, a ponderação probabilística para se aceder a um juízo causalista. Repare-se que a novidade introduzida pelo precedente citado em penúltimo lugar se prende com o facto de a vítima ter ficado exposta durante largos anos à acção patogénica por virtude da actuação de diferentes pessoas. Cada uma delas deve responder pela totalidade do dano ou só pela parte dele para que contribuiu, sendo certo que é extremamente difícil, se não impossível, saber com exactidão qual a quota parte para que cada um contribuiu, dado o efeito cumulativo das diversas condutas. Paradigmático tendo em conta a questão da exposição da vítima a produtos patogénicos é o precedente *Fairchild v. Glenhaven* [2001] EWCA Civ 1881 (11th December 2001), com importantíssimas referências à *causation case law*. A saber: *Bonnington Castings Ltd v. Wardlaw* [1956] AC 613 (uma pessoa desenvolve *pneumococicus* depois de estar durante oito anos exposto, no seu local de trabalho, a *silica dust*. Para a infecção, houve uma causa *non tortious* (“the use of a pneumatic hammer which could not be fitted with dust extraction plant”) e uma *tortious cause* (“the failure to keep the dust extraction plant on the swing grinders in the foundry free from obstruction”). [Sobre o ponto, veja-se, ainda, JANE STAPLETON, “Lords A Leaping Evidentiary Gaps”, *Tort Law Review*, 10, 2003, p. 276 e ss.] Os empregadores argumentaram que, na ponderação de probabilidades, a doença teria sido causada pelo comportamento não ilícito, vindo o tribunal a decidir pela não inversão do ónus da prova, firmada em *Vyner v. Waldenberg Brothers Ltd* [1946] KB 50, e a depor no sentido da causalidade cumulativa); *Nicholson v. Atlas Steel Foundry and Engineering Co. Ltd.* [1957] 1 WLR 613 (onde se considerou que a falta de ventilação aumenta o risco a que fica exposto o trabalhador, pelo que a violação do dever *materially contributed* para a lesão); *Gardiner v. Motherwell Machinery and Scrap Co. Ltd* [1961] 1 WLR 1424 (uma pessoa que trabalha durante três meses numa construção contrai uma dermatite, tendo o empregador actuado negligentemente por não ter providenciado os correctos sistemas de lavagem. Diante do cenário de controvérsia descrito, hipotizou-se uma presunção *prima facie*. Envolvendo, também, uma dermatite, cf. *Magher v. National Coal Board* [1973] 1 WLR. O debate é recentrado na dicotomia entre a exigência da prova da causalidade ou a edificação de uma presunção *prima facie*, tendo a *First Division of the Court of Session* optado pela primeira alternativa posta em diálogo, defendendo ser insuficiente provar que o cumprimento do dever “would have materially reduced the risk of injury”. Em cena entra não só a própria essência da causalidade, mas a refracção dela em sede probatória). Acerca da (in)suficiência do cálculo de probabilidades para o estabelecimento da causalidade, cf. ainda *Lamoon v. Fry* [2004] EWCA Civ 591 e *Saw v. Atkins* [2005] EWCA Civ 1452, atinentes a acidentes rodoviários. Veja-se, também, *Abada v.*

Gray & Anor [1997] EWCA Civ 1968 (25th June 1997): um acidente de trânsito provoca diversas lesões pessoais. Dois meses mais tarde é diagnosticado um quadro de esquizofrenia, que leva o paciente a considerar tratar-se de uma consequência daquele mesmo acidente. Demandando o lesante primário em juízo, coloca-se o problema da causalidade, tendo o tribunal tentado determinar, com base no cálculo de probabilidades, se ele foi ou não causa da perturbação psíquica. É também com recurso ao cálculo probabilístico que se trata da causalidade no julgamento *Phelps v. London Borough of Hillingdon* [1998] EWCA Civ 1686 (4th November 1998), no qual foi processada uma escola pelo não desenvolvimento cognitivo de uma criança que sofria de dislexia]; *Corr v. IBC Vehicles* [2006] EWCA Civ 331 (31st March 2006) [a partir de um suicídio subsequente a stress pós-traumático, afirma-se ser a causalidade *a matter of fact*, que clama pelo *but for test*, devendo depois considerar-se a *remoteness of damage*. Não dando como assente, mas problematizando, se a causalidade envolve uma questão de facto ou uma questão de direito, cf. *Rouse v. Squires* [1973] EWCA Civ 9 (22nd March 1973). Em sentido conexo, embora não igual, porquanto colima a solução da questão causal na resposta que se encontre ao nível do senso comum, cf. *Stevenson v. Rodbourne* [1998] EWCA Civ 1689 (5th November 1998). Consulte-se, igualmente, *Gerber Garment Technology Inc. v. Lectra Systems Ltd. & Anor* [1996] EWCA Civ 1245 (18th December 1996), no qual, a partir da controvérsia em torno da violação do direito à patente sobre uma invenção, se afirma que primeiramente há que enfrentar a causalidade *as a matter of physical consequences or common sense*, mostrando que a conduta do lesante foi uma causa – e não necessariamente a causa ou causa dominante – do dano; e subsequentemente associá-la à *foreseeability* e a *principles of public policy*, a partir dos quais se concretizará a noção de *remoteness of damage*. A dualidade que a causalidade leva ínsita é também vincada no precedente *Humber Oil Terminal Trustee Ltd. v. Sivand, Owners of Ship* [1998] EWCA Civ 100: a questão de facto deverá ser resolvida com apelo a noções próprias do senso comum; os aspectos legais da causalidade dependem da circunstância de se estar sob a égide contratual ou extracontratual. Ainda sobre os casos de suicídio e os problemas que eles co-envolvem, veja-se *Reeves v. Commissioner of Policy for Metropolis* [1997] EWCA Civ 2868 (10th November 1997), no qual se debatem duas teses: uma que olha para o suicídio como um *novus actus interveniens*, responsável pela interrupção do nexo de causalidade; outra que olha para o comportamento do potencial lesante do ponto de vista do incremento do risco e que questiona se o polícia tinha ou não um dever especial de cuidado para com a vítima. Cf., igualmente, *Wakeman and Ors v. Quick Corporation and Anor* [1999] EWCA Civ 810 (18th February 1999): questiona-se a responsabilidade da entidade patronal pela discriminação racial levada a cabo e sustenta-se que a aproximação à causalidade deve ser *simple pragmatic and commonsensical*, pese embora se acrescente que não é simplesmente *a matter of factual, scientific or historical explanation of a sequenc of events*, devendo responder-se à pergunta “what (...) is the effective and predominant cause?”, procurando-se o sentido dela pela indagação “o lesado teria recebido o mesmo tratamento se tivesse outra raça?”, pelo que se conclui pelo depoimento do precedente no sentido da adesão ao *but-for test* para os casos de discriminação directa. Acerca da ancoragem da solução da indagação causal no senso comum, veja-se, igualmente, *Sier, R (on application of) v. Cambridge City Council Benefit Review Board* [2001] EWCA Civ 1523 (8th October 2001). Salienta-se, aí, que a noção de sentido comum varia consoante o propósito com que se lança a questão, pelo que, porque a causalidade vai imbuída pelo sentido da atribuição de responsabilidade a um agente, a resposta vai depender da regra por meio da qual aquela responsabilidade venha a ser imputada]; *Miland Mainline Ltd & Ors v. Eagle Star Insurance Company Ltd.* [2004] EWCA Civ 1042 [falando da causa próxima]; *Boateng v. Hughmans (Firm)* [2002] EWCA Civ 593 (10th May 2002) [lidando com o aconselhamento incorrecto que um advogado presta a um cliente, coloca-se o problema do nexo de causalidade entre esse comportamento e o dano sobrevivendo, tematizando-se o problema da *loss of a chance*. Considera-se, aí, ser o *leading case* em matéria de negligência dos advogados o precedente *Allied Maples Group Ltd. v. Simmons & Simmons* [1995] 1 WLR 1602, onde se distingue a hipótese de a negligência do advogado consistir na prestação de um mau aconselhamento daqueloutra em que se traduz na não prestação do conselho adequado. Dito de outro modo, aparta-se a situação de *misfeasance* da *non-misfeasance*, para se considerar que no primeiro caso a causalidade é *one of historical fact*, pelo que o tribunal deve determinar, sopesando as probabilidades, em que medida o acto do agente causou ou não o dano, enquanto no segundo se tem de responder preliminarmente a uma questão hipotética, qual seja a de qual seria o comportamento do lesado se o conselho tivesse sido prestado, entrando-se em linha de conta com presumíveis comportamentos de terceiros. Distinguindo igualmente estas duas hipóteses, cf. *Mothew (t/a Stapley & Co.) v. Bristol & West Building Society Respondant* [1996] EWCA Civ 533, onde, a propósito de uma informação negligentemente prestada, geradora de um investimento prejudicial, se trata do problema da causalidade e se retoma, a esse ensejo, a distinção entre o caso em que não se presta um aconselhamento adequado, relativamente ao qual se tem de, na ponderação de probabilidades, mostrar que, se tal conselho não tivesse sido dado, a actuação teria sido outra, e o caso da prestação de uma

Pensemos, por exemplo, no ordenamento jurídico inglês. Os problemas da causalidade são aí tratados em termos que escapam à funcionalização do direito, pese embora a estrutura do *tort* permita a introdução, num segundo plano de aferição daquela, de predicacões de diversa índole⁹⁶.

informação incorrecta, relativamente à qual é suficiente mostrar que o lesado não teria agido assim se não fosse o conselho, não se impondo que se vá ao ponto de mostrar que ele teria agido de outro modo caso o conselho correcto tivesse sido dado. Mais se diga que aí se frisa que o lesado terá de, posteriormente, provar que sofreu danos e que estes se inscrevem no escopo do dever que foi preterido. Sobre o problema dos maus conselhos prestados por advogados, veja-se, ainda, *Veitch & Anor v. Avery* [2007] EWCA Civ 711 (12th July 2007), onde se distingue o problema da *causation* da questão da *mitigation of damage* e se salienta a necessidade de cindir, no que concerne à *loss of chance* as *real, significant or substantial* das *fanciful, speculative or negligible possibility*, e *White v. Paul Davidson & Taylor* [2003] EWCA Civ 1511 (18th November 2004), com exposição das questões hipotéticas a que neste segmento se há-de dar resposta: “que conselho deveria ter sido dado por um profissional competente? Se o lesado tivesse recebido tal conselho que comportamento adoptaria, ponderando as probabilidades? O dano foi de facto causado pelo conselho dado tendo em conta as outras questões? Veja-se, ainda, no quadro da mesma temática, *Gugliotta v. Messrswalkers (a firm)* [1998] EWCA Civ 1690 (5th November 1998) e *Dixon v. Clement Jones Solicitor (a firm)* [2004] EWCA Civ 1005 (8th July 2004), não sem antes salientar, da nossa parte, a não pertinência pura das situações em análise ao domínio extracontratual, pelo que a ilustração que aqui se consegue mais não é, neste ponto, do que ancilar, tendo em conta a questão da perda de chance em que à frente teremos de mergulhar. Aliás, frisando a possível inserção dos problemas suscitados pelas condutas negligentes do advogado no âmbito contratual, cf. *Swindle v. Harrison & Anor* [1997] EWCA Civ 1339 (25th March 1997), no qual, para além de se sublinhar a importância de distinguir a recolocação do lesado na posição em que estava antes da lesão da recolocação do lesado na situação em que estaria se não fosse aquela, para o que se aponta a necessidade de uma fórmula da diferença, se salienta a necessidade de considerar o *duty* e os prejuízos que ele intentava evitar, sem que isso implique inofensivamente que, oferecendo embora uma oportunidade para o dano aflorar, se possa considerar que a violação do dever foi a causa dele, pelo que se fala do *stringent test of causation* e se explicita que, sendo o domínio o do *trust*, não se podem aplicar as regras da *remoteness of damage*. Sobre a perda de chance, veja-se, também, *Bank of Credit & Commerce International SA v. Husain & Anor* [2001] EWCA Civ 636 (4th May 2001), onde, a propósito da perda patrimonial subsequente a uma lesão da reputação, se afirma que *proof of causation of a chance of a loss is quite distinct from proof of causation of the loss of a chance*, permitindo-nos antever com meridiana clareza a dupla natureza daquilo que uniformemente vem conhecido pela designação apontada. Sobre a distinção veja-se o que, no desenvolvimento do nosso tema, se dirá; *Marshall v. Rubypint Ltd* [1997] EWCA Civ 898 (31st January 1997) [questiona a *remoteness of damage* e a quebra do nexo de causalidade. Sobre o ponto, cf., ainda, *Iron and Steel Holdings and Realisation Agency v. Compensation Appeal Tribunal* [1966] 1 WLR 480]; *Woodbridge School v. Chittock* [2002] EWCA 915 (26th June 2002) [mostrando a dificuldade em cindir o problema da causalidade daquele outro que lida com a violação do dever]; *Blackburn Rovers Football & Athletic Club Plc v. Avon Insurance Plc & Ors* [2005] EWCA Civ 423 [ligando o problema da causalidade à ideia de *proximate cause*]; *Stacey v. National Leisure Catering* [2001] EWCA Civ 355 (6th March 2001) [distinguindo o problema da causalidade daquele outro da determinação do *quantum* indemnizatório]; *McManus & Ors v. Beckham* [2002] EWCA Civ 939 (4th July 2002) [Victoria Beckham denunciou em voz alta que as fotografias e os autógrafos do marido que uma loja estava a vender eram falsos, tendo provocado avultados prejuízos aos proprietários daquela, e levando os juízes a ter de imputar uma eventual responsabilidade, para o que mobilizaram, separadamente, a categoria da causalidade e a questão da *natural and probable or foreseeable consequence*].

⁹⁶ Cf. JOSEPHINE SHAW, “England und Wales”, in CHRISTIAN VON BAR (hrsg.), *Deliktsrecht in Europa, Landesberichte...* cit., p. 30 e ss. Salienta-se, aí, que no Reino Unido o problema da causalidade surge dividido em causalidade factual e causalidade legal ou jurídica, restringindo-se posteriormente a indemnização com recurso ao critério da *remoteness of damage*.

Cf., ainda, W.V.H. ROGERS, *Winfield and Jolowicz on Torts*, sixteenth edition, Thomson, Sweet and Maxwell, London, 2002, p. 209 a 262. Analisa-se o problema da causalidade por referência a um específico *tort* – o *tort of negligence*. Trata-se, segundo o que realça o autor, de um *tort* independente, com inúmeros elementos, não fungível com a ideia de *negligence* que se traduz num determinado grau de culpa. Nesse sentido, para se considerar preenchido o referido *tort*, há que provar um nexo causal entre o

prejuízo sofrido e o comportamento antijurídico do lesante. Note-se, porém, que ROGERS distingue claramente o problema da causalidade daquele outro da avaliação do dano e desdobra o primeiro na questão da *causation in fact* (pretende aqui indagar-se até que ponto o acto do lesante ou a sua omissão deve ser excluído do conjunto dos eventos que contribuíram para a ocorrência do dano, pelo que não se questiona se aquele foi a causa, mas se foi uma causa. No fundo, este primeiro nível de causalidade traduz-se num *matter of historical*, perguntando-se “*but for the defendant’s act would the damage have occurred?*”). Na prática, o *but for test* – equiparável à inquirição levada a cabo no seio da *conditio sine qua non* – apenas serve para eliminar os factos irrelevantes, não determinando a causalidade. Não obstante a qualidade de primeiro filtro que se lhe reconhece, ROGERS nega que o nível avaliativo possa ancorar-se no senso comum [cf. p. 212] e reconhece que problemas podem surgir a propósito dos casos de múltipla causalidade [cf. p. 214] e na *causation in law*, onde se lida com a *remoteness of damage* [cf. p. 223 e ss.]. Sublinhe-se, ainda, que, na consciência das dificuldades a que pode conduzir a aplicação do critério da *foreseeability*, em que aquela ideia maior se concretiza, o autor acaba por dar nota de outros princípios que podem ser convocados para dar resposta ao problema. Assim, dicotomizando entre aquilo que são consequências desejadas e indesejadas, e considerando que as primeiras nunca podem ser apodadas de longínquas, convida o jurista, no quadro da determinação da relevância das segundas, a ponderar o *existing states of affairs*, onde integra índices avaliativos como o *pecuniary amount of the damage* (se o agente lesa um objecto propriedade de alguém com um elevadíssimo valor intrínseco não pode depois arguir que não esperava que o dano fosse tão elevado [cf. p. 235]); o *extent of the damage* (se o acidente acontece de uma *foreseeable way*, o lesante é responsável mesmo que o dano se concretize numa extensão muito superior à que ele tinha antecipado [cf. p. 235]); o *the egg-shell skull principle* (o lesante deve tomar a vítima como a encontrar, dado que assume especial importância quando a lesão é exacerbada devido à combinação de características próprias do lesado ou causas naturais intervenientes [cf. p. 236. Veja-se, ainda, p. 230, onde o autor explicita que se uma determinada característica da vítima conduz a uma exacerbação do dano, o lesado encontrará muito pouco apoio nas regras da *remoteness of damage* para alijar a sua responsabilidade); a *claimant’s impecuniosity* (estabelecendo-se aqui a analogia com as características intrínsecas do lesado que agravam a lesão [cf. p. 236]); e os problemas atinentes à interrupção do nexo de causalidade (cf. p. 240-245).

Cf., também, PETER BARRIE, *Personal Injury Law, Liability, Compensation and Procedure*, 2nd edition, Oxford University Press, 2005, p. 127 e ss. Afirma o autor que, ao nível dos sistemas de *Common Law*, a preocupação se prende com duas questões conexas. Primeiro, tem de existir um nexo causal entre o acto ilícito do lesante, susceptível de desencadear a responsabilidade, e o dano sofrido pelo lesado, para, em segunda linha, se considerar as *rules of policy* que limitam a indemnização dessas consequências nefastas, deixando de lado outros que se consideram *too remote*. Note-se que com o *but-for test* não se procura determinar a causalidade, mas apenas excluir os pedidos relativamente aos quais não é possível sequer estabelecer uma relação de condicionalidade. É entre as *but-for causes* que se procura saber qual a causa suficiente. Ao que acresce, como terceiro passo, a consideração do escopo legal a limitar o direito à indemnização. Lança-se, então, mão do *test of foreseeability* (p. 132); da consideração do tipo de dano (*kind of harm* – p. 133-134); pondera-se a interrupção do nexo causal pela interferência de uma causa estranha, a suscitar, eventualmente, em caso de resposta negativa, um problema relativo ao concurso de responsabilidades (*new intervening acts* – cf. p. 134/136); questiona-se a razoabilidade de cogitar um dever de mitigar o seu dano a impender sobre o lesado (*mitigation of loss* – cf. p. 137); e analisa-se a extensão do dano, sublinhando-se, então, a subtil diferença entre causar danos imprevisíveis de um determinado tipo ou causar danos do mesmo tipo mas numa extensão imprevisível (*unexpected severe consequences* – cf. p. 138, onde se pode ler que se entendermos que existe um dever de cuidado para proteger o risco de uma lesão previsível, devemos considerar que a indemnização dos segundos danos referidos é aí admissível).

Igualmente relevante a análise oferecida por TONY WEIR, *Tort Law*, Clarendon Law Series, Oxford University Press, 2002, p. 67 e ss. A páginas 77 e ss., o autor analisa os limites que se estabelecem à responsabilidade do lesante, uma vez determinada a causalidade material, apontando três regras fundamentais. A saber: 1) *remoteness* (em causa estaria a discussão acerca do carácter directo e previsível do dano. Dá-nos o autor conta de que, em 1921, a *Court of Appeal* considerou que o lesante que actua negligentemente apenas deveria ser considerado responsável pelas consequências que fossem directas, mesmo que imprevisíveis. Uma corrente contrário viria, então, defender que, se a previsibilidade era a marca de água da negligência, também deveria ser o teste da *remoteness of consequences*. Entende TONY WEIR – cf. p. 78 – que a *foreseeability* neste contexto deve ser considerada, mas matizada pelo sentido de *normality*, isto é, impregnada com uma carga de objectividade. O que relevaria para o autor não seria o modo de emergência ou a extensão, mas o tipo do dano); 2) *novus actus interveniens*

Assim, importa lembrar que, se a *causation* surge como um requisito da responsabilidade, ela desdobra-se em duas etapas, ou seja, naquilo que os autores anglo-saxónicos designam por *two stage approach*. Num primeiro momento tratada como uma questão-de-facto, a motivar, por exemplo e por referência a alguns pensadores⁹⁷, a entrada em cena do realismo jurídico, do cepticismo causal⁹⁸ ou da ideia segundo a qual o problema deve ser conceptualizado ao nível da linguagem do senso comum⁹⁹, ela converte-se, posteriormente, numa questão de limitação da indemnização¹⁰⁰.

(considerando, então, que não é lograda a explicação da figura com apelo à ideia de previsibilidade – cf. p. 82); 3) *purpose of the violated rule* (p. 82 e ss.)

Acerca do critério do *eggshell or thin skull rule*, cf., também, CHRISTIAN VON BAR, *The Common European Law ... cit.*, p. 466 e ss. VON BAR explicita a regra, sublinhando que o lesante é responsável pela totalidade da lesão pessoal da vítima, mesmo que não soubesse da predisposição da vítima para o dano sofrido. Há, no entanto, exceções, como por exemplo no caso de acções normalmente consideradas insignificantes conduzirem a consequências muito sérias (cf. p. 467). *Vide*, a título de exemplo, e saindo do âmbito da *Common Law*, a decisão da *Cour de Cassation* francesa, de que VON BAR dá nota, em que a vítima de um acidente que veio a contrair HIV por uma transfusão de sangue contaminado teve direito a uma indemnização que cobrisse este dano, tendo em conta o facto de ser hemofílico o que aumentava a sua vulnerabilidade. Pretende, pois, VON BAR sublinhar o diverso tratamento dos danos pessoais, relativamente aos danos à propriedade e aos danos puramente patrimoniais, já que, no tocante a estes, inexistente semelhante regra.

Para outros desenvolvimentos, veja-se RIPSTEIN, *Equality, Responsibility and the Law ... cit.*, p. 111-112. O autor distingue o *plaintiff who have eggshell skulls* (estão sujeitos a sofrer mais extensivamente certo tipo de danos do que outras pessoas) daqueles *who have proclivities to unusual types of injury* (como por exemplo uma pessoa que sofre de dores de cabeça porque o vizinho canta enquanto toma banho). Analisando a questão do ponto de vista do conceito de razoabilidade, central no pensamento do autor, RIPSTEIN considera que, se o agente actuar não razoavelmente, o lesante deve suportar o custo de a vítima ter um *eggshell skull*; ao invés, se se impuser um risco que seria razoável não fosse a particular susceptibilidade da vítima, o risco não se torna por isso desrazoável e não gera uma obrigação de indemnização. Adiantando algumas das nossas conclusões, RIPSTEIN parece apontar no sentido da necessidade de se cotejarem esferas de risco e responsabilidade. Dizemo-lo, advertindo, contudo, para a não perfeita sintonia entre o modelo delitual cogitado pelo autor e aquele que será por nós proposto.

Cf., igualmente, STATHIS BANAKAS, « Causalité juridique et imputation : réflexions sur quelques développements récents en droit anglais », www.grerca.univ-rennes1.fr/digitalAssets/267/267949_banakas.pdf, afirmando que, “no direito inglês, a questão da causalidade é abordada de uma forma quase pragmática”, entendendo-se que “o juiz sabe quase intuitivamente quando estamos ou não perante um nexo de causalidade”.

⁹⁷ Não se pretende, aqui, apresentar um elenco definitivo das posições que procuram responder ao problema da *cause-in-fact*, dando conta, apenas, de algumas perspectivas por nos parecerem importantes.

⁹⁸ Cf., a este propósito, e sem embargo de ulteriores explicitações, LEON GREEN, “The causal relation issue in negligence law”, ... cit., p. 543 a 576 e *Rationale of Proximate Cause*, ... cit.. Considerando que há uma miscigenação entre a negligência e a causalidade, potenciada pela chamada à lide da previsibilidade nos dois juízos, propõe um novo critério causal, alterando a *proximate cause* e substituindo o *but-for test*, inaplicável pela natureza contrafactual que o caracteriza, pelo *substantial factor*, aquele que teve um papel determinante no surgimento do dano em comparação com outros factores. Sobre o ponto, cf., ainda, PROSSER, *Handbook ... cit.*, p. 236 e ss.

Com uma posição mais radical, veja-se, a este propósito, WEX MALONE, “Ruminations on cause-in-fact”, ... cit., p. 60 e ss. (considerando que a natureza contrafactual da *conditio sine qua non* abre as portas à introdução de valorações pessoais do decidente, sustenta que ela não traduz a causalidade material de maneira neutra e objectiva).

⁹⁹ Cf. SALVADOR CODERCH, “Causalidad y responsabilidad”, *Indret, Revista para el Análisis del Derecho*, 2002, p. 2-3 e HART e HONORE, *Causation ... cit.*, p. 128 e ss.

Sobre a questão, veja-se, ainda, FLORENCE G’SSELL-MACREZ, *Recherches ... cit.*, p. 209 e ss.

A causalidade ordinária, tornada célebre por HART e HONORE (op. cit.), procura captar a causa segundo o sentido que lhe é atribuído pelo homem comum. Refira-se, porém, que não encontramos um tratamento

Do que ficou dito resulta, transparentemente, a intencionalidade subjacente ao modelo proposto. Se primeiramente o enfoque é colocado no problema da ligação entre um dano e o comportamento do lesante ou eventual lesante, oscilando a resposta entre uma a-problemática abordagem do mesmo e uma resolução eivada de contornos mecanicistas¹⁰¹, a percepção da ininterrupta cadeia de consequências desencadeadas por um mesmo acto insta o jurista a delinear as fronteiras do que deve ou não ser indemnizado¹⁰².

unívoco da questão ao nível da *Common Law*. Nem a proposta dos citados autores foi acolhida unanimemente pela restante doutrina e jurisprudência, nem, a outro nível, podemos afirmar que a dita causalidade de facto recebe uma só resposta. Na verdade, e como teremos oportunidade de constatar, o *but-for test* acaba por polemizar com o *NESS-test*, ao mesmo tempo que se assiste a uma propensão para resolver o problema com apelo a um juízo probabilístico. Sobre o ponto, cf. CEES VAN DAM, *European Tort Law...cit.*, p. 275 e ss., relatando que a conexão factual entre a conduta negligente e o dano é estabelecida com base no teste « more likely than not », ao que acresce depois a questão da limitação da causalidade. Sobre a necessidade de se limitar a causalidade, para evitar situações de causalidade de Adão e Eva, cf. GLANVILLE WILLIAMS, « Causation in the law », *Cambridge Law Journal*, 19, 1961, p. 64.

Ou seja, contra o que poderia ser sugerido em texto, o *but-for test* não assume uma posição de monopólio. Mais se acrescente que HART e HONORE, rejeitando um cepticismo que defendia a possibilidade de se fixar a ligação causal e influenciados pela filosofia da linguagem, segundo a qual os problemas filosóficos resultam de mal entendidos ao nível linguístico, defendem que é ao nível do entendimento do homem comum que devemos procurar determinar, de entre as várias condições, aquela que constitui a causa do dano, donde, sem negar a importância da condicionalidade sem a qual (veja-se *infra* o contributo de HONORE a propósito da dilucidação do sentido do *NESS-test*), acabam por reconhecer que ela é substancialmente diferente da causa, vista (cf. p. 29) como algo que interfere no curso dos acontecimentos.

¹⁰⁰ Cf. W. V. HORTON ROGERS, “Causation under English Law”, *Unification of Tort Law: causation*, J. SPIER (ed.), *Principles of European Tort Law*, vol. 4, European Centre of Tort and Insurance Law, Kluwer Law International, London, Boston, 2000, p.39 e ss.; MARGARET R. BRAZIER (ed.), *Clerk and Lindsell on torts*, 17th edition, Sweet & Maxwell, 1995, p. 51.

¹⁰¹ No fundo, e numa outra perspectiva, o problema passa pela prova do dano, que necessariamente se terá de ligar ao lesado, sob pena de a sua reparação ou compensação ter de ser suportada pela esfera jurídica da vítima. Por isso, torna-se mister chamar à colação a ideia anglo-saxónica do *actual damage*, por oposição ao *real damage*, sendo certo que determinados *torts* se devem considerar *actinable per se*. Ou seja, assentando o modelo ressarcitório inglês na tipificação dos delitos civilmente relevantes – os *torts* –, a verificação da factualidade individualizada pela *actio* garante o direito ao ressarcimento dos danos, que, não obstante, devem ser provados em concreto. Há determinados casos, porém, em que os mesmos se presumem, dispensando-se o ónus *probandi*. Estaria, assim, *a priori* resolvido o problema da causalidade. Cf., porém, W.V.H. ROGERS, *Winfield and Jolowicz ... cit.*, p. 209. Considera o autor que o nexo de causalidade se afigura imprescindível, ainda que no domínio dos *torts actionable per se*, relativamente aos quais não é necessário fazer a prova dos chamados *actual damages*, porquanto, não se cumprindo o ónus, o demandante não vai conseguir obter uma indemnização superior aos *nominal damages*.

Para uma distinção entre destes últimos e os *substantial damages*, cf. BASIL MARKESINIS, ANGUS JOHNSTON e SIMON DEAKIN, *Markesinis and Deakin's Tort Law*, 5th edition, Clarendon Press, Oxford, 2003, p. 784. Veja-se, ainda, para outras considerações acerca dos *nominal damages*, W.V. HORTON ROGERS, *Winfield and Jolowicz... cit.*, p. 749 e ss.

¹⁰² Cf. JOHN DOYLE, “Causation in the Context of Medical Practitioners. Liability for negligent advice”, *Causation in Law and Medicine*, edited by IAN FRECKELTON e DANUTA MENDELSON, Ahsgate, Dartmouth, 2002, p. 386/7, mostrando que o *but-for test* não satisfaz nos casos em que um evento superveniente vem interromper o nexo causal.

Por isso se cumula o *but-for test*, análogo ao modelo da equivalência das condições ou da *conditio sine qua non*^{103 104}, com critérios delimitadores que proscurem do âmbito de tutela os prejuízos considerados *too remote*. A eleição da causa legal – e já não factual – do dano, cumprindo uma função diversa da do estabelecimento da responsabilidade, implica, então, a adopção de um critério que permita, de entre as múltiplas causas daquele, erigir a que conduza à procedência da pretensão indemnizatória.

E aqui, tal como tínhamos constatado num dos sistemas de *Civil Law* a que fizemos referência, a unanimidade não é pedra de toque. A propósito da definição da causa legal, bipartem-se as vozes entre aquelas que continuam a fazer apelo a uma linguagem causal e os que advogam que a atenção se detenha no *protective purpose of the violated rule*.

Em qualquer dos casos, assiste-se, não raro, à impregnação do discurso por *policy considerations*^{105 106 107}.

¹⁰³ O *but-for test* não configura exactamente uma teoria acerca da causalidade, mas um teste a que o comportamento do lesante é submetido para determinar se o mesmo foi ou não causa sem a qual o dano não se teria produzido. Note-se que, se o mesmo é, na maioria das vezes, utilizado para excluir a responsabilidade do demandado, pode igualmente ser útil para positivamente a prescrever – cf. MARGARET R. BRAZIER (ed.), *Clerk and Lindsell...cit.*, p. 46. Ilustra-se, aí, a ideia com apelo ao caso *Smith vs. Leech Brain & Co. Ltd.* Não tendo sido providenciado material adequado de protecção para a face de um trabalhador, ele queima-se na cara, activando-se uma pré-maligna condição que acaba por se desenvolver para uma forma fatal de cancro. Concluiu-se que se não fosse (*but-for*) aquela condição o cancro não teria surgido.

Sobre o correcto entendimento do *but-for test*, cf. TONY WEIR, *Tort Law... cit.*, p. 67-68. O autor considera ser um erro perguntar “qual foi a causa do dano? O réu causou o dano? A violação do dever foi causa do dano?”, sugerindo a sua substituição por outra: “a violação do dever contribui para a ocorrência do dano?”. Segundo o seu testemunho, em causa está a percepção realista de que um evento não conhece jamais uma única causa e que o nosso desiderato é a procura da que juridicamente avulte como principal. Acerca do *but-for test*, cf. STATHIS BANAKAS, « Causalité juridique et imputation ... cit. », referindo-se ao caso *Barnett vs. Chelsea and Kensington Hospital*: diversos sujeitos foram envenenados com arsénico. Dirigiram-se, então, às urgências do hospital de Chelsea, com sintomas muito graves. Independentemente de ter havido negligência dos médicos (que não examinaram as vítimas, pensando tratar-se de uma indigestão), eles não foram considerados responsáveis pela morte (que ocorreu durante a noite). Entendeu-se que o arsénico já estava de tal maneira espalhado pelo corpo que, mesmo que tivessem actuado, o resultado não se alteraria. Ou seja, considerou-se não cumprido o *but-for test*.

¹⁰⁴ Cf., porém, FLORENCE G’SSELL-MACREZ, *Recherches... cit.*, p. 161/162, mostrando a subtil divergência entre a *conditio sine qua non* e o *but-for test*. No fundo, ela passaria pela consciência de que o método da eliminação pode não se exclusivo, podendo substituir-se a questão “o efeito ter-se-ia produzido na ausência de tal elemento?” por aquela outra “o respeito pelo direito teria permitido evitar o dano?”, o que, tal como é reconhecido pela autora, não deixa de ser uma diferença aparente, uma vez que o raciocínio contrafactual levará sempre a substituir o facto ilícito pelo facto lícito.

¹⁰⁵ Um ponto urge sublinhar. A estrutura valorativa no seio da qual emergem as considerações de oportunidade abre o flanco à contaminação do discurso com todo o tipo de racionalidades. Na verdade, não estando em causa um problema de imputação do dano, mas tão-só de limitação da responsabilidade, o jurista deixa de estar preso a uma intencionalidade normativa que – com a sua carga ética e axiológica – orienta o decidente na judicativa tarefa que é confiada. Percebe-se, por isso, que seja no quadro da *Common Law* que colham mais adeptos as teorias funcionalistas.

Sem que isto nos conduza, necessariamente, a tomar a parte pelo todo e a, por antonomásia, identificar o sistema inglês com a análise económica do direito, que, aliás, e em rigor, domina preferencialmente o espectro do ordenamento norte-americano.

¹⁰⁶ Para uma síntese dos vários princípios que podem ser mobilizados ao nível da questão da *remoteness of damage*, cf. MARGARET R. BRAZIER (ed.), *Clerk and Lindsell...cit.*, p. 52. Note-se que é aí sublinhado que a extensão dos danos a indemnizar é variável consoante o *tort* que comete.

Entre esses princípios, salientam-se alguns. Desde logo, o peso conferido aos ilícitos intencionais. Considera-se que se houve intenção da parte do lesante, os danos nunca podem ser tidos como *too remote*. São equiparados àqueles os danos aceites pelo agente que, não os querendo verdadeiramente, se conforma com a sua produção em face do querido ou revela uma atitude de total indiferença. No fundo, estaria em causa algo similar ao dolo necessário e ao dolo eventual de que fala a doutrina continental.

Tratando-se de condutas negligentes, a complexidade crescente da questão leva os tribunais ao dissenso, oscilando as respostas entre o critério do dano directo, ainda que não previsível, e o critério da previsibilidade (Em Inglaterra, o princípio da previsibilidade terá sido enunciado em 1850, no caso *Rigby v. Hewitt*, e em 1861 no caso *Lynch v. Knight*, tendo sido acolhido o critério do dano directo em 1920 no caso *Weld-Blundell v. Stephens*. O regresso à ideia de previsibilidade dar-se-ia em 1961 com o aresto *Wagon Mound n.º1*, isto depois de no precedente *Re Polemis*, em 1921, se ter estabelecido o critério donexo directo. Para mais desenvolvimentos, cf. FLORENCE G'SELL-MACREZ, *Recherches... cit.*, p. 208 e ss. Veja-se, ainda, MANUEL CORTES ROSA, “A delimitação do prejuízo indemnizável...”, ... cit., p. 362, apontando as linhas evolutivas no direito inglês da causalidade: a) “doutrina da previsão do homem razoável, formulada em 1850, nos termos da qual o prejuízo será ressarcível consoante a probabilidade de ser ocasionado pelo acto ilícito estivesse ou não dentro das possibilidades de previsão do comum dos homens”); b) a doutrina da causa directa, tornada célebre pelo precedente *Re Polemis*, cuja amplitude inicial seria cerceada com a jurisprudência fixada no caso *Liesbosch*; c) “doutrina firmada pelo caso *Bourhill V. Young*, segundo a qual existe um problema anterior ao da *remoteness of damage*, sem o que se suprimia a autonomia lógica da problemática desencadeada pelo nexode causalidade”. Na verdade, passa a considerar-se que o problema do número de pessoas a quem pode ser devida a indemnização é prévio à delimitação do prejuízo, retirando-se assim importância prática ao problema da causalidade. Cf. p. 341: um motociclista ultrapassa imprudentemente um autocarro e choca com um automóvel vindo em sentido contrário. Do acidente sobreveio a morte instantânea do motociclista. Uma mulher grávida que, nessa ocasião, descia do autocarro, vendo o sangue, sofreu uma forte comoção, de tal modo que um mês depois deu à luz um nado-morto. A Câmara dos Lordes coloca duas questões: 1. Tinha o motociclista um dever de prudência face à lesada que, no momento do acidente, se encontrava atrás do autocarro e à distância de 15 metros do local do sinistro; 2. Em caso afirmativo, seria o choque nervoso sofrido pela autora uma consequência do acto negligente do motociclista? A resposta à primeira questão foi negativa. “Existe uma zona de perigo eventual, que delimita o número de pessoas perante as quais o motociclista assumia um dever de diligência. Ele tinha esse dever perante todas aquelas pessoas que se encontrassem colocadas de tal forma que fosse de presumir serem atingidas por um acto imprudente durante a condução. A lesada estava fora dessa zona”.)

Posteriormente, há que ter em conta, ainda, a possível quebra do nexode causalidade, pela intervenção de um evento superveniente tido como causa do dano (cf. p. 54 e ss.).

Precisando o que ficou dito, a propósito do cotejo entre o modelo da *Common Law* e aqueloutro da *Civil Law*, num momento em que este último foi apenas parcialmente focado, algumas notas mais.

A orientação jurisprudencial a que demos voz não se mostra totalmente discrepante dos ensinamentos continentais. Há claramente um quadro conceptual diverso que nem sempre arrasta consigo uma materialidade diferente. Encontram-se, contudo, diferenças, quer no sentido de uma maior naturalização da categoria, quer no sentido de um maior casuísmo, fruto das especificidades de um sistema assente em precedentes. Tal permite uma adequação às idiosincrasias do caso concreto, tanto mais que os princípios mobilizáveis ficam dependentes do tipo de ilícito perpetrado. Pode, ainda, potenciar, tal como explicitámos, a impregnação do juízo decisório por ponderações de tipo não normativo, a despeito do que seria expectável num discurso juridicamente cunhado. Sublinhe-se, contudo, que não é mister que tal ocorra, não sendo correcta a identificação entre o tratamento que a causalidade recebe na *Common Law* e uma perspectiva tecnocrática de abordagem do fenómeno.

A propósito do dano do choque nervoso, cf., ainda, MARTIN EBERS, “Austrian Case note on Hoge Raad, Judgmente of 22 February 2002 – On compensation for psychiatric injury and emotional distress suffered by close relatives”, *European Review of Private Law*, 3/2003, p. 460-465; ANDRÉ JANSSEN, “German Case note on Hoge Raad, Judgmente of 22 February 2002 – On compensation for psychiatric injury and emotional distress suffered by close relatives”, *European Review of Private Law*, 3/2003, p. 433-441; GAËLLE MEILHAC-REDON, « French Case note on Hoge Raad, Judgmente of 22 February 2002 – On

Note-se que, não obstante a centralidade que a doutrina da *conditio sine qua non* alcança num primeiro momento judicativo, ela conduz, muitas vezes, o decidente a dúvidas e incertezas, e mostra-se, outras tantas, incapaz de solucionar casos complexos, patenteados, v.g., pelas situações omissivas, pela responsabilidade dos comitentes ou pelas hipóteses de causalidade alternativa, causalidade múltipla, causalidade sucessiva^{108 109}.

compensation for psychiatric injury and emotional distress suffered by close relatives”, *European Review of Private Law*, 3/2003, p. 441-448; KATARZYNA MICHALOWSKA, “Polish Case note on Hoge Raad, Judgmente of 22 February 2002 – On compensation for psychiatric injury and emotional distress suffered by close relatives”, *European Review of Private Law*, 3/2003, p. 472-476; BARBARA PASA, “Italian Case note on Hoge Raad, Judgmente of 22 February 2002 – On compensation for psychiatric injury and emotional distress suffered by close relatives”, *European Review of Private Law*, 3/2003, p. 448-460; Arianna PRETTO, “English Case note on Hoge Raad, Judgmente of 22 February 2002 – On compensation for psychiatric injury and emotional distress suffered by close relatives”, *European Review of Private Law*, 3/2003, p. 425-432; HORST ZINNEN, “Belgian Case note on Hoge Raad, Judgmente of 22 February 2002 – On compensation for psychiatric injury and emotional distress suffered by close relatives”, *European Review of Private Law*, 3/2003, p. 412-424.

¹⁰⁷ Veja-se, ainda, quanto ao ponto, JANE STAPLETON, “Legal cause...”, ... cit., p. 949, nota 21, p. 950-951. Considera a autora que nem sempre é fácil, no Reino Unido e na Austrália, determinar qual o horizonte dogmático de enquadramento das questões. Na verdade, segundo testemunha, muitos dos elementos ponderados são próprios quer da *causation in fact*, quer da *legal cause*. Exemplo paradigmático parece ser o da intervenção anómala que se interpõe entre a conduta do lesante e o resultado produzido, pois que pode ser, a um tempo, vista como fundamento para a quebra do nexo de causalidade, que assim nem se chega a estabelecer, ou como critério de qualificação do dano como *too remote*. Numa tentativa de redução da complexidade que envolve a abordagem do problema da procedência de uma pretensão indemnizatória, JANE STAPLETON fala de três níveis analíticos. Assim, questionada que fosse a incidência do *duty of care*, desvelado o carácter *tortious* da conduta, haveria que enfrentar o tema da *legal cause*. Foi a conduta parte da história do resultado lesivo? E caso tenha sido, encontra-se ele entre o *scope of liability for consequences*, tendo em conta a norma relevante face às circunstâncias do caso?

Mais se diga que a jurista, considerando que a questão da pertença do resultado ao âmbito da responsabilidade por consequências apresenta uma índole absolutamente normativa, sustenta que a resposta que se pretende obter só será logradamente alcançada se mobilizarmos uma série de regras e princípios que sistematiza. Cf. p. 1006 e ss., com indicação de alguns desses referentes valorativos (previsibilidade, desproporção entre a falha cometida e o dano sofrido, relação entre o lesado e o lesante ou entre o lesante e um terceiro que se envolva na situação material de base, a existência de coincidências temporais e espaciais; o grau de culpa; os custos sociais; a dignidade e integridade do sistema legal; saber se a indemnização encoraja ou não comportamentos fraudulentos; preocupação com a liberdade de acção do lesante e do lesado; saber se se procurava ou não obter um determinado lucro comercial com a actividade; tipo de lesão concretamente em causa; avaliação do risco envolvido). Mais importante do que elencar estes elementos parece-nos ser, neste ensejo, a advertência para o facto de STAPLETON considerar que eles não podem ser correctamente descritos como *policy factors*. No mesmo sentido, v. p. 984, onde, a montante, aduz que a *right language* seria mais conveniente para o tratamento destes tópicos.

¹⁰⁸ É, por isso, paradoxalmente curioso constatar a existência de ordenamentos jurídicos que erigem a teoria da equivalência das condições em critério exclusivo da causalidade. Assim na Bélgica. Cf. HERMAN COUSY AND ANJA VANDERSPIKKEN, “Causation under Belgian Law”, *Unification of Tort Law: causation*, J. SPIER (ed.), *Principles of European Tort Law*, vol. 4, European Centre of Tort and Insurance Law, Kluwer Law International, London, Boston, 2000, p. 23 e ss. e INGE GEERS, “Alternative liability under Belgian Law: unknown and thus unloved”, *European Review of Private Law*, nº4, p. 442 e ss.

Referem os primeiros autores citados que a *Cour de Cassation* considerou que, na determinação do nexo causal, devem ser apreciados em concerto a *faute* e o dano, ou seja, como ocorreram efectivamente. Procurando com esta *nuance* introduzir uma restrição à imputação de responsabilidade, o método seguido resvala, segundo a consideração do autor, num alargamento da mesma: quanto maior atenção for dada às circunstâncias concretas de surgimento do dano, maiores as hipóteses de aquele particular dano ter sido

Ademais, a cisão claramente operada entre os dois momentos de fixação da concatenação causal a que se alia o apego a uma visão naturalista do fenómeno podem conduzir a resultados insatisfatórios. Paradigmático disso parece ser o caso que opôs *Wilsher a Essex Area Health Authority*¹¹⁰. Um bebé prematuro terá recebido uma dose

devido ao comportamento do eventual lesante (*op. cit.*, p. 24). Por isso, acaba por se operar a necessária limitação por outra via, sem que, contudo, se consigam definir critérios exactos na matéria.

Sobre o modo como os tribunais belgas lidam com o problema da causalidade, cf. A. M. HONORÉ, “Causation and remoteness of damage”, ... *cit.*, p. 36-37.

Importa salientar, a este propósito, uma nota de não pequena importância. Na verdade, pese embora a Bélgica figure como caso único de resolução do problema da causalidade com base na doutrina da *conditio sine qua non*, outros ordenamentos jurídicos há em que se estabelece a identidade entre a causalidade e a condicionalidade. Nesse sentido, veja-se o caso austríaco e, para outras considerações, o comentário aos *Principles of European Tort Law* (PETL) do EUROPEAN GROUP ON TORT LAW, p. 43, art. 3:101 (*comments*). Segundo o preceito, é causa toda a actividade ou conduta na ausência da qual o dano não teria surgido. Veja-se, a este propósito, WESTER-OUISSE, “Définition de la causalité dans les projets européens sur le droit de la responsabilité”, ... *cit.*, p. 6, considerando que, no articulado em análise, a *conditio sine qua non* dá, em muitas situações, lugar à probabilidade, sendo consideradas pertinentes todas as causas que, de maneira provável, causaram ou contribuíram para causar o dano. No fundo, haveria uma aproximação à doutrina da causalidade adequada em casos como aqueles em que a) há múltiplas causas que isoladamente terão causado o dano; b) há múltiplas causas que, em conjunto, causaram o dano; c) há múltiplas putativas causas, não se sabendo qual delas causou efectivamente o dano; d) há muitas vítimas de uma actividade, a ser tratadas igualmente em termos de causa provável; e) há a contribuição causal da vítima.

¹⁰⁹ Cf. MARGARET R. BRAZIER (ed.), *Clerk and Lindsell...cit.*, p. 42. Referem-se aí dois grupos de casos especialmente problemáticos no que toca ao estabelecimento da causalidade: casos de negligência médica, pela complexidade em acompanhar a etiologia da doença; casos que entre nós se reconduziriam ao concurso de culpa do lesado.

Note-se, porém, que, para além destes casos, muitas são as situações em que se denotam especiais dificuldades de determinação da condicionalidade *sine qua non* pela existência de mais do que um factor potencialmente gerador do dano. Sobre o ponto, veja-se *infra* maiores desenvolvimentos.

¹¹⁰ Cf. MARGARET R. BRAZIER (ed.), *Clerk and Lindsell...cit.*, p. 42, onde colhemos a referência ao precedente jurisdicional em causa. Veja-se, também, PETER BARRIE, *Personal Injury. Liability*, ...*cit.*, p. 129.

A propósito dos problemas que envolvem a descoberta da causa suficiente no círculo de condições individualizadas pelo *but-for test*, cf., ainda, outro dos exemplos apontados pelo último autor citado: *Caso Bonnington Castings v. Wardlaw* [1956] AC 613 (p. 128): “o demandante contraiu uma doença. Durante oito anos num determinado emprego, ele esteve exposto a uma substância que continha determinados produtos que aumentavam a propensão para o desenvolvimento da patologia. Parte da exposição resultou da violação de um dever legal, enquanto outra parte não envolveu qualquer violação por parte da entidade empregadora. A doença decorre da conjugação dos dois factores e a questão passa por saber em que medida o demandante poderia provar que a exposição que correspondeu à violação do dever em causa contribuiu ou não para a doença. Considerando que essa exposição não era negligenciável, apesar de a outra ter ocorrido em maior proporção, a causalidade é aqui afirmada. Trata-se, no fundo, de uma questão colimada naquilo que doutrinariamente é baptizado por causalidade cumulativa. Relacionado com este aspecto, cf., ainda, p. 130-131, onde o autor fala do *apportionment of causation*, considerando que os tribunais têm entendido que os agentes que actuem simultânea ou sucessivamente são responsáveis na proporção da sua participação na exposição da vítima ao perigo. Veja-se, a este propósito, *Barker vs. Corsus*, referido por STATHIS BANAKAS, « Causalité juridique et imputation... *cit.*, considerando que o precedente consagra uma responsabilidade proporcional à duração do emprego, não indo, portanto, tão longe como o precedente *Fairchild v. Glenhaven Funeral Services*, que se baseia numa causalidade factual colectiva.

De PETER BARRIE, cf. p. 131-132, com indicações acerca do caso *Fairchild v. Glenhaven Funeral Services* [2000] UKHL 22; [2003] 1 AC 32 (o autor atesta que a *House of Lords* tem entendido, em casos de surgimento de doenças cancerígenas que resultem da exposição ilícita a uma fonte de perigo que tem mais do que um autor, que a simples prova da exposição ao perigo, aumentando o risco de contrair a doença, é suficiente para estabelecer a causalidade material).

excessiva de oxigénio, devido à negligência dos médicos que o tratavam, na sequência da qual ficou praticamente cego. Sendo certo que o excesso de oxigénio pode provocar aquele resultado, não ficou provado se tal se deveu, de facto, ao comportamento negligente do médico ou a outros factores que causalmente podem ter contribuído para o sucedido. Não se apurou, nessa medida, se a actuação do médico teria sido ou não condição sem a qual o dano jamais teria ocorrido¹¹¹.

Sobre o precedente *Bonnington Castings v. Wardlaw*, veja-se, igualmente, TONY WEIR, *Tort Law...* cit., p. 68 e ss. Esclarece o autor que, de acordo com o *but-for test*, não haveria responsabilidade, embora se deva considerar que o *guilty air* contribuiu provavelmente e de forma não irrelevante para a ocorrência da doença. A posição, alicerçada numa ideia de contribuição, não colheu unanimidade, considerando-se hoje que ela só deve ser aplicada quando o dano seja divisível. Na determinação da divisibilidade ou indivisibilidade dele pesam aspectos temporais, quais sejam os enunciados a p. 70. Sublinha TONY WEIR que a regra seguida é aquela segundo a qual, havendo causas concorrentes no tempo, a lesão avulta indivisível, sendo divisível se as causas surgirem de forma temporalmente sequencial. Não é, porém, com o beneplácito do autor que o critério surge firmado. Pelo contrário, mostra-se aquele crítico da imputação, evidenciando que o que se está a dividir não é o dano, redundando ele numa mera distinção de causas e contributos para a emergência do dano. Mais questiona (cf. p. 73) se será a contribuição suficiente e, em caso afirmativo, se não se deveriam ter em conta outros elementos ou factores como a própria predisposição do sujeito para a ocorrência dano e bem assim o seu comportamento posterior. Também este tópico será objecto de um tratamento aprofundado *infra*.

A este propósito, cf., também, *McGhee v. National Coal Board*, referido por STATHIS BANAKAS, « Causalité juridique et imputation ... », ... cit.: o lesado contraiu uma dermatite em virtude da exposição a um produto no seu local de trabalho, sem ter a possibilidade de se lavar. Não é possível provar que a omissão fosse causa da doença. Mas a *House of Lords* aceitou que o não fornecimento dos meios para o trabalhador se lavar aumentou materialmente o risco de contrair dermatite, inferindo-se daí a causalidade suficiente para afirmar a responsabilidade. Em causa está, portanto, conforme esclarece o autor, a possibilidade de uma condenação quando há um aumento material do risco, questionando-se se estaremos diante de uma presunção de causalidade ou perante uma alteração das regras da causalidade de facto.

¹¹¹ Percebe-se, por este caso, a importância prática da adesão a uma resolução do problema da causalidade de acordo com um simples juízo de adequação ou segundo um critério assente na bipartição de dois níveis de sindicância. É que, verdadeiramente, o comportamento negligente do médico é adequado a produzir um dano daquele tipo pelo que, se a responsabilidade não fosse travada, *a priori*, pela falência do *but-for test*, a solução seria outra.

Refira-se, igualmente, que mesmo que se admita a invocação posterior do chamado comportamento lícito alternativo há uma diferença de não pequena monta que importa sublinhar, já que dessa feita era o ónus da prova que estaria a ser invertido com todas as consequências práticas daí advenientes.

Saliente-se, também, que a jurisprudência da *Common Law* recorre em muitos casos a juízos probabilísticos, com base nos quais firma a sua posição. A doutrina processual determina que o demandado deve ser responsabilizado se a probabilidade de ter causado o dano for superior a 50%. Cf. SALVADOR CODERCH, “Causalidad y responsabilidad”... cit., p. 3. Trata-se da *Preponderance Evidence Rule*, a dar lugar à responsabilidade proporcional sempre que haja uma sinergia de forças que só conjuntamente dão lugar à produção do resultado lesivo, sem que se consiga dilucidar quem foi, de facto, o causador do dano. Posteriormente, teceremos outras considerações acerca desse posicionamento.

Por último, e neste cotejo, refira-se que o que ficou dito não chega para depor em sentido favorável da causalidade adequada. Por diversos motivos. Primeiro porque, consoante o referencial cognitivo a ter em conta, pode-se chegar a resultados próximos da causalidade real. Segundo porque, de facto, ela não permite, por si só, resolver problemas como este em que haja uma predisposição natural da vítima para sofrer aquele dano. Terceiro porque, em rigor, a consideração da previsibilidade ao nível da negligência cumpre, em certa, medida o desiderato prosseguido por uma ideia de probabilidade.

Saliente-se, ainda, que neste quadro se procura mais determinar a causa efectiva da ocorrência do dano do que a causa *sine qua non*¹¹².

Só isso é bastante para distinguir o enfoque inglês dado à causalidade da intencionalidade comunicada por sistemas que, não obstante a importância dispensada a uma noção factual da mesma, se quedam pela delimitação do círculo de possíveis causas dentro da qual, posteriormente, hão-de seleccionar a determinante. Chamamos, incidentalmente, à colação algo que detidamente desenvolveremos à frente. É que, em rigor, no ordenamento jurídico português, parte-se, em muitas decisões, da ideia de *conditio sine qua non* para verdadeiramente se resolver o problema com base na *adequação* e, portanto, num juízo unitário de prognose póstuma.

Assim também em Itália. Ainda que haja uma certa unanimidade, apenas destruída por vozes isoladas¹¹³, no que tange à existência de dois patamares de aferição da causalidade e ainda que em algumas decisões se conceba o momento factual de acordo com a doutrina da *conditio sine qua non*¹¹⁴, assiste-se, noutras, à aplicação da doutrina da causalidade adequada, segundo um juízo *ex ante*^{115 116 117}.

¹¹² Cf. MARGARET R. BRAZIER (ed.), *Clerk and Lindsell...cit.*, p. 45. Nessa medida a causalidade seria aferida *ex post*. Cf., sobre a noção, SALVADOR CODERCH, “Causalidad y responsabilidad”, ... cit., p. 4, embora com uma coloração específica.

Cf., sobre a distinção entre a *conditio sine qua non*, doutrina da consequência necessária e a doutrina da condição eficiente, segundo a formulação de HONORÉ, A. M. HONORÉ, “Causation and remoteness of damage”, ...cit., p. 33 e ss.

¹¹³ Cf. G. VALCAVI, “Intorno al rapporto di causalità nel torto civile”, ... cit., p. 481 a 494, aqui 487. Cf., ainda, “On juridical causation in civil liability due to non-performance and unlawful conduct”, *Rivista di Diritto Civile*, 2001, p. 409 e ss. (disponível em http://www.fondazionegiovannivalcavi.it/english/writings-on-civil-law/2_On-juridical-causation-in-Civil-Liability.pdf). Para VALCAVI, a causalidade jurídica co-existe com a causalidade material (Mais especificamente e continuando a acompanhar o pensador, explica VALCAVI que o antecedente causal é constituído pelo facto que integra a conduta e o evento natural, se ele existir [algo que não ocorre no campo das omissões]. O efeito jurídico é o dano. No interior do facto, encontramos a causalidade material entre a conduta e o evento natural e, no exterior, somos confrontados com a causalidade jurídica que se situa entre o facto e o dano), pelo que não releva a distinção entre um nexos estabelecido entre a conduta e o evento natural e outro entre o evento natural e o dano. Em determinadas situações, nem sequer chega a existir a causalidade material (como é o caso das omissões). Acresce que a causalidade juridicamente relevante implica um modelo forjado pelo legislador a propósito da sucessão de fenómenos, no contexto do caso descrito e da sua frequência ideal. Ou seja, como sublinha, o evento não é o natural (que pode não ter existido), mas o jurídico (o dano), pelo que a causalidade natural tende a coincidir com a causalidade jurídica. Esta é baseada na normalidade, e é de tipo probabilístico, consentindo excepções, ao contrário da causalidade natural. Confrontando a sua argumentação com as doutrinas tradicionalmente predispostas para lidar com a questão causal, VALCAVI adianta que a *conditio sine qua non* é aplicável à causalidade material, mas, como expressão do método científico, haveria de levar à multiplicação do número de factores causais. Já a causalidade adequada, baseada em regras de probabilidade e previsibilidade, corresponderia melhor à causalidade jurídica, embora não esteja imune a críticas. Para muitos, a decisão probabilística seria bastante no campo da causalidade material. Chega-se, segundo testemunho de VALCAVI, ao ponto de aceitar a *probable probability*, degradando-se a probabilidade em mera possibilidade.

¹¹⁴ Cf., a propósito da doutrina *condition sine qua non*, a sentença do Tribunal de Perugia de 8 de Junho de 1991, nos termos da qual A, ao provocar um acidente de viação, é responsável pelo dano da morte de

B que, tendo de ser operado na sequência daquele, contrai hepatite C, através de uma transfusão de sangue a que foi submetido, publicada *Foro Italiano*, Rep. 1992, nº160 e *Responsabilità Civile e Previdenza*, 1993, 3-4, p. 636.

A mesma é objecto de ferozes críticas por parte da doutrina. Cf., nesse sentido, MONATERI, *La responsabilità civile. Trattato di diritto civile* (R. Sacco), Torino, 1998, p. 176; UMBERTO IZZO, “Storie di stra ordinária causalità: ...cit., p. 49-50; GENNARO GIANNINI, “Sinistro stradale, responsabilità professionale del medico e nesso causale”, *Responsabilità Civile e Previdenza*, 1993, 3-4, p. 636.

¹¹⁵ Cf. D. BUSNELLI e GIOVANNI COMANDE, “Causation under Italian Law”, *Unification of Tort Law: causation*, J. SPIER (ed.), *Principles of European Tort Law*, vol. 4, European Centre of Tort and Insurance Law, Kluwer Law International, London, Boston, 2000, p. 80.

Note-se que, segundo o relatório citado, nenhuma das teorias é aplicada na sua pura forma. Na maioria dos casos, há uma mobilização conjunta de ambas, considerando-se que tudo sem o que não teria existido o resultado deve ser visto como uma causa suficiente da mesma, e corrigindo-se posteriormente a solução pela exclusão da causalidade sempre que um desvio anormal do expectável processo causal ocorra posteriormente, interrompendo-o.

Problemas complexos surgem, assim sendo, sempre que em causa esteja uma causalidade concorrente ou múltipla e bem assim sempre que haja que determinar se o evento interferente pode ou não ser visto como uma consequência do ilícito originário.

Cf. GIOVANNA VISINTINI, *Trattato breve della responsabilità civile, Fatti illeciti. Inadempimento. Danno risarcibile*, CEDAM, 3ª ed., Padova, 2005, p. 507. O problema da causalidade é encarado, no ordenamento jurídico italiano, a propósito da delimitação do dano. Relativamente a este, e segundo o ensinamento da autora, há que efectuar duas operações. A primeira de individualização daquele, o que pressupõe já estar resolvida a questão da imputação da obrigação de indemnização a um responsável e a valoração da injustiça do dano; a segunda de quantificação do mesmo, que nem sempre acompanha a primeira. Onde, acaba por, a montante, interferir com a própria identificação do sujeito a quem há-de ser imputado o dano e completar a indagação da estrutura do facto ilícito (cf. p. 509).

Para um elenco das principais doutrinas da causalidade chamadas a depor em Itália, cf. RANIERO BORDON, “Causalità (nesso di)”, *Persona e danno*, www.personaedanno.it/cms/data/enciclopedia/008163.aspx, falando da doutrina da equivalência das causas com a variante da subsunção das leis da causalidade científica (tornada célebre por STELLA F.), da doutrina da causalidade adequada ou da regularidade causal (que o autor atribui a FRANZONI e a FORCHIELLI), da doutrina da causalidade humana ou do senhorio do homem sobre o facto (de autoria de ANTOLISEI), da doutrina da causa próxima, da prevalência ou da causalidade imediata (protagonizada por TRIMARCHI), da doutrina do escopo da norma, da doutrina do aumento do risco, da doutrina da causalidade fundada em critérios probabilísticos (cf., a este propósito, MARCO CAPECCHI, *Il nesso di causalità. Da elemento della fattispecie fatto illecito a criterio di limitazione del risarcimento del danno*, 2ª ed., Cedam, 2005) e da doutrina da causalidade funcional, que o próprio assume (note-se que o autor sustenta a ancoragem da causalidade em três princípios fundamentais: *conditio sine qua non* – um evento é causado por outro se, mantendo-se as outras condições, o primeiro não se verificaria na ausência do segundo; *causalidade eficiente*, de acordo com o artigo 41º Cpenal – que atribui o evento ao autor de uma conduta se esta torna irrelevantes as causas pré-existentes –; *causalidade adequada* – pela qual se excluem as consequências atípicas ou imprevisíveis. Ademais, defende que a relação abstracta e probabilística entre a conduta e o evento danoso deve ser reconstituída de acordo com o fim da norma violada – cf. RANIERO BORDON, “Una nuova causalità per la responsabilità civile”, *Persona e danno*, a cura di PAOLO CENDON, www.personaedanno.it/cms/data/articoli/009574/asp). A causalidade funcional a que faz apelo, como veremos, estrutura-se, de acordo com a sua concepção, em três princípios fundamentais: inversão do ónus da prova, regra da prevalência jurídica, interpretação teleológica da regra da alta probabilidade lógica. Para maiores desenvolvimentos, v. outras referências feitas à sistematização do autor, mormente na parte do desenvolvimento histórico do problema da causalidade. *Vide*, ainda, BORDON/ROSSI/TRAMONTANO, *La nuova responsabilità civile*, ... cit., p. 117 e ss.).

¹¹⁶ Havendo que, posteriormente, determinar qual é a causa legal do dano, o jurista decidente tem de colher o critério de orientação no artigo 1223º *Codice Civile*, nos termos do qual só são indemnizáveis os danos que se possam dizer directos e imediatos, interpretado pela maioria dos autores no sentido da introdução do critério da previsibilidade e inevitabilidade do dano no quadro da fixação dos limites da responsabilidade. Cf. GALGANO, *Diritto Privato*, 15ª edição, Cedam, Padova, 2010, p. 346; ID., *Trattato di diritto civile*, ... cit., p. 166 e ss. (em especial p. 170, considerando que não basta que um facto seja causa no plano naturalístico, devendo sê-lo também no plano jurídico, para o que se deveria introduzir uma regra de regularidade estatística no decurso causal, a fazer apelo a uma ideia de previsibilidade e inevitabilidade. Esta posição tradicional, contudo, tende a ser superada por uma concepção de causalidade

como consequencialidade racional – cf. p. 172); G. GORLA, “Sulla c.d. causalità giuridica: fatto dannoso e conseguenza”, ... cit., p. 450.

Sobre a interpretação do artigo 1223º, cf. GIOVANNA VISINTINI, *Trattato breve della responsabilità civile*, ... cit., p. 557 e ss.

Sentenças há, porém, que admitem a indemnização de danos indirectos – cf. Cass. 11 novembro 1986, nº6607, in *Giurisprudenza Italiana*, 1987, I, 1, p. 2044 (sobre ela, vejam-se ainda as anotações de GUIDO ALPA, in *Giust. Civ.* 1987, I, p. 572).

Vários são os problemas interpretativos suscitados a propósito do artigo 1223º Código Civil italiano. Previsto na secção referente à responsabilidade contratual, o mesmo é aplicável ao mundo delitual por expressa remissão do legislador. Contudo, a jurisprudência e a doutrina têm-no mobilizado em sentido diverso daquele que comumente é atribuído no primeiro nicho temático. Cf. VISINTINI, *Trattato breve...* cit., p. 560. Afirma-se, aí, que o preceito é, no cotejo com a intencionalidade predicativa da responsabilidade extracontratual, interpretado numa direcção completamente estranha à sua função original de critério de delimitação da ressarcibilidade das consequências danosas ligadas a uma única série causal danosa.

Particularmente interessante é também o debate que envolve a questão de saber se o artigo 1225º, onde se consagra a ideia de previsibilidade do dano, pode ou não ser aplicado à responsabilidade extracontratual, em face da omissão remissiva para o efeito. Cf. da autora p. 572.

Cf. UMBERTO IZZO, “Storie di stra ordinaria causalità: ...” cit, p. 49 a 78 (aqui 51, nota 6). Dando conta da maturação que a ideia de *adequação* obteve ao nível jurisprudencial em Itália, o autor ilustra a asserção com recuso à sentença de Cass. 20 dicembre 1986, nº7801 (publicado em *Foro Italiano*, 1986, nº68). Lê-se nela que para considerar uma conduta causa de um determinado evento, no sentido jurídico, é necessário “estabelecer um confronto entre as consequências que – segundo um juízo de probabilidade *ex ante* – era idónea a provocar e as consequências realmente verificadas, as quais, se não previsíveis e evitáveis, excluem a relação etiológica entre o comportamento humano e o evento, de maneira que, para a recondução do evento a um dado comportamento, não é suficiente que entre o antecedente e o dado consequente exista uma relação sequencial constante, ocorrendo ao invés que tal relação integre os extremos de uma sequência constante, segundo um cálculo de regularidade estatística, pela qual o evento surja como uma consequência normal do antecedente”. Trata-se, pois, da formulação jurisprudencial da regra da causalidade adequada, à luz da qual são entendidos os preceitos atinentes à previsibilidade e evitabilidade do dano.

Cf. GIOVANNI VALCAVI, “Intorno al rapporto di causalità nel torto civile”, ...cit., p. 481 a 493. O autor mostra a confluência das duas doutrinas em matéria de causalidade, ao nível da jurisprudência italiana, afirmando a aplicabilidade da doutrina da *conditio sine qua non*, para os danos directos e imediatos, e da causalidade adequada, para os danos indirectos e mediatos. Ou seja, dando conta das sentenças da Cass. Sez. Un. 27 giugno 1962, nº390 e Cass. 31 gennaio 1966, nº371, mostra o acolhimento que os danos indirectos recebem nos tribunais daquele ordenamento jurídico, que apenas parecem excluir do ressarcimento os que se mostrem excepcionais e anómalos. Note-se que o autor, operando o cotejo entre o âmago do problema na doutrina e jurisprudência civilística e a dogmática penal, realça a importância, já denotada no último caso, de recurso a um conceito normativo de causalidade.

Cf., ainda, do autor p. 488 e 489 onde, mostrando as clivagens entre o mundo civil e o domínio criminal, afirma a impertinência da teoria da *conditio sine qua non* no primeiro nicho dogmático. Ademais, o autor mostra como a causalidade adequada acaba por se mostrar permeável a críticas.

Cf., defendendo que o carácter directo e imediato do dano deve ser interpretado no sentido da consagração no ordenamento jurídico italiano da doutrina da causalidade adequada, DE CUPIS, *Il danno – Teoria generale della responsabilità civile*, 3ª edição, 1979, p. 117 e 155.

Veja-se, ainda, FRANCESCO BUSNELLI, “Italien”, V, in CHRISTIAN VON BAR (hrsg), *Deliktrecht in Europa, Landesberichte: Dänemark, England, Frankreich, Griechenland, Italien, Jugoslawien, Niederlande, Norwegen, Österreich, Polen, Portugal, Schweden, Schweiz, Spanien, Türkei*, Carl Heymanns Verlag KG, Köln, Berlin, Bonn, München, 1994, p. 15 e GIUSEPPE FOLCHIERI, “Della causalità giuridica. Appunti critici sulle nozioni di causa e condizione”, *Studi Giuridici in onore di Vincenzo Simoncelli nel XXV anno del duo insegnamento*, Napoli, 1917, p. 25 e ss.

Cf., igualmente, G. ALPA, M. BESSONE, ZENO-ZENCOVICH, “I Fatti illeciti”, in PIETRO RESCIGNO, *Trattato di diritto privato*, 14, *Obligazioni e Contratti*, VI, 2ª edição, UTET, Torino, 1995, p. 34 e ss. e 63 e ss. O autor, considerando a necessidade de limitação dos danos a indemnizar, refere diversos critérios a partir dos quais o ordenamento jurídico opera tal desiderato. A par do nexos de causalidade, considera a previsibilidade do dano e o escopo da norma violada. Quanto ao último, diagnostica a dificuldade de transposição da *Normzwecktheorie* para o âmbito do ordenamento jurídico italiano e apresenta-o como

princípio da *relatividade aquiliana*. Considera, ainda, como critérios operantes da limitação por que se orienta o decidente a posição do agente (cf. p. 36 e ss.) e do lesado (cf. p. 39).

No que ao nexo de causalidade em sentido estrito respeita, cf., como referido, p. 63 e ss. Mais uma vez são-nos aí oferecidos os dados com que o jurista há-de jogar no seio do ordenamento jurídico italiano para lidar com a questão. Carácter imediato e directo do dano, fruto da aplicabilidade do artigo 1223° *Código Civile*, ao mundo delitual (cf. artigo 2056° do mesmo diploma), por um lado; previsibilidade dele, por outro, afigurando-se, ao contrário dos primeiros dados, problemática a bondade da mobilização da categoria no quadro extracontratual, dada a falta de referência do artigo 1225°, onde consta a previsão da mesma, pelo citado artigo 2056°, na sua índole remissiva.

Relevante, para efeitos de determinação do sentido e intencionalidade do critério “consequência directa e imediata”, é, segundo testemunho dos citados autores, a análise atenta do disposto a propósito do mesmo tema ao nível do código penal (artigos 40° e 41°. Exige o primeiro preceito que o facto danoso seja consequência de um determinado comportamento humano. Estabelece a segunda norma que “o concurso de causas preexistentes, simultâneas ou supervenientes, mesmo que independentes da acção ou omissão do responsável, não exclui o nexo de causalidade entre a acção ou omissão e o evento; e que as causas supervenientes excluem o nexo causal quando se mostrem suficientes a determinar o evento). Afirmam ALPA, BESSONE e ZENCOVICH que os artigos em questão recebem a doutrina da equivalência das condições, embora atenuada (cf. p. 65). Ulterior atenuação das soluções a que por ela somos conduzidos resulta, no campo delitual civil, da aplicação do princípio da *regolarità causale* (“in base al qual sono risarcibili oltre ai danni immediati e diretti quelli mediati e diretti che rientrano nella serie delle conseguenze normali ed ordinare dei fatti, secondo un giudizio di probabile accadimento rimesso all’ apprezzamento dell’ uomo di normale diligenza, in relazione alla concrete circostanze” – p. 66).

Para uma apurada compreensão do sentido do carácter directo e imediato do dano, cf. PAOLO FORCHIELLI, *Il rapporto di causalità nell’ illecito civile*, ... cit., p. 34 e ss. [O autor exclui um conteúdo perceptivo temporal para o conceito de *imediato* e exclui que o mesmo só queira indicar que o dano ressarcível é aquele que não é consequência de outros danos, mas se liga directamente à conduta ilícita. É que, neste sentido, seria imediata a destruição de um automóvel e seria mediato o lucro cessante daí derivado, e tais soluções prático-normativas mostram-se falhas de justificação. FORCHIELLI também evidencia a perplexidade a que pode conduzir a contraposição entre os danos directos e os danos indirectos (mostra designadamente as diferentes interpretações a que os conceitos estão sujeitos: dano indirecto é aquele que não consiste na lesão directa de um bem, sendo, neste caso, indirecto o lucro cessante; dano indirecto é aquele que seja consequência reflexa de um dano previamente produzido; dano indirecto é aquele sofrido por um sujeito que era garantido pela pessoa que sofre o dano directo). Numa interpretação de tipo histórico, o insigne jurista procura ir além da letra do artigo 1223° CC italiano para descobrir, apoiado nos cânones hermenêuticos tradicionais, a *ratio legis* da norma. Remontando ao direito romano e à distinção entre *id quod interest circa rem* e *id quod interest extra rem*, ao jusnaturalismo de POTHIER (e à sua ideia de que o ressarcimento de todo o dano mesmo que remoto fica dependente da existência de um nexo de causalidade necessária), à Pandectística alemã (e à solução de identificação do *quod circa rem consistiti* com o dano que é consequência certa e inevitável do facto ilícito), FORCHIELLI conclui que o pensamento de POTHIER representa o precedente histórico mais importante no sentido da interpretação do artigo 1223° CC.. Assim, o insigne jurista italiano que temos vindo a acompanhar abraça a ideia de causalidade necessária, ao mesmo tempo que alerta para a excessiva importância que doutrina e jurisprudência atribuem ao preceito citado]; DE CUPIS, *Il danno*... cit., p. 119 e ss.

Para maiores desenvolvimentos sobre o problema da causalidade em Itália, cf., ainda, *inter alia*, TRIMARCHI, *Causalità e danno*, ...cit.; REALMONTE, *Il problema del rapporto di causalità nel risarcimento del danno*, Giuffrè, Milano, 1967

Para uma análise do estado da jurisprudência naquele país, cf., novamente, G. ALPA, M. BESSONE, ZENO-ZENCOVICH, “I Fatti illeciti”,... cit., p. 69-70.

Tendo em conta alguns dos arrimos jurisprudenciais, cf., *inter alia*, *Cass., sez. un., 11.1.2008* [a propósito de um dano gerado por uma transfusão de sangue, consideram-se, em matéria causal, aplicáveis os princípios gerais que regulam a causalidade de facto, delineados nos artigos 40° e 41° CP, e temperados pela regularidade causal, na ausência de outra norma do ordenamento que estabeleça regras atinentes ao nexo etiológico configurável. Mais se refere que, no quadro da responsabilidade profissional do médico, o paciente lesado deve limitar-se a provar o contacto social e o agravamento de uma patologia ou o incumprimento do lesado, abstractamente idóneo a provocar o dano, competindo ao devedor demonstrar a falta de relevância do mesmo]; *Cass., sez. un., 10.7.02* [colocando-se o problema da responsabilidade do médico por omissão do diagnóstico, considera-se que o nexo de causalidade entre aquela omissão e o evento não pode entroncar unicamente num coeficiente de probabilidade estatística, devendo, antes, o juiz ter em conta todas as circunstâncias do caso concreto]; *Cass. Sez. III, civ., 16.10.2007*, com comentário de

Constitui isso um passo em frente em matéria de causalidade, por se mostrar a teoria da equivalência insustentável, já porque conduza a resultados estreitos, já porque

MAURO DI MARZIO (“Terramoto nella giurisprudenza sul nesso di causalità”, *Persona e danno*, a cura di Paolo Cendon, www.personaedanno.it/site/sez.browse1.php.camo1=&campo2=204d&browse_id=8360) [vem considerar que não se aplica ao direito civil a regra plasmada no acórdão Franzese, segundo o qual o nexo de causalidade existe quando haja um elevado grau de credibilidade racional, sendo, então, substituída por aquela da *più probabile che non*. Ou seja, o nexo de causalidade firma-se quando se possa estimar como provável em mais do que 51%. Com o que, segundo o autor citado, o requisito em debate vai parametrado ao risco e não ao dano. Para consultar o caso Franzese – Cass. Sez. un., 10.7.2002, veja-se *Foro italiano*, II, 601]; *Cass., sez. III, civ. 5.6.2007* [a partir de um dano provocado por uma intoxicação alimentar, coloca-se o problema de saber se o jurista se pode ou não contentar com a prova científica exacta do nexo de causalidade conducente ao resultado]; *Cass., sez. lav. Civ. 20.12.1986* [Afirma-se, aí, ser necessário estabelecer, segundo um juízo de probabilidade *ex ante*, se o acto era ou não idóneo a provocar as consequências sobrevindas. Não basta, porém, que entre o evento e o dano se estabeleça uma sequência, urgindo que ela seja constante, de acordo com uma ideia de regularidade estatística]; *Cass., sez. III civ., 24.2.1987* [debruçando-se sobre o concurso de causas e a causalidade eficiente, a *Cour della Cassazione* afirma que o princípio da equivalência das condições, previsto no artigo 41º CP, se encontra atenuado pelo princípio da causalidade eficiente, permitindo com isso a limitação da indemnização em caso de concurso de culpa do lesado, pelo limite em que o dano resulta referido à acção do autor do ilícito]; *Cass., sez. lav., 23.2.2000* [coloca-se o problema de saber se o suicídio da vítima interrompe ou não o nexo de causalidade no caso daquele ser portador de uma grave enfermidade psíquica, cujo quadro clínico comunica a não extraordinariedade e atipicidade do comportamento]; *Cass., sez. III civ., 8.8.2000* [distinguindo a causa da mera condição]; *Cass., sez. II civ., 12.10.2002* [afirmando a aplicação da disciplina penalista sobre o nexo causal]; *Cass. Civ., sez. III, 22.10.2003* [assumindo a doutrina da *conditio sine qua non* e aceitando, congruentemente, que todas elas têm igual valor causal, deve ser reconhecida eficácia causal se na concatenação dos acontecimentos se tiver determinado uma situação tal que o evento, sendo causado pela última condição, de outro modo se não teria verificado]; *Cass., sez. civ., 4.6.2001* [colocando um problema que se assume como exemplo de escola, questiona-se o nexo causal quando se lida com lesões geradas pelo acto médico que, na sequência de um acidente rodoviário, ocorre durante um internamento em estabelecimento hospitalar. Sobre o mesmo problema, cf., ainda, *Cass. Sez. III civ., 24.4.2001*, embora aí não se trate de um erro médico mas do contágio transfusional com o vírus da hepatite, e se vinque a ideia da causa próxima suficiente. Cf. *Danno e responsabilità*, 2002, nº1, p. 133]; *Cass. Sez. III, civ., 18.4.2005* [a propósito da omissão de um médico, aplica-se a doutrina da *conditio sine qua non* e da causalidade adequada, salientando-se, embora, que o critério probabilístico de que se lança mão não se colima em leis estatísticas e científicas, mas na livre valoração do juiz. Ainda a propósito da omissão negligente do médico, cf. *Tribunal Nola, 11.4.2005*, onde se assenta que a presunção de culpa não se confunde com a causalidade, só actuando depois de se ter firmado o nexo causal entre a conduta e o evento, pelo que os planos são distintos e inconfundíveis]; *Trib. Génova, 20.4.2006* [a propósito da perda de chances]; *Trib. Milano, 1.3.2002* [com comentário de ALESSANDRA SABATUCCI, “Esiste un nesso di causalità tra la morte di una lavoratrice e l’esposizione al fumo passivo”, *Danno e responsabilità*, 2002, nº4-5, p. 1125-1236]; *Cass., sez. Civ., 9.4.2003* [colocando o problema da causalidade relativamente à depressão de que um trabalhador padece e da eventual responsabilidade do empregador, com comentário de GIACOMO DE FAZIO, “Depressione e stress del lavoratore: la possibile responsabilità contrattuale del datore di lavoro”, *Danno e responsabilità*, 2003, nº4-5, p. 1074-1082]; *Cass., sez. un., 10.5.2002* [*Foro italiano*, I, 2002, p. 315, questionando a eventual responsabilidade do médico que não revela uma má formação do feto, prejudicando um pretensão direito ao aborto. Sobre a mesma matéria, cf. *Trib. Roma, 3.4.2005*, in *Danno e responsabilità*, 2006, nº11, onde se sustenta a inviabilidade da invocação de um direito ao não nascimento, e *Cass., sez. III Civ., 29.7.2004*, in *Danno e responsabilità*, 2004, nº6. Note-se que, não obstante a especificidade do tema, a distar da causalidade estritamente considerada, teremos, *infra*, oportunidade de sublinhar a conexão temática que aqui fica enunciada].

Veja-se, também, STELLA, “A proposito di talune sentenze civili in tema di causalità”, *Rivista Trimestriale di Diritto e Procedura Civile*, 2005, p. 1159 e ss., atestando a falta de univocidade na jurisprudência a propósito da causalidade.

¹¹⁷ Para um acompanhamento do tratamento jurisprudencial da doutrina da *conditio sine qua non*, cf. RANIERO BORDON, *Il nesso di causalità*, cit., p. 47 e ss

alargue demasiadamente a responsabilidade^{118 119}. Sem que, no entanto, a causalidade adequada, conforme ficou patenteadado, nos possa satisfazer plenamente. Os múltiplos

¹¹⁸ Expressivamente, SALVADOR CODERCH, “Causalidad y responsabilidad”, ... cit., p. 8 e FERNÁNDEZ CRENDE, “Imputación objetiva en un caso de responsabilidad civil ex delicto: criterio de la provocación. Comentario a la STS, 2ª, 26.9.2005”, *Indret, Revista para el Análisis del Derecho*, 313, 2006, p.4 referem que a causalidade natural ou de facto, apreciada segundo da teoria da equivalência das condições, responsabilizaria metade da humanidade pelo que acontece com a outra metade.

¹¹⁹ Curiosamente, em França, a doutrina da *conditio sine qua non* continua a marcar terreno. Sem que com isso se possa aferir da sua prestabilidade [A este propósito, cf., *inter alia*, PAOLO FORCHIELLI, *Il rapporto di causalità...* cit., p. 131, nota 7, afirmando que, em França, onde a doutrina da condicionalidade *sine qua non* conheceu um enorme êxito, tenta-se hoje mitigar a sua amplitude, seja através do princípio da causalidade adequada, seja através do princípio da causalidade eficiente.]. Na verdade, não só se estima que muitas decisões são proferidas com base numa intuição do justo (cf. PAUL ESMEIN, “Le nez de Cléopâtre ou les affres de la causalité”, *Recueil Dalloz*, 1964, chr. 36, p. 205; « Trois problèmes de responsabilité civile. Causalité – Concours des responsabilités. Conventions d’irresponsabilité », *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 1934, tome trente-troisième, p. 317 a 369), como a jurisprudência gaulesa presta homenagem à distinção entre danos directos e imediatos e danos indirectos e mediatos, limitando a procedência das pretensões indemnizatórias com base nesta dicotomia, expressamente prevista a propósito da responsabilidade contratual. Considera o autor citado que causalidade e culpa se ligam, sendo indirectos todos os danos que o devedor não tinha forma de prever no momento da conclusão do contrato. Veja-se, quanto ao ponto, o testemunho de CHRISTOPHE QUÉZEL-AMBRUNAZ, *Essai sur la causalité...* cit., p. 6, afirmando que os tribunais franceses manifestam uma certa indiferença em relação às doutrinas forjadas pelos autores a propósito da causalidade e evidenciando a dificuldade de sistematização jurisprudencial na matéria. V., igualmente, WESTER-OUISSE, “Définition de la causalité dans les projets européens sur le droit de la responsabilité”, ... cit., p. 1, apresentando uma série de teorias para definir a causalidade em França: causalidade adequada, equivalência das condições, causa próxima, *empreite continue du mal*.

Cf., também, PIERRE MARTEAU, *La notion de causalité dans la responsabilité civile*, Aix, Marseilles, 1913; SUZANNE GALAND-CARVAL, “Causation under French Law”, *Unification of Tort Law: causation*, J. SPIER (ed.), *Principles of European Tort Law*, vol. 4, European Centre of Tort and Insurance Law, Kluwer Law International, London, Boston, 2000, p. 54. Veja-se, ainda, GABRIEL MARTY, « La relation de cause à effet comme condition de la responsabilité civile », ... cit., p. 685 e ss.; FRANÇOIS-PAUL BENOIT, « Essai sur les conditions de la responsabilité en droit public et privé (problèmes de causalité et d’imputabilité) », *JCP*, 1957, I, 1351; CARBONNIER, *Droit Civil*, t. IV, *Les Obligations*, 22^e édition, PUF, 2000, p. 323; GENEVIEVE VINEY E PATRICE JOURDAIN, *Traité de Droit Civil, sous la direction de Jacques Ghestin : Les effets de la responsabilité*, 2^a edição, LGDJ, Paris, 2001, p. 594 e ss. e *Traité de Droit Civil, sous la direction de Jacques Ghestin: Les conditions de la responsabilité*, ... cit., p. 179 e ss. (nº332 e ss.); ANDRE JOLY, « Vers un critère juridique du rapport de causalité au sens de l’art. 1384 al. 1 du Code Civil », *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 1942, p. 257 e ss.; CHABAS, *L’influence de la pluralité de causes sur le droit à réparation*, LGDJ, 1967; H. L. ET J. MAZEAUD, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, t. II, 6^a edição, Montchrestien, Paris, 1970, p. 339 e ss. e p. 516 [os autores aceitam a teoria da equivalência das condições e com base nela determinam quais os prejuízos directos que podem aceder ao estatuto de danos indemnizáveis nos termos do artigo 1151º CC, aplicável à responsabilidade delitual, pese embora a sua inserção na secção relativa à responsabilidade contratual. Assim, de acordo com a posição colhida nas lições dos pensadores franceses, parte-se da doutrina da *conditio sine qua non*, nos termos da qual um determinado evento é causa de um dano quando a sua não verificação não impediria a emergência deste. Se formos recusando na análise da cadeia de danos causalmente ligados à ocorrência de um facto lesivo, dilui-se a certeza de que um determinado evento possa ser considerado causa. Quando não é possível afirmar com certeza que o dano não se teria verificado se não se tivesse verificado também o evento lesivo, então o dano deve ser considerado indirecto, recusando-se a indemnização. Assim, se um animal doente não tivesse sido vendido, os restantes não teriam sido contagiados, estando-se, portanto, diante de prejuízos directos; mas não se pode considerar que a ruína do agricultor seja um dano directo, porque ela pode ter resultado, por exemplo, de um mau ano agrícola. Sublinhe-se a evolução do pensamento dos autores, que primeiramente aderiram à doutrina da *conditio sine qua non*, mas, nas edições posteriores – p. 359, nota 3 da 4^a edição –, sufragam a doutrina da *cause generatrice*, e, sob o influxo de TUNC – H. et L. MAZEAUD et A. TUNC, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, t. I, Montchrestien, Paris, 1965, p. 425 e ss. –, remetem a decisão para a prudência do julgador. Para uma análise comparativa

das diversas edições da obra citada, cf., FORCHIELLI, *Il rapporto di causalità...* cit., 131 nota 7, onde colhemos esta informação. Do autor, v. ainda p. 49 e nota 67]; ANDRE TUNC, «Récents développements des droits anglais et américains sur la relation de causalité», ... cit., p. 5 e ss.; ALEXIS BUGADA, “Nul n’est censé ignorer les méfaits du tabac. Commentaire de 2e. civ, 20 novembre 2003, Bull., II, 355, p. 289”, *Dalloz*, nº10, 2004, p. 653-656 (questionando o requisito da necessidade); VINEY, « Le dommage et la causalité. Commentaire de Crim, 18 novembre 1998, Bull. crim. 1998, nº 304 », *Semaine Juridique*, 1999, nº25, p. 1186 [considerando que os encargos com a sucessão não susceptíveis de ser reparados a favor da vítima por ricochete]; YVES-MARIE SERINET e ROGER MISLAWSKI, “Vaccination contre l’hépatite B: les conditions de la responsabilité du fait des produits défectueux. Notes sous 1^{re} civ., 23 septembre 2003, Bull. I, nº188, p. 146”, *Dalloz*, nº13, 1004, p. 898-902; PATRICE JOURDAIN, “Observations sous Ass. Plén. 6 octobre 2006, Bull, 2006, nº9, p. 23”, *Revue Trimétrielle de Droit Civil*, 2007, nº1, p. 123-127; CHRISTOPHE RODÉ, « Observations sous 2^e civ., 25 janvier 2007, Bull 2007, II, nº20, p. 16 », *La semaine juridique*, nº10, 2007, p. 29-32 [coloca-se, aí, o problema do nexo de causalidade relativamente à consequência ulterior do dano originário, a propósito da contaminação da vítima com o vírus do HIV]; FLORENCE G’SSELL-MACREZ, *Recherches ...cit.*, p. 11 e ss. [Considera a autora haver duas noções diferentes de causalidade. Por um lado, lida-se com ela do ponto de vista histórico-explicativo, procurando reconstituir uma sequência de eventos que levaram à produção do dano; por outro, cumpre a missão de atribuição de responsabilidade por aqueles mesmos factos. No que à primeira dimensão respeita, pode ainda, segundo o seu testemunho, cindir-se a abordagem numa dupla perspectiva a apontar ora para uma regularidade invariável e provável, herdada dos quadros científicos, em que se alicerçaria a causalidade adequada, ora para significações habituais próprias da linguagem corrente. Pelo que, em face da dualidade, opta pela prevalência da *conditio sine qua non*, a ser complementada, na sua indagação condicionalista, por considerações de política jurídica que partiriam sempre da análise apurada e detida dos diversos elementos de facto integradores da hipótese convocadora do sistema jurídico. É que aqui, diferentemente dali, e continuando a acompanhar o seu testemunho, o enfoque já não é conceptual, mas funcional]; R. BÉRARD, “Les mythes de la responsabilité civile”, *JCP*, 1964, I, 1973, n.16.

Note-se que a lição do carácter imediato e directo do dano vem patenteada na doutrina francesa desde DOMAT—cf. *Lois civiles dans leur ordre naturelle*, Paris, 1771, Livro III, t.5, sec. 2^a, p. 199 e ss.

Com ela exclui-se a indemnização dos danos em cascata, cumprindo, assim, a cláusula causal a função que, nos sistemas de inspiração iheringiana, é realizada pela categoria da ilicitude, por intermédio da qual se afirma a não indemnizabilidade de princípio dos danos puramente patrimoniais (cf. CEES VAN DAM, *European Tort Law...* cit., p. 278, considerando que a causalidade é, em França, um importante mecanismo para conter a responsabilidade dentro de certos limites, como por exemplo nas situações em que terceiros sofrem danos pessoais em virtude da lesão pessoal de alguém. Sobre o ponto, *vide*, igualmente, MANUEL CORTES ROSA, “A delimitação do prejuízo indemnizável...”, ... cit., p. 377, considerando, numa análise de direito comparado, que os diversos sistemas delituais delimitam os prejuízos indemnizáveis mediante “distintos momentos da responsabilidade civil”: a) delimitação pela exigência de um nexo de causalidade entre o acto ilícito e o dano ressarcível; b) sistema que só admite o ressarcimento dos prejuízos abrangidos pela culpa; c) delimitação através da noção de ilicitude. O autor fala, assim, de três sistemas: sistema do nexo de causalidade, sistema da culpa e sistema da ilicitude. Note-se que os diversos sistemas a que o autor alude podem conviver dentro do mesmo ordenamento jurídico e podem não corresponder a diferenças estruturais do modelo delitual que se mobiliza. Basta pensar, para tanto, que o sistema de ilicitude a que o autor alude se baseia numa ideia de relatividade do conceito de ilicitude).

Saliente-se, ainda, que, remontando à dicotomia de danos directos e indirectos, alguns autores franceses abraçam a doutrina da causalidade adequada. Cf. GENEVIEVE VINEY e PATRICE JOURDAIN, *Traité de Droit Civil : les conditions*, ... cit., p. 594 ss., onde se salientam os pontos de clivagem entre as duas teorias. Residiriam eles na diferente apreciação da noção de previsibilidade, perspectivando-a alguns do ponto de vista psicológico do autor do dano, quedando-se outros na consideração dela como uma noção objectiva e abstracta, a ser recolhida segundo um prognóstico objectivo retrospectivo. V., igualmente, *Traité: Les conditions...* cit., p. 188-189.

Cf., ainda, PETER GOTTHARDT, “Frankreich”, III, in CHRISTIAN VON BAR (hrsg), *Deliktrecht in Europa, Landesberichte: Dänemark, England, Frankreich, Griechenland, Italien, Jugoslawien, Niederlande, Norwegen, Österreich, Polen, Portugal, Schweden, Schweiz, Spanien, Türkei*, Carl Heymanns Verlag KG, Köln, Berlin, Bonn, München, 1994, p. 28-32.

Do ponto de vista jurisprudencial, atente-se em algumas das sentenças da *Cour de Cassation* que lidam directamente com a problemática: *Arrêt nº1177 du 5 juillet 2006 (Première Chambre Civile)* [onde se discute o conceito de causalidade a propósito de um caso de responsabilidade médica e de contaminação

de um paciente com o vírus do HIV]; *Arrêt n° 112 du 25 janvier 2007 (2ème chambre civile)*; *Arrêt n° 299 du 24 février 2005 (deuxième chambre civile)* [debate-se o melhor entendimento da causalidade a partir da invocação dos danos morais por parte do pai que, sofrendo um acidente, fica privado da relação afectiva normal que mantinha com o seu filho]; *Arrêt 6 avril 2007 (Ass. Plén.)*, *Bull. 15 juin 2007* [questiona se diante de uma *faute* da vítima se deve ou não excluir ou limitar a indemnização e se para isso se tem ou não de provar o respectivonexo de causalidade. Depondo, inicialmente, a *2e chambre* no sentido da exclusão, vem depois considerar os requisitos da previsibilidade e da inevitabilidade. Em jogo estaria a correcta interpretação do artigo 4º da *lei 5 juillet 1985*, procurando-se determinar se a *faute* da vítima se deve ou não repercutir no *quantum* indemnizatório, pelo que – cf. *Bull.*, p. 13 e 20 – o nódulo central do diálogo reside na causalidade adequada, a clamar ou não pela solução adiantada, e não na temática tão cara ao ordenamento jurídico francês da *partage de responsabilité*. Mais se diga que a questão emerge diante das situações em que a vítima de um acidente rodoviário agrava, com a conduta subsequente àquele, o seu dano, considerando-se que do citado artigo 4º resulta a intenção do legislador de alargar a relação causal a toda a *faute* que tenha contribuído para a realização ou a galvanização do dano. Assim, uma das possíveis vias de resolução da querela pode passar pela apreciação comparativa dos dois comportamentos, atraindo para o campo da causalidade todas as *fautes* que não concorreram para a sobrevivência do acidente, mas que tiveram uma qualquer incidência na realização do prejuízo. Exemplo paradigmático ali apontado é a falta de utilização de cinto de segurança por um condutor. Outro caminho viável é integrar no conceito de *faute* limitativa da responsabilidade unicamente aquela que revela uma conduta de risco, mesmo quando não tenha concorrido para a produção do evento. Imagine-se que A conduzia, no momento em que sofre o acidente, sob efeito de substâncias alcoólicas. Tratar-se-ia de uma presunção de causalidade, a conferir ao preceito um carácter repressivo, pela abstracção de todo e qualquer nexocausal. Ou, de uma forma mais acutilante – cf. p. 30 *Bull.*, cit. – constatar-se-ia a evicção de uma *logique de causalité* pela prevalência de uma *logique de déchéance*, ou seja, a exclusão do direito à indemnização não dependeria do nexocausal, mas passaria a ser função do grau de reprovação social]; *Arrêt du 13 juillet 2001 (Ass. Plén.)* [no quadro das dilemáticas questões suscitadas pelos nascidos de pessoas portadoras de deficiências, problematizou-se uma eventual indemnização devida pela violação do dever de informar por parte dos médicos que assistiram a mãe, tendo sido rejeitado o pedido por na altura da *faute* não estarem reunidas as condições de licitude do aborto. Saliente-se que o relator do aresto vem afirmar que a questão central pode passar pela análise do problema do nexocausalidade. Na verdade, com base no célebre *arrêt Perruche* – cf., quanto ao ponto, o que *infra* se dirá sobre o tema – diversas posições foram firmadas, tendo como denominador comum as aporias suscitadas pela hipótese em apreço a propósito da causalidade. Sublinhe-se a daqueles que, notando assertivamente que não se lidava ali com a causação de más formações, chamam à atenção para o facto de o estabelecimento da concatenação pretendida conduzir risivelmente ao reconhecimento do direito a não nascer e converter uma faculdade da mãe numa obrigação de actuar eugenicamente. Com isto, conseguimos evidenciar, perfunctoriamente, dois pontos não despidos. De um lado, é a ligação estreita entre a causalidade e o que nos sistemas de inspiração iheringiana vem conhecido pela ilicitude; do outro é a constatação do carácter não circunscrito do dito nexocausal, a ser chamado a depor nos mais diversos domínios materiais. Para o carácter caleidoscópico do pressuposto causal não será estranha a estrutura imputacional napoleónica. Assim, e embora afastando-nos do nicho de lucubrações em que pontualmente mergulhámos, cf. *Avis de M. GARIAZZO, Arrêt 541 du 6 octobre 2006 de la Cour de Cassation*, a propósito do princípio da *opposabilité du contrat*, diverso do princípio da relatividade dos efeitos dos contratos. Sobre a questão do nascimento pretensamente errado, cf., ainda, Ass. Plén. 28 novembre 2001, onde, desta feita sob a égide contratual, se confere um direito à indemnização, afastando-se concomitantemente a ideia de perda de chance]; *Arrêt du 13 décembre 2002 (Ass. Plén.)* [a propósito da responsabilidade dos pais pela *faute* do filho menor, debate-se a natureza dela. Uma das possíveis interpretações que avulta é o reconhecimento da afirmação de uma responsabilidade de pleno direito, a convocar a causalidade, pelo que só a força maior ou a *faute* da vítima se mostram aptas a excluí-la. Dubitativo se torna, então, saber se o menor deve ter actuado de forma *fautive* ou se a conformação do seu acto como causa directa do dano pode ser suficiente para cumprir aquele desiderato exoneratório. Optando-se pela segunda alternativa posta em debate, cumpre sublinhar a lição expendida na sentença, qual seja a do abandono da *conditio sine qua non* e a adopção de um critério restritivo de causalidade adequada ou de causa determinante, combinada com aqueles outros atinentes à causa próxima. Sobre o ponto, veja-se, ainda, M. JEAN CLAUDE BIZOT, “La responsabilité civile des père et mère du fait de leur enfant mineur: de la faute au risque”, *Rapport annuel de la Cour de Cassation, Rapport 2002, 2eme partie*, www.courdecassation.fr/jurisprudence_documentation_2/publications_cour_26/em_rapport_annuel_em_36/rapport_2002_140/deuxieme_partie_etudes_documents_143/etudes_sur_theme_responsabilite_145/pe_re_mere_6112.html]; *Arrêt du 24 février 2005, 2e chambre civile* [monstrando que a *Cour de Cassation*

juízos decisórios que trouxemos a lume, ainda que não nos facultem respostas logradas para as dúvidas e incertezas que formularemos em seguida, tiveram o condão de mostrar que ela não pode continuar a ser entendida nos moldes primitivos¹²⁰. A penetração de

continua a exigir a prova do nexo de causalidade] ; *Arrêt du 14 avril 2006 (Ass. Plén.)* [debruça-se sobre o problema da irresistibilidade do evento e da acção voluntária da vítima na origem do seu dano]; *Arrêt du 28 juin 2006 (3eme Chambre Civile)* [a partir da noção de *perda de chance*, afirma-se a inexistência, em concreto, de um nexo de causalidade entre a *faute* e o prejuízo]; *Arrêt du 5 juillet 2006 (1ere. Chambre Civile)* [pronunciou-se pela repartição da responsabilidade pelo dano resultante da contaminação transfusional de HIV entre o automobilista causador do acidente que suscitou a necessidade da intervenção médica e o centro que forneceu os produtos sanguíneos. Sobre um caso com uma intencionalidade problemática análoga, cf. PATRICE JOURDAIN, “Notes sous Civ. 1ere, 4 décembre 2001, Bull. 2001, n°310, p.197”, *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 2002, n2°, p. 308-310. Veja-se, ainda, *Arrêt du 9 juillet 1996, 1ere chambre civile*, onde se afirma que a simples transfusão de sangue não permite por si só presumir o nexo causal]; *Arrêt du 9 octobre 2001 (1ere chambre civile)* [no quadro de problematização da responsabilidade médica, vem considerar responsável o médico pelos danos sofridos em virtude de uma intervenção não autorizada, mesmo que eles importem riscos excepcionais. A propósito da responsabilidade médica, é toda uma panóplia de acórdãos que pode ser chamada à colação ilustrando as nervuras problemáticas que percorrem esse nicho temático e ilustram sub-questões atinentes àquilo que se cristalizou como causalidade. *Inter alia*, cf. *Arrêt du 6 juin 2000, 1ere chambre civile*; *Arrêt du 19 décembre 2000, 1ere chambre civile*, atinentes à relevância da consideração dos dados científicos no momento da prática do acto; *arrêt du 8 novembre 2000, 1ere chambre*, considerando que a reparação das consequências da actuação médica não incorpora os danos resultantes da chamada *alea terapêutica*, porquanto a mesma seja tida como realização de um risco accidental que lhe vai inerente; *arrêt du 20 juin 2000 1ere chambre civile*, colocando um problema relativo ao prejuízo subsequente à falha de cumprimento do dever de informação por parte do médico. Consideram-se, aí, três hipóteses. A saber: o juiz entende ser certo que o paciente iria recusar o acto médico, sentenciando no sentido da reparação total; o juiz entende que o paciente iria aceitar o acto, com exclusão do direito à indemnização; derradeira hipótese, o juiz não apura mais do que meras probabilidades de recusa e nesse caso o prejuízo a ressarcir será determinado em função da proporção dele em relação à perda de chance de escapar à lesão da sua integridade física; *Arrêt du 28 mars 2000, 1ere chambre*, que lida com o problema já sublinhado da contaminação por via transfusional; *Arrêt du 18 juillet 2000, 1ere chambre civile*, atinente ao problema já aflorado da *perde de chance*. Sublinhe-se que a sistematização apresentada não é nossa, antes constando de um dos arestos citados]; *Arrêt du 20 novembre 2003 (2eme chambre civile)* [questiona o problema do nexo de causalidade relativamente aos danos sofridos pelo consumo de tabaco, não se considerando aplicável o disposto no artigo 1384° CC]; *Arrêt du 5 novembre 1996, 1ere chambre civile* [a propósito de um atentado ao direito à reserva da vida privada, considerou a *Cour de Cassation* que a simples constatação da lesão conduz ao direito à reparação, não se lidando aí com a questão da causalidade].

Note-se que, ao nível do direito francês, a limitação da indemnização acaba por ser introduzida por via da exigência da previsibilidade, nos termos do artigo 1150° CC, que lida com a responsabilidade contratual – cf. MANUEL CORTES ROSA, “A delimitação do prejuízo indemnizável...”, ...cit., p. 369.

¹²⁰ Cf. Cf. GIOVANNI VALCAVI, “Intorno al rapporto di causalità nel torto civile”, ...cit., p. 484.

O autor, embora atendo-se ao domínio penal, afirma que o juízo probabilístico – em que, afinal, também se traduz a doutrina da causalidade adequada – é ainda inspirado na teoria da *conditio sine qua non*, dado que o juiz deve considerar que sem o comportamento do agente o evento não se teria verificado, e que continua a ter uma base naturalística. Considera ser insuficiente aquela doutrina (p. 486), propondo, em alternativa, um juízo de tipo concreto para cada caso, formulado retrospectivamente em relação ao evento. O facto de tais posições serem formuladas a propósito do direito penal não releva na medida em que a doutrina maioritária sustenta o carácter unitário da causalidade nos dois domínios. Em rigor, porém, importa salientar que VALCAVI questiona a pertinência de tal tese. Sobretudo tendo em atenção a teleologia da responsabilidade civil e a impossibilidade de se transpor para o seu quadro a lição colhida no âmbito criminal acerca dos crimes omissivos próprios, já que a mesma redundaria na não indemnizabilidade dos danos decorrentes do incumprimento contratual, pela inexistência de um acto material. Por isso, o jurista italiano acaba por defender a autonomização da noção de causalidade no domínio civilístico, correspondente a uma causalidade jurídica, e não material. Nas suas palavras, “la commissione di un illecito aquiliano (...) non rileva(no) nel civile, nella loro realtà fisica, (...), ma solo in termine di fattispecie normativa e cioè come commissione di un atto vietato o come omissione di un atto comandato”. (p. 488).

que foi alvo por valorações de tipo normativo leva-nos a questionar se verdadeiramente o critério subsiste ou se, pelo contrário, a literal formulação daquele resulta da dificuldade de ultrapassar a impositação das coisas ao nível das ciências humanas. Mais concretamente, a paulatina desfiguração de que tem sido alvo não terá determinado já a sua superação – embora não conscientemente verbalizada – e o conseqüente abandono da categoria causal por uma ideia de imputação objectiva a articular-se ou não com a imputação subjectiva nos casos padrão¹²¹?

4. Recorte do âmbito de relevância problemática de situações tipo

As inconcludências da *conditio sine qua non* e da *causalidade adequada* – expressas pelas dúvidas, perplexidades e incongruências apontadas – não conduzem automaticamente à adesão livre de reservas de qualquer uma das outras doutrinas que, ao longo dos tempos, autores e juízes foram moldando na busca de soluções materialmente justas e normativamente fundadas.

A nossa missão – se bem que desnudada de pretensões desmedidas, até porque incompatíveis com o grau de complexidade que a temática encerra – não se pode quedar numa opção entre alternativas discursivas já delineadas¹²². Apoiando-se, obviamente, nelas, ou não fossem – a partir do momento em que se recusa o carácter normativista do direito e a sua redução às prescrições impostas pelo poder legislativo – critérios sistemáticos a que não se poderá desatender, urge, num esforço de reflexão crítica, repensar os sustentáculos mais densos da categoria para perceber, na sua referência ao concreto e na simultânea remissão para os princípios, o desenho específico que a deve captar.

Tal esforço só será, contudo, conseqüente se duas coordenadas básicas estiverem, de antemão, preenchidas.

Do ponto de vista puramente doutrinal, só fará sentido procurar um crivo de limitação da responsabilidade que, aliando-se à ilicitude, à culpa ou ao risco, consoante

Sobre o ponto, cf., igualmente, “On juridical causation in civil liability due to non-performance and unlawful conduct”,... cit.

¹²¹ A. M. HONORÉ, “Causation and remoteness of damage”, ...cit., p. 2, elenca os diversos tipos de conexão entre o lesante e o dano que podem surgir: causal, legal, político ou moral.

¹²² Cf. A. M. HONORÉ, “Causation and remoteness of damage”, ...cit., p.2. O autor salienta, na sua análise acerca da causalidade, que muitas das teorias que têm surgido ou apresentam um conteúdo pouco empírico e falham o alvo ou apenas se aplicam a segmentos de problemas e não a todos os nichos em que a questão se coloca, facto que leva a que, mesmo quando uma é erigida em posição oficialmente adoptada num dado ordenamento jurídico, nem sempre seja consistentemente aplicada.

as modalidades de responsabilidade delitual especificamente em causa, supere a doutrina da causalidade adequada se antes tal desiderato não tiver sido cumprido. Pelo que, sistematicamente, a justificação do nosso nicho problemático implicará um passeio prévio pelo núcleo determinativo das diversas teorias que, em torno da causalidade, se foram desenvolvendo¹²³.

Tendo em conta o enfoque funcional da categoria, importa, ainda, perceber qual a finalidade por ela cumprida, aqui entendida, não no sentido teleonomológico que se indagará num momento posterior, mas no quadro sistemático de imputação de danos que uma pretensão indemnizatória mobiliza.

E com isto é o percurso a encetar de imediato que fica delineado. Ou seja, visitaremos de forma macroscópica o leque de posições causalmente relevantes¹²⁴.

Mas antes impõe-se um trabalho de sistematização. Tal não corresponde a um anúncio prévio das soluções predispostas nos vários ordenamentos jurídicos para definir os contornos da causalidade e, com isso, dar resposta às questões que com a categoria se pretendem solucionar, mas antes a um esforço problematizante, através do qual estaremos aptos a recorrer, numa memória pré-disponível, a um elenco de situações tipicamente complexas a este nível.

A simples leitura das decisões jurisprudenciais que trouxemos a lume permitem-nos tirar algumas conclusões.

Em primeiro lugar, importa ter em conta a omnipresença da categoria. Qualquer que seja o tratamento em concreto dispensado, nenhum ordenamento jurídico deixa de lidar com ela. Sobre as funções que especificamente é chamada a cumprir pouco se pode concluir preliminarmente, já porque dependentes do modelo delitual em que estejamos inseridos, já porque condicionadas pelo tipo de racionalidade que se mobilize. Mas pode adiantar-se que, tradicionalmente, se procura, por meio dela, garantir que seja

¹²³ Individualizaremos, apenas, aquelas que têm sido as doutrinas consideradas pelos autores no horizonte do nosso ordenamento jurídico.

¹²⁴ Para uma síntese das diversas posições acerca da causalidade, cf. A. M. HONORÉ, “Causation and remoteness of damage”, ...cit., p. 33 e ss. Sistematiza-as o autor, dividindo-as em cinco grupos, segundo a ideia central que as edifica: 1) necessidade. Esta ideia está na base da teoria da *conditio sine qua non*, ou teoria da equivalência das condições, que perscruta em que medida a conduta era ou não necessária à produção do dano, e da *necessary consequence theory*, para a qual não basta que a conduta seja uma condição sem a qual não se teria produzido o dano, sendo imprescindível que a mesma tenha, inevitavelmente, produzido o dano; 2) Explicação, segundo a qual a causa é condição do dano quando explica o seu surgimento e dá origem às teorias da causa eficiente, das consequências directas e imediatas, da causa próxima e da interrupção do nexu causal; 3) Probabilidade, nos termos da qual a responsabilidade é limitada ao dano de um certo tipo relativamente ao qual o lesante aumentou a probabilidade de ocorrência ou, numa outra formulação, o dano deve ser objectivamente previsível ou típico ou deve seguir o curso normal dos acontecimentos; 4) Escopo da norma violada; 5) Equidade.

responsabilizado aquele que deu origem ao dano, ao mesmo tempo que opera como expediente de limitação do *quantum* indemnizatório.

Saber o que significa, no quadro da responsabilidade civil, dar causa ao dano é tarefa tão complexa que se confunde, por antonomásia, com as preocupações centrais da nossa dissertação. Percebe-se, contudo, de antemão que muito dificilmente a resposta poderá ser linear ou centrada na pura fisicidade. Para tanto basta contemplar alguns dos casos decididos nos tribunais europeus, que são as mais das vezes assumidos como exemplos de escola e guias de orientação na procura das soluções justas¹²⁵.

Assim, e assumindo os riscos inerentes a qualquer tentativa de catalogação da realidade, pensemos em alguns grupos de casos¹²⁶:

- a) Casos em que existe um simples evento, mas em que o resultado final é condicionado por um comportamento anterior do lesado ou por uma predisposição constitucional (A é atingido na face com um pequeno golpe, vindo a falecer em virtude da hemofilia de que padecia);
- b) Casos de salvamento e/ou de emergência na sequência de um comportamento ilícito e culposo do pretense lesante (Ocorrendo um acidente provocado por A, B, lesado, fica numa situação de perigo, pelo que C, indo a passar, resolve salvá-lo e acaba por também ficar ferido);
- c) Casos em que, entre a conduta ilícita e culposa do lesante e o dano, intervém uma causa natural ou um comportamento (acção ou omissão) de um terceiro ou do próprio lesado (A incendeia a casa de B, que entretanto fica totalmente destruída porque ocorre um terramoto; A, lesado na sua integridade física, é levado para o hospital onde acaba por morrer na sequência de um comportamento negligente do médico que o atendeu; A perdeu uma perna num acidente de trânsito e anos mais tarde morre num incêndio que deflagra em sua casa, porque se mostra incapaz de abandonar mais rapidamente o local);
- d) Casos de influência psicológica sobre o lesado levando-o a agir de forma auto-danosa (A, recebendo um conselho do seu médico assistente, submete-

¹²⁵ Cf. “Causation: questionnaire and cases”, J. SPIER (ed.), *Unification of tort law: causation...* cit., p. 4 e ss.

¹²⁶ Seguiremos, aqui, com poucas divergências, a sistematização encontrada na última obra citada. Refira-se, contudo, que não lidaremos com todos os problemas aí tratados, o que se justifica pela circunscrição temática já operada, ao mesmo tempo que qualificaremos outras situações com uma intencionalidade problemática específica.

se a uma intervenção cirúrgica que era, em concreto, desnecessária, e se veio a mostrar lesiva da sua integridade física);

- e) Casos de perda de chance (um médico falha no diagnóstico de um cancro, adiando o início da terapêutica e diminuindo as chances de sobrevivência do seu paciente);
- f) Casos de causalidade concorrente¹²⁷ (A, B e C, caçadores, atiraram contra um pássaro e atingiram um transeunte, não se sabendo de que arma proveio a bala que foi fatal para D; A e B fizeram descargas poluentes no lago de C, matando todos os peixes, e ficou provado que cada uma delas, isoladamente, seria suficiente para produzir aquele resultado; Vários produtores colocaram no mercado um medicamento, que veio a provocar, passados alguns anos, sérios danos na saúde de A, não sendo, contudo, possível identificar qual dos produtores criou o medicamento que A ingeriu)¹²⁸.

Duas são as possíveis dúvidas com que o jurista, diante destes casos e tendo em conta a compreensão tradicional da categoria causal, se confronta. Se em alguns deles, o acento tónico é colocado no desconhecimento de determinados factos ou na impossibilidade de se identificar o autor do dano real, noutros, em que aparentemente a reconstrução do *iter* natural de produção daquele é viável, a problematicidade reside na não identificação lógica entre responsável e causante físico¹²⁹.

A elas os Tribunais procuraram dar resposta com apelo às já referidas doutrinas da *conditio sine qua non* e da causalidade adequada, sendo por isso, e pelos motivos expendidos, mister mergulhar no seu núcleo de tematização.

¹²⁷ Abdicamos, por ora, de qualificar mais detalhadamente tais situações, por elas pressuporem uma sistematização específica, e nem sempre isenta de dificuldades, a que adiante aludiremos.

¹²⁸ Cf. “Causation: questionnaire and cases”,... cit. p. 6-7.

¹²⁹ Cf. FLORENCE G’SSELL-MACREZ, *Recherches...* cit, p. 592 e ss.

CAPÍTULO II

O tratamento doutrinal da causalidade: visão macroscópica de algumas das teorias forjadas para captar a categoria.

5. A doutrina da *conditio sine qua non*. Formulação e crítica.

Segundo a doutrina da *conditio sine qua non*, uma conduta é causa do dano sempre que se conclua que este não se teria verificado sem aquela. Fortemente inspirada na doutrina filosófica de STUART MILL¹³⁰, percebe-se que a mesma tenha colhido grande entusiasmo no século XIX, fruto do clima cientista e positivista que naquela época se viveu^{131 132}.

¹³⁰ Para STUART MILL, a causa real é o grupo de antecedentes que determinaram o fenómeno e sem o qual ele não teria lugar, pelo que “ninguém tem o direito, filosoficamente falando, de dar o nome de causa a um deles” (*Sistema de lógica dedutiva e indutiva*, apud PEREIRA COELHO, “O nexa de causalidade...”, ... cit., p. 181. Cf., ainda, *A system of logic: ratiocinative and inductive*, John W. Parker, London, 1843, p. 392 e ss.)

¹³¹ Sobre a justificação para esta equiparação entre a causa e qualquer condição sem a qual o evento não se teria verificado, cf. PEREIRA COELHO, “O nexa de causalidade...”, ... cit., p. 183. Veja-se, ainda, CHRISTOPHE QUÉZEL-AMBRUNAZ, *Essai sur la causalité...* cit., p. 31 e ss., expondo a transição entre o mundo da juridicidade da doutrina filosófica de MILL através da ideia de sinédoque.

¹³² Neste sentido, cf. ANTUNES VARELA, *Das obrigações ...cit.*, I, p. 883. Note-se que o autor, apesar de repudiar a teoria, salienta que a mesma configura já uma forma de delimitação dos danos a ressarcir, designadamente no cotejo com o critério puramente empírico do *post hoc ergo propter hoc*. Limita a obrigação de indemnizar aos danos que se inserem no processo de causalidade em que interfere aquele facto e, dentro desses, àqueles que não se verificariam sem tal facto. No mesmo sentido, cf. RIBEIRO DE FARIA, *Direito das Obrigações*, vol. I, ...cit., p. 497.

Para o autor, a causa é tida como a soma de todas as condições que conjuntamente se mostrem suficientes para a produção de um evento de tal modo que, uma vez verificadas, invariavelmente o resultado será aquele.

Importada para o mundo jurídico pelas mãos de VON BURI^{133 134}, a recondução da causa à simples condição baseia-se, sobretudo, na impossibilidade científica de se eleger, de entre as várias circunstâncias potenciadoras do resultado, aquela que efectivamente possa ser vista como determinante. A intervenção da condição seria necessária para a produção do dano e nessa medida suficiente para a imputação da responsabilidade^{135 136 137}.

Veja-se, também, RENÉ DEMOGUE, *Traité des obligations en générale*, I, *Source des obligations*, t. IV, Librairie A. Rousseau, Paris, 1923, p. 25, apontando vantagens da doutrina, entre as quais o facto de se lidar com um conceito de causalidade que é acolhido pelo pensamento lógico.

¹³³ Cf. VON BURI, *Die Kausalität und ihre strafrechtliche Beziehung*, 1885, nº308 e *Über Kausalität und deren Verantwortung*, Leipzig, 1873, p. 13.

Note-se que, enquanto penalista, VON BURI acabaria por estabelecer limitações à responsabilidade falando de um nexo de vontade. Ou seja, só haveria, efectivamente, responsabilização do agente se a vontade dele tivesse previsto o desenvolvimento causal que conduziu ao evento danoso. Ou seja, seria necessário que o agente perpetrador do facto tido como condição do evento tivesse querido o evento e o particular desenvolvimento causal que conduziu àquele (cf. VON BURI, *Über Kausalität...* cit., p. 15).

Há uma conexão psicológica que se exige que, remontando à previsão ou previsibilidade, leva TRIMARCHI a considerar VON BURI defensor da doutrina da previsibilidade – cf. TRIMARCHI, *Causalità e danno*, ...cit., p. 26 e ss.

A este propósito, importa referir o balanço crítico que dela faz o jurista italiano. Tem, segundo ele, o mérito de resolver o problema causal em conexão com o elemento que constitui o fundamento da responsabilidade (cf. TRIMARCHI, *Causalità...* cit., p. 28), sem que isso, não obstante, apague as fragilidades que a eivam e contorne os problemas em que a mesma redundava (cf. p. 29 a 32).

¹³⁴ Aderindo à doutrina, cf., ainda, DEMOGUE, *Traité des obligations*, t. IV, ... cit., p. 24.

¹³⁵ Cf. A. M. HONORÉ, “Causation and remoteness of damage”, ...cit., p. 34. O autor sistematiza os três argumentos em que se alicerça a defesa da doutrina da *conditio sine qua non*. Por um lado, uma condição que não marca a diferença no curso dos acontecimentos não pode ser vista como causa, já que a noção de intervenção é a essência da própria causalidade. Por outro lado, ela seria uma condição suficiente, já que cada condição é necessária para a produção do dano e a selecção de uma condição preferentemente em relação às demais afigura-se irracional. Por último, há uma perfeita sintonia entre a doutrina e a regra da solidariedade entre os vários responsáveis quando os haja.

¹³⁶ Qualquer condição seria vista como causa e nessa medida todas as condições seriam equivalentes. Não há, portanto, uma importação literal do pensamento de MILL para o mundo jurídico, já que não é a soma das condições que determinaria a relevância da causa.

É, aliás, neste ponto que se localiza a crítica de BIRKMEYER a VON BURI. É que, partindo da ideia de que o evento só ocorre pelo concurso de todas as condições predispostas para o efeito, VON BURI, sustentando a impossibilidade de alguma se destacar das demais, defende a equivalência entre todas, recusando a ideia de causa eficiente ínsita à teoria protagonizada pelo primeiro autor. Acontece que este, exactamente porque todas se mostram necessárias para a produção do dano, deduz daqui o corolário da insuficiência dela, dizendo que, consentaneamente com o ponto de partida do autor, se deveria sustentar como causa a soma de todas as condições. Afasta, desta forma, a crítica que VON BURI lhe dirige relativamente à impossibilidade de eleição de uma causa eficiente entre as diversas condições. Cf., à frente, o que se explicita – de forma sumária – acerca da teoria daquele.

Para uma análise comparatística entre os dois autores, cf. PEREIRA COELHO, “O nexo de causalidade...”, ... cit., p. 186 e ss. O autor afirma, contundentemente, que VON BURI parte de um sofisma. Parte da ideia de que todas as condições são necessárias para chegar à conclusão que o efeito é produto de cada uma delas, porque cada uma das condições torna causais as restantes. Ora, como salienta PEREIRA COELHO “se A+B+C+D são iguais a E, é evidente que só uma dessas grandezas não pode ser igual a E. E é isto que em resumo afirma Buri” (cf. p. 187).

A despeito da aparente simplicidade da teoria, a granjear adeptos pela desoneração a que conduz o julgador, a verdade é que, não só aquela é meramente aparente – conduzindo, na prática, ao artificialismo do critério mobilizado em concreto –, como se mostra inconsonante em três níveis de aferição da sua prestabilidade¹³⁸.

No plano transsistemático, os pré-conceitos em que a mesma está imbuída quadram mal com o fundamento ético-axiológico que informa os diversos critérios normativos em que se projecta. Não só parte de uma noção puramente determinista do mundo, posta em causa com as descobertas ao nível da física quântica¹³⁹, como a transpõe para o mundo juridicamente cunhado, fazendo dela um arrimo criteriológico, contra a normatização exigível¹⁴⁰, pelo que se mostra incapaz de captar a específica intencionalidade predicativa da responsabilidade civil^{141 142}.

É certo que ecoam vozes no sentido de afirmar que, ao considerar a actuação do eventual lesante condição sem a qual o dano não teria ocorrido, se está a imputar-lhe como resultado prejuízos que ele poderia ter evitado, com uma omissão ou acção

Acentua, por isso, o autor a *nuance* da concepção hodierna da teoria da equivalência das condições. “Os jurisconsultos que hoje em dia defendem a teoria da *conditio sine qua non* limitam-se a acentuar que todas as condições são necessárias para o efeito e que portanto elas são, neste sentido, equivalentes, não sendo possível fazer entre elas qualquer distinção”. Dito de outro modo, todas podem ser consideradas causas.

Cf., ainda, OLIVEIRA ASCENSÃO, *Acção finalista e nexos causal*, Dissertação do Curso Complementar de Ciências Jurídicas, Faculdade de Direito de Lisboa, 1956, p. 112 e ss.

¹³⁷ Para outras considerações, veja-se ANTUNES VARELA, *Das Obrigações...* cit., I, p. 916; MENEZES CORDEIRO, *Da responsabilidade civil dos administradores...* cit., p. 532 e ss.; M. FRANZONI, “*Dei fatti illeciti. Art. 2043-2059*”, in F. GALGANO (ed.), *Commentario del codice civile Scialoja-Branca*, 1993, p. 95 e ss.; TRIMARCHI, *Causalità e danno...* cit., p. 194 e ss.; G. ALPA, M. BESSONE, V. ZENO-ZENCOVICH, “*I fatti illeciti*”, ... cit., p. 63 e ss.; FRITZ HAUEISEN, “*Die Theorie der wesentlichen Bedingung – ein wichtige Ursachenlehre*”, *Juristenzeitung*, 16, Heft 1, 1961, p. 9 e ss.

¹³⁸ Cf. G. MARTY, “*La relation de cause à effet comme condition de la responsabilité civile*”, cit., p. 691 e ss.; FRANÇOIS CHABAS, *L'influence de la pluralité de causes...* cit., nº100; RANIERO BORDON, *Il nesso di causalità...* cit., p. 42

¹³⁹ Dando conta que também ao nível das ciências exactas se põe em causa a lei da necessidade, considerando-se que no domínio da micro-física apenas se podem formular leis estatísticas e leis probabilísticas, cf. PEREIRA COELHO, “*O nexos de causalidade...*”, ... cit., p. 183, nota 4.

¹⁴⁰ Vide, a este propósito, RANIERO BORDON, *Il nesso di causalità...* cit., p. 42, considerando que a regra condicionalista é mais um instrumento de análise da realidade do que uma regra jurídica em sentido estrito.

¹⁴¹ Cf., apontando idêntica crítica, ANTUNES VARELA, *Das obrigações...* cit., I, p. 883. Desvalorizando-a, cf. GERALDES DE CARVALHO, “*A causalidade. Subsídios para uma teoria da responsabilidade jurídica em geral*”, *Colectânea de Jurisprudência*, ano VII, tomo 4, 1982, p. 21-22. Veja-se, também, BRANDÃO PROENÇA, *A conduta do lesado...* cit., p. 439, apodando a doutrina de positivista, excessivamente lógica e falha de uma perspectiva valorativa.

Para outras críticas, cf. CUNHA GONÇALVES, *Tratado...* cit., p. 443 e ss. e LARENZ, *Lehrbuch...* cit., I, 14. Aufl., cit., p. 433.

Veja-se, ainda, entre nós LUÍS MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações...* cit. I, p. 359 (considerando que a doutrina da *conditio sine qua non* conduz a resultados absurdos, já que “o resultado é abdicar-se de efectuar uma selecção das condições relevantes juridicamente. Daí que (...) não forneça uma exacta definição de causalidade, mas antes uma regra geral descritiva”).

¹⁴² Cf., quanto ao ponto, HANAU, *Die Kausalität der Pflichtwidrigkeit...* cit., p. 26 e ss.

diversa¹⁴³. Contudo, se assim é, o que verdadeiramente entra em cena é a ideia de exigibilidade de um outro comportamento, pelo que o critério puramente causal deixa de fazer sentido. Não se ignora que ele não actua isoladamente, antes sendo compatibilizado pela articulação conjunta com factores de imputação do dano de índole subjectiva, quedando-se a sua operacionalidade no domínio objectivo de limitação do círculo de danos indemnizáveis¹⁴⁴. No entanto, não só se deve escapar a uma

¹⁴³ Cf. HANS JÜRGEN KARHRS, *Kausalität und überholende Kausalität im Zivilrecht*, 1969, p. 2. Refira-se que, da obra, apenas consultámos as páginas especificamente citadas por ANTUNES VARELA, *Das obrigações...* cit., I, p. 882, nota 1 e 883, nota 1.

¹⁴⁴ Alguns autores tentaram corrigir as deficiências da doutrina da *conditio sine qua non* introduzindo a nota da culpabilidade. Dito de outro modo, só seriam atendíveis as condições postas pelo lesante e tidas como causa do dano relativamente às quais aquele tivesse culpa. Nesse sentido, a referência que fizemos a VON BURI.

Para ANTUNES VARELA (*Das obrigações...* cit., I, p. 885), tal falha por dois motivos. Primeiro porque nem sempre a responsabilidade se baseia na culpa, mas também no risco. Segundo, porque “não é justo nem criterioso limitar a indemnização aos danos cobertos pela culpa do agente. Se este culposamente injuriou ou caluniou alguém, por exemplo, é justo que responda por todos os prejuízos que a injúria ou calúnia provocou, mesmo que não tivesse previsto nem pudesse prever alguns deles”. Também para RIBEIRO DE FARIA (*Direito das Obrigações*, vol. I, ...cit., p. 498), a tentativa de “diminuir (...) os resultados disparatados a que o jogo da doutrina da *conditio sine qua non* conduz, usando o conceito de culpa”, não tem êxito, porque “não funciona no campo da responsabilidade objectiva e a culpa não se projecta nos resultados em si” (como denota a responsabilidade do devedor em mora pelo próprio facto fortuito), acrescentando, no tocante ao segundo argumento e em tom interrogativo, se não “se poderá pôr em dúvida se este segundo argumento não prova até demais e contra a própria causalidade adequada”. Cf., igualmente, BRANDÃO PROENÇA, *A conduta do lesado...* cit., p. 187, afirmando que o artigo 807º CC consagra uma solução difícil de explicar à luz da causalidade adequada. A este propósito, cf. acerca do § 287 BGB, LARENZ, *Lehrbuch...* cit. I, p. 222 e ss. (considerando que se trata de uma hipótese de responsabilidade agravada, no sentido de que não opera, aí, o limite da adequação, tendo apenas aplicação o princípio da *conditio sine qua non*); TRAEGER, *Der Kausalbegriff...* cit., p. 223 e PAOLO FORCHIELLI, *Il rapporto di causalità...* cit., p. p. 92 e ss. (veja-se, também, p. 94 e ss., onde o autor afasta como óbice à solução o facto de o artigo 2056º não remeter expressamente para o citado preceito), considerando que o artigo 1221º CC italiano encerra um princípio mais amplo que se traduz na irrelevância jurídica da concausa fortuita, mesmo que posterior à concausa imputável, e que se identifica, do ponto de vista teórico, com o critério da equivalência de causas [note-se que o artigo 1221º CC italiano resolve *expressis verbis* “o problema da concomitância de concausas imputáveis *ex contractu (mora debendi)* e concausa fortuita (pericimento não imputável da coisa devida) no sentido de imputar a totalidade do dano sofrido ao devedor, mesmo que para a produção do dano tenha contribuído de modo preponderante a causa fortuita, consagrando, por isso, aos olhos do autor, o princípio da equivalência das condições. A argumentação subsequente do autor prende-se, apenas, com a necessidade de estender uma solução plasmada para o direito contratual ao campo delitual].

Cf., ainda, ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações*, ...cit., p. 761-762, que aduz os mesmos argumentos dos autores anteriormente citados.

No mesmo sentido dos juristas portugueses, cf. A. M. HONORÉ, “Causation and remoteness of damage”, ...cit., p. 36. Fala o autor sobretudo dos problemas atinentes ao risco e aos sistemas securitários, em relação aos quais se ficaria sem critério de delimitação da indemnização.

Independentemente do acerto das posições expendidas pelos autores – sobretudo na medida em que conduzam à rejeição da doutrina da *conditio sine qua non*, ainda que corrigida –, importa referir duas notas. Fazemo-lo, porém, de modo breve, dando conta de um apontamento que posteriormente será retomado. Por um lado, a crítica a propósito dos casos de responsabilidade objectiva denota uma visão unitária do problema da causalidade que deveria ser fundamentado e não aceite como pressuposto. Na verdade, sendo esta um problema jurídico, marcado pela normatividade a que se refere, nada nos garante que tenha sempre o mesmo sentido e possa ser mobilizada da mesma forma em todos os sub-sistemas de responsabilidade civil e em todas as modalidades que ela vai conhecendo. Por outro lado, a asserção transcrita do insigne civilista português implica que se compreenda adequadamente o pólo de referência

tecnicização inconsonante com aquela matriz essencial¹⁴⁵, como ainda que nos quiséssemos ater a esse segundo núcleo de operacionalidade da categoria seríamos

da culpabilidade, dirigida ao facto e não a todas as consequências do mesmo. O próprio adverte-nos para a particularidade, em nota de rodapé na mesma página. Contudo, fica também por demonstrar – se é que em temas juridicamente cunhados alguma coisa se demonstra – a unicidade da questão que envolve a causalidade. É que, sendo certo que a mesma é tematizada unitariamente a montante e a jusante, dúvidas se concitam acerca do acerto de tal imposição das coisas.

Cf., ainda, ANA PERESTRELO DE OLIVEIRA, *Causalidade e imputação...* cit., p. 55; MANUEL DE ANDRADE, *Teoria Geral da Relação Jurídica...* cit., p. 353-354 e GERALDES DE CARVALHO, “A causalidade. Subsídios para uma teoria da responsabilidade jurídica em geral”, cit., p. 23 (depondo no sentido de limitação da amplitude comunicada pela teoria pelo recurso à culpabilidade).

Outros problemas, contudo, poderiam ser considerados a propósito da doutrina. Assim, cf. TRIMARCHI, *Causalità...* cit., p. 27. Referindo-se a VON BURI, o jurista italiano refere que a correcção introduzida pelo autor a partir da noção de vontade e desiderato pode conduzir a verdadeiras aporias. A tenta matar B. Porém, apenas o fere. Em virtude da lesão, B fica na Europa, em vez de embarcar, como era sua intenção, e acaba por morrer quando cai uma telha em cima da sua cabeça. VON BURI acabaria por defender que não basta querer o evento, mas sim o particular desenvolvimento causal que a ele conduziu.

Veja-se, quanto ao ponto, BASIL MARKESINIS, ANGUS JOHNSTON e SIMON DEAKIN, *Markesinis and Deakin's Tort Law, ...* cit., p. 206 e ss.

Quanto ao ponto, veja-se, ainda, WRIGHT, “Causation in tort law”, ... cit., p. 1759 e ss., que, defendendo que a questão causal deve ser tratada autonomamente como matéria factual, adverte, contudo, que devemos aplicar o teste que protagoniza para cumprir o requisito, não a todo o comportamento do lesante, mas ao *tortious-aspect of conduct*. Com isto, podemos também adiantá-lo, o autor salvaguarda a introdução de considerações normativas da ponderação da *actual causation*.

Veja-se, ainda, a este propósito, CHRISTOPHE QUÉZEL-AMBRUNAZ, *Essai sur la causalité...* cit., p. 40 e ss., apresentando os índices de correcção propostos pelos autores para atenuar algumas das deficiências patenteadas pela doutrina da condicionalidade *sine qua non*. Esses correctivos orientar-se-iam em duas direcções: a) a fim de restringir a teoria, considerada muito ampla nos resultados a que conduz; b) a fim de fazer face aos problemas suscitados pela sobredeterminação causal. Em primeiro lugar, excluir-se-iam da indagação as condições irrelevantes, o que se poderia conseguir pela recondução da situação a um tipo determinado, por uma operação de qualificação (considerando-se, então, a condição irrelevante se ela não entrasse nos elementos desse delito especial), ou pela distinção entre as condições do dano e as meras ocasiões da sua ocorrência. Importante seria, também, o recurso a uma certa abstracção. Em segundo lugar, e no que toca às situações de sobredeterminação causal, a tentativa de solução passa pela consideração do resultado em concreto ou pela modificação da indagação pela introdução do *Ness-test*. Sobre os dois últimos aspectos focados, cf. o que se dirá *infra*. V., igualmente, p. 44 e ss. para a consideração de algumas das críticas do autor que agora acompanhamos aos correctivos a que nos referimos.

¹⁴⁵ Para se perceber a tecnicização a que aludimos, pensemos, *brevi momenta*, no modelo de subsunção segundo leis científicas de que nos dá conta RANIERO BORDON, *Il nesso di causalità...* cit., p. 50 e ss. [cf., também, BORDON/ROSSI/TRAMONTANO, *La nuova responsabilità civile, ...* cit., p. 66 e ss., falando das duas funções do nexos de causalidade: *accertamento della responsabilità* e *estensione della responsabilità*]. Na verdade, conforme explicita o autor, como o critério hipotético assente na mera experiência e capacidade intelectual do julgador não é um elemento seguro e uniforme de ponderação, nasce o modelo da *sussunzione sotto leggi di copertura*, ou seja, lança-se mão de leis da natureza e da ciência. Não bastaria, portanto, ver se um comportamento pode ou não ter originado o evento, mas impõe-se que seja verificado à luz de uma regra de cobertura – universal ou científica – se no caso tal ocorreu (cf. p. 51). Mais concretamente, “utiliza-se o procedimento de eliminação mental da *conditio sine qua non*, mas para responder à questão de saber se o evento sempre se teria verificado recorre-se a uma lei de cobertura que justifica cientificamente a conexão entre o facto e o evento” (*loc. cit.*). Veja-se, ainda, p. 56, onde o autor explica que muitas das leis científicas se baseiam em dados estatísticos, o que implica transformar a relação causal num juízo de tipo probabilístico/estatístico. Não é, pois, à toa que alguns autores evidenciam a afinidade entre a doutrina da equivalência condicional e um certo entendimento da teoria da causalidade adequada. O recurso a uma lei de cobertura científica não é, porém, unânime. Muitos são os que sustentam que se deve recorrer às máximas da experiência, sobre a regularidade estatística, sem que seja imprescindível o apego científico. Do mesmo modo, parece que a jurisprudência terá preferido um conceito lógico de probabilidade em detrimento daqueloutro estatístico.

conduzidos a dúvidas, se não mesmo a resultados dubitativos do ponto de vista da justeza material dos mesmos.

Com o que é o segundo plano anunciado que entra em jogo – o plano intrassistemático ou puramente dogmático.

Ao dissociar-se completamente da intencionalidade jurídica e da materialidade que lhe subjaz, a doutrina da *conditio sine qua non*, pese embora as soluções inatacáveis do ponto de vista lógico a que chega^{146 147}, ou conduz a resultados indesejáveis¹⁴⁸ ou não permitir resolver logradamente a interrogação que mobiliza o juízo decisório^{149 150}

151 152 153 154 155 156

Independentemente das clivagens entre os autores e/ou os tribunais, parece ficar claro o sentido da crítica que dirigimos à condicionalidade *sine qua non*, o qual, aliás, é, em certa medida, partilhado pela adequação.

Nesse sentido, cf. M. BONA, “Nesso di causa”, *Danno e responsabilità*, nº4, 2006, p. 395 a 403, aqui p. 396, também citado por BORDON, a partir do qual, inclusivamente, tomamos conhecimento do primeiro, abrindo as portas da nossa pesquisa bibliográfica. É que, de acordo com o ensinamento de BONA, a causalidade para o direito implica uma determinada interpretação de uma regra de responsabilidade, facto que pode determinar uma diferente solução relativamente ao apuramento técnico da causa. Acerca do modo como deve ser entendida a causalidade para o direito, veja-se, *infra*, o que se dirá sobre o tópico.

¹⁴⁶ Parece, no entanto, haver autores que recusam inclusivamente a perfeição lógica a que se alude. ROXIN parece acusar a doutrina de uma certa tautologia. Cf. *Derecho Penal. Parte General* (tradução espanhola), Tomo I, Editorial Civitas, Madrid, 1997, p. 350.

¹⁴⁷ Destacando alguns dos méritos da doutrina da *conditio sine qua non*, cf. RANIERO BORDON, *Il nesso di causalità... cit.*, p. 44 (referindo, designadamente, a sua automaticidade e a sua objectividade) e V. GERI, “Il rapporto di causalità in diritto civile”, *Responsabilità civile e previdenza*, 1983, p. 187 a 209 e 298 a 353, aqui p. 314 (evidenciando que, através dela, se consegue claramente cindir a culpa da causalidade).

¹⁴⁸ Cf. RANIERO BORDON, *Il nesso di causalità... cit.*, p. 45. Veja-se, também, TRAEGER, *Der Kausalbegriff... cit.*, p. 221 e ss.

¹⁴⁹ Cf. KARL ENGISCH, *Die Kausalität als Merkmal der strafrechtlichen Tatbeständ*, 1931, p. 21, considerando que apenas é possível saber o que teria acontecido eliminando o elemento que se pretende reputar como causal se o impacto dele no processo conducente ao dano já estivesse estabilizado *a priori*. Veja-se, ainda, a este propósito, em sentido concordante e apoiando-se igualmente no testemunho do autor, M. GRAZIADEI/D. MIGLIASSO, “Conditio sine qua non”, *Digest... cit.*, p. 37.

¹⁵⁰ A doutrina limitar-se-ia a importar para o mundo jurídico a noção de causalidade própria das ciências exactas e com isso mostrou-se incapaz de captar a intencionalidade dos casos jurídicos.

Cf., porém, PEREIRA COELHO, “O nexos de causalidade...”, ... *cit.*, p. 183. Em bom rigor, o autor mostra, ademais, que o princípio da causalidade como condicionalidade é forjado no domínio filosófico, não sendo acolhido no plano científico puro.

Devemos, por isso, esclarecer que, quando apodamos de naturalista ou determinista das concepções em apreço, o que pretendemos sublinhar é o decalque nítido de um tipo de pensamento que, herdeiro de uma impostação cientifista, derrama um olhar explicativo sobre a realidade. Ora, é esse mesmo olhar que – e sem querermos agora mergulhar na discussão filosófica estrita – se mostra inaceitável do ponto de vista da juridicidade, preocupada com juízos de valor e não juízos de ser. Cf., ainda, a este propósito, ANA PERESTRELO DE OLIVEIRA, *Causalidade e imputação... cit.*, p. 52.

Veja-se, ainda, ANTUNES VARELA, *Das obrigações... cit.*, I, p. 883. O autor alerta que se trata de “um conceito manifestamente vazado nos moldes das ciências naturais, ao gosto da velha escola positivista, sem a menor audiência das finalidades específicas do direito”.

¹⁵¹ Sobre o ponto, cf. CALIXTO DÍAZ-REGAÑÓN GARCIA-ALCALÁ, “Relación de causalidad e imputación objetiva en la responsabilidad civil sanitaria”, *Indret*, 1/2004, www.indret.com. Tendo como horizonte de referência a responsabilidade da administração pública no contexto sanitário, o autor tece algumas considerações a propósito da doutrina da *conditio sine qua non*, para, de modo simplificado, nos dizer que qualquer pretensão indemnizatória se há-de estribar, entre outros requisitos, na demonstração de um nexos de causalidade, o qual se indaga a partir da doutrina da equivalência das condições, corrigida, para evitar

Desde logo, há a considerar todos aqueles casos em que se desvela um comportamento do lesado que, concorrentemente, desempenha um papel activo no processo causal. E não falamos só das hipóteses de concorrência de culpas do lesado – a encerrar a *vexata quaestio* da qualificação do seu âmago como um problema atinente à culpa ou à causalidade –, mas também daquelas em que o processo causal tem início

o regresso *ad infinitum*, pela aplicação de outros critérios de imputação objectiva. Tempo, pois, para dar conta de algumas das insuficiências patenteadas pela equivalência condicional, mostrando que as mesmas terão estado na origem da superação de uma visão estrita do critério pela fórmula da condição ajustada às leis da natureza (cf. p. 4). A justificação da mutação passa, na lição do autor, pela constatação da necessidade de, no que à primeira formulação respeita, se conhecer a relação de causalidade, pelo que, em caso de desconhecimento da relevância virtual de uma determinada condição concreta, não será viável chegar, pela sua supressão mental, a um resultado seguro. Propõe, por isso, o autor que, em caso de dúvida, o problema seja remetido para os peritos que atestam a condicionalidade segundo as leis da natureza (cf. p. 4).

Mais do que a exclusão da condicionalidade irrelevante, parece apontar-se aqui para a busca da real causa do dano, ao que acresce o pendor naturalista com que o problema parece vir tratado. A ser corrigido, no entanto, pela introdução subsequente dos parâmetros de imputação objectiva, a obstar à equiparação absoluta entre a determinação da causalidade e a imposição de responsabilidade (cf. p. 5).

Note-se que GARCIA-ALCALÁ entende jogar-se aqui uma questão mais imputacional do que causal (cf. p. 7).

¹⁵² Veja-se, quanto ao ponto, TONY HONORÉ, “Necessary and sufficient conditions in tort law”, *Philosophical Foundations of Tort Law*, DAVID G. OWEN (ed.), Clarendon Press, Oxford, p. 363 e ss. HONORÉ detém-se na discussão que opõe a necessidade à suficiência condicional para se imputar a responsabilidade a um sujeito. Dito de outro modo, centra-se naquilo que, de uma dada perspectiva, é visto como a causalidade de facto. Mas não deixa de ser elucidativo do estado da questão as críticas que dirige ao *but-for test*, entre nós equiparável à doutrina da *conditio sine qua non*. E se, na *Common Law*, não se dá por finalizada a matéria com a inquirição a que se alude, não deixam de ser paradigmáticas dos problemas e aporias a que a mesma conduz as críticas que se lhe dirigem. Nesse sentido, afirma o autor que o teste tem importância para excluir factores que nenhum impacto tiveram num particular curso de eventos, mas que noutras situações acaba por relegar para o patamar da irrelevância condições que, de facto, derramaram a sua influência no rumo dos acontecimentos.

A propósito da possível adopção da doutrina da suficiência da condição, veja-se o que diremos *infra*, limitando o apontamento, por ora, à crítica que perfunctoriamente HONORÉ lhe dirige, no pórtico de abertura do texto aqui citado. Indefinição, indeterminação, inviabilidade de fundar uma teoria coerente da causalidade são alguns dos anátemas que sobre ela recaem (cf. p. 364)

No mesmo sentido a propósito do *but-for test*, cf. RICHARD W. WRIGHT, “Causation, Responsibility, Risk, Probability, Naked Statistics and Proof: ...”, ... cit., p. 1001 e ss. (aqui p. 1022, nota 1)

¹⁵³ Cf. CHRISTIAN VON BAR, *The Common European Law...* cit., p. 413.

¹⁵⁴ Problemas avultariam, desde logo, pela naturalização a que por seu intermédio seríamos conduzidos, a propósito da omissão. Sobre o ponto, evidenciando o modo de resolução da aporia no quadro da doutrina da *conditio sine qua non*, cf. CHRISTIAN VON BAR, *The Common European Law...* cit., p. 413, considerando que uma omissão seria causal quando com o cumprimento do dever o dano não teria avultado.

¹⁵⁵ Veja-se, quanto a tais insuficiências, a crítica apontada por M. GRAZIADEI e D. MIGLIASSO, no comentário à decisão da Corte di Cassazione, sezione unite penale, 10 Julho de 2002, in *Digest...*, p. 35 e ss., aqui p. 37 e ss. Aduzem os autores que a teoria nos adianta pouco quando o nexos de causalidade é suportado por evidências científicas controversas e, ao invés, “saber o que teria acontecido quando um certo factor seja eliminado do curso causal só é possível se a contribuição dele para a produção do evento danoso for suficientemente conhecida e não necessitar de ser demonstrada no caso particular”. Ou seja, e continuando a acompanhar o comentário, “quando não há certeza científica acerca da causa, a descoberta do nexos de causalidade com base na *conditio sine qua non* redundante na intuição ou no senso comum”, embora admitam que o problema fica atenuado no domínio civilístico, pela possibilidade de se proferir uma sentença com base na probabilidade razoável em vez da certeza.

¹⁵⁶ Considerando que parte da inadequação da doutrina resulta das diferenças que separam o direito civil do direito penal, cf. RANIERO BORDON, *Il nesso di causalità...* cit., p. 45.

num comportamento da vítima, adoptado em face da influência psicológica que um terceiro sobre ela exerceu. Lembramo-nos, num exercício de chamada à colação de uma memória pré-disponível dos problemas com que o sistema se vai debatendo, das situações de responsabilidade por informações¹⁵⁷.

Por outro lado, é a irremediável extensão da responsabilidade a que nos conduz que contra a própria testemunha^{158 159 160}. Basta para tanto recordar a decisão do Tribunal de Perugia e a celeuma por ela suscitada de que demos conta quando mergulhámos no tratamento que a jurisprudência dos vários ordenamentos jurídicos dispensa à problemática. Na verdade, o imbricamento em cadeia de acontecimentos opera-se com uma tal voracidade na realidade prática que torna imprestável um critério assente na pura conexão causal^{161 162 163 164 165}.

¹⁵⁷ Na verdade, sempre que o processo causal seja integrado por uma dimensão psicológica torna-se extremamente difícil, ou mesmo impossível, raciocinar em termos contrafactuais. Será que, sem o conselho recebido, o lesado teria actuado de forma diferente? Mas isso não afecta o núcleo de autonomia que predica a decisão em que radica, afinal, o agir humano?

¹⁵⁸ Nesse sentido, cf. VAZ SERRA, “Obrigação de indemnização...”, ... cit., p. 22-23; PEREIRA COELHO, “O nexos de causalidade...”, ... cit., p. 189 e ss.; ANTUNES VARELA, *Das obrigações*... cit., I, p. 884-885; ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações*, ...cit., p. 761-762; PESSOA JORGE, *Ensaio sobre os pressupostos* ... cit., p. 390 e ss. e *Direito das Obrigações*, 1º vol., AAFDL, Lisboa, 1975/1976, p. 569 e 573; SINDE MONTEIRO, “Rudimentos da responsabilidade civil”, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, ano 2º, 2005, p. 349 e ss., aqui p. 379; CARNEIRO DA FRADA, *Direito Civil. Responsabilidade civil*. ...cit., p. 101; MANUEL DE ANDRADE, *Teoria geral das obrigações*, 3ª edição, Almedina, Coimbra, 1966, p. 349; MENEZES CORDEIRO, *Da responsabilidade civil dos administradores*... cit., p. 547 e *Direito das Obrigações*... cit., p. 334; RIBEIRO DE FARIA, *Direito das Obrigações*, I, ...cit., p. 498; GALVÃO TELLES, *Direito das Obrigações*, 7ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2010 (reimpressão), p. 404 e ss., em especial p. 408 e ss.; PAULO MOTA PINTO, *Interesse contratual negativo*... cit., p. 655 e “Sobre a condição e causa na responsabilidade civil (nota a propósito do problema da causalidade da causa virtual)”, p. 1 (a paginação corresponde à versão não publicada, que nos foi facultada previamente pelo autor); CHRISTOPHE QUÉZEL-AMBRUNAZ, *Essai sur la causalité*... cit., p. 35; RANIERO BORDON, *Il nesso di causalità*... cit., p. 45; G. VALCAVI, “Intorno al rapporto di causalità nel torto civile”, ...cit., p. 488 (cf., também, “On juridical causation in civil liability due to non-performance and unlawful conduct”, ... cit., p. 32 do documento digital).

¹⁵⁹ Cf., quanto ao ponto, W.V.H. ROGERS, *Winfel and Jolowicz* ... cit., p. 212 e 213, adiantando que a *conditio sine qua non*, identificada ao nível da *Common Law* com o *but-for test*, não serve para restringir a responsabilidade, sendo, amiúde, visto como um primeiro filtro no sentido da eliminação das condições irrelevantes.

¹⁶⁰ Cf., também, CHRISTIAN VON BAR, *The Common European Law*... cit., p. 438, considerando que a falha central da doutrina da *conditio sine qua non* reside na particularidade de a mesma não lograr diferenciar as meras condições das causas do dano, tratando-as todas de igual modo.

¹⁶¹ Sobre esta crítica em especial, cf., *inter alia*, ANTUNES VARELA, *Das obrigações*... cit., I, p. 885; PEREIRA COELHO, “O nexos de causalidade...”, ... cit, nº75, e p. 80; GOMES DA SILVA, *O dever de prestar* ... cit., p. 67 e ss.

Veja-se, ainda, LUÍS MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, ...cit., I, p. 359 e nota 760, considerando que “o que caracteriza o conceito de causa de um evento é apenas a imprescindibilidade de uma condição para a sua verificação não se justificando estabelecer qualquer apreciação da relevância jurídica dessas condições”, pelo que “se duas empregadas de restaurante, actuando isoladamente uma da outra, colocarem veneno na comida de uma pessoa em doses individuais insuficientes para lhe causarem a morte, mas vindo esta a ocorrer em resultado do efeito conjugado das duas doses, qualquer dessas doses é considerada causa da morte, uma vez que se qualquer delas fosse retirada, o evento deixava de se verificar”.

¹⁶² Porque a doutrina da *conditio sine qua non* remonta, como dissemos, ao quadro filosófico de inspiração millesiana, importa dar aqui nota da advertência feita por PEREIRA COELHO (cf. “O nexa de causalidade...”, ... cit., p. 181, nota 1). Na verdade, afirma-se amiúde que a doutrina em causa abre a porta ao infinito. Alerta o jurista português que tal não é necessariamente assim, no quadro filosófico do problema. E não é porque, quando STUART MILL “define a causa como a totalidade das condições, não compreende entre tais condições também os seus antecedentes mediatos, isto é, as condições das condições”. Cf. STUART MILL, *A system of logic*... cit., p. 392 e ss.

Diante da explicação – que, saliente-se, não leva o autor a aderir à posição jurídica equivalente – concita-se uma dúvida e afirmam-se razoáveis alguns esclarecimentos.

Em bom rigor, como distinguir as condições das condições, os tais antecedentes mediatos, das condições imediatas e próprias?

A imprestabilidade de tal juízo – quando normativamente assumido, ao vestir a roupagem da teoria da equivalência das condições – só se logrará compreender, porém, na bifurcação de perspectivas. Centrando-nos no dano concretamente sofrido, indagamos *ex ante* se ele foi causado pelo comportamento do putativo lesante para, de acordo com a doutrina em apreço, respondermos que sim, sempre que surja como uma condição sem a qual não teria sobrevivido. Pergunta-se, então, e se confluir mais do que uma causa juridicamente atendível como eleger uma como o pólo de imputação da responsabilidade?

Prospectivamente, olhamos para a multiplicidade de danos sobrevividos. Operando a realidade segundo uma cadeia de causas e efeitos, como balizar o dano indemnizável?

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

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

Também no sentido de mostrar a impraticabilidade da adopção da doutrina da *condition sine qua non* no quadro do direito civil, embora não se pronuncie sobre a prestabilidade da mesma no âmbito penalista, cf. VAZ SERRA, “Obrigação de indemnização...”, ... cit., p. 23. O autor atesta, remontando a exemplos fornecidos por POTHIER e HECK – assumidos, desde então, como exemplos de escola [é o caso do estudante que empresta um livro a um amigo, combinando-se que o mesmo seria restituído em certo dia e a dada hora. Não sendo cumprido o acordado, resolve ir a casa do segundo buscá-lo e no caminho é atropelado e morre. Note-se que o caso poderia ser inteligido sob a óptica do direito contratual ou não estivéssemos nós diante de uma hipótese de comodato. De todo o modo, como o tratamento da obrigação de indemnização a que os autores se atêm para questionar o problema da causalidade é unitário, a ressalva não releva para a abordagem comunicada por VAZ SERRA] – que a mesma conduziria a um alargamento desmedido da responsabilidade.

Cf., ainda, OLIVEIRA ASCENSÃO, *Acção finalista e nexa causal*... cit., p. 115. Debruçando-se sobre a doutrina da *conditio sine qua non*, o autor vem a considerar que “a corrente causal segue ininterrupta mesmo quando nela se imiscua a actuação dolosa ou culposa de alguém. Também as predisposições da vítima não podem ser consideradas”. No fundo, e continuando a acompanhá-lo, “corre-se o risco da regressão infinita”. Para lhe obstar, chama-se à liça a proibição do regresso, entendendo-se que a vontade dolosa corta com tudo o que ficou para trás. Sobre o ponto, cf. DEUTSCH, «Regreßverbot und Unterbrechung des Haftungszusammenhangs ...», ... cit., p. 551 a 553. Com um posicionamento crítico diverso, veja-se o testemunho do jurista português citado em último lugar. Entende o autor que há nexa de causalidade, havendo, porém, a intervenção do direito no sentido de impedir as suas consequências (cf. p. 118). Simultaneamente, considera o autor não se poder atacar a doutrina com base nesta ideia de regressão ao infinito, na medida em que ao nexa causal não se pode apontar o papel de fundamentação da responsabilidade, devendo reservar-se algumas das funções que lhe são confiadas para a intervenção posterior da culpabilidade. Sem que tal implique, *mutatis mutandi*, a adesão incondicional dele aos postulados condicionalistas. Vários são os índices da crítica que contra eles desfere. A saber: a) contradição com o direito positivo; b) absurdo dogmático que representa; c) falta de protecção dos interesses fundamentais; d) punição do simples desejo; e) inaplicabilidade no caso de várias actividades; e) falência no que respeita à omissão [cf. p. 121].

Sobre a proibição de regresso, num enquadramento normativo diverso que se estriba na noção de risco, cf., inspirados em GÜNTHER JAKOBS, SALVADOR CODERCH e JUAN ANTONIO RUIZ GARCIA, “Problemas de la responsabilidad civil en derecho español”, *Europa e diritto privato*, 2, 1999, p. 419-420. A adopção

do critério da proibição de regresso em Espanha ter-se-á ficado a dever a PANTALÉON, “Causalidad e imputación objetiva”, *Centenario del Código Civil II*, ...cit., p. 1561 e ss. (com o critério pretendia-se eliminar a responsabilidade do pretenso lesante se supervenientemente surge uma conduta dolosa ou muito grave de um terceiro, salvo se esta puder ser vista como tendo sido favorecida pela actuação do primeiro. Note-se que não bastaria uma conduta culposa ou dolosa, para que a exclusão da imputação se operasse. Fundamental seria que o grau de culpa do terceiro fosse superior ao grau de culpa do demandado).

Acerca da possível recondução do pensamento a um regresso *ad infinitum*, veja-se, ainda, LARENZ, *Schuldrecht*, I, ... cit., p. 434.

¹⁶³ Para contornar estas deficiências, alguns autores propuseram entendimentos que, partindo do conceito de condição, visavam eleger, entre todas, aquela ou aquelas que pudessem ser relevantes do ponto de vista da imputação delitual. Não é outra coisa aquela a que assistimos pelo confronto com a prática judicativa de muitos ordenamentos jurídicos. Aliás, em bom rigor, a dualização do processo de determinação da causalidade em dois estádios ou, para utilizar a expressão inglesa, *two step approach* indicia isso mesmo. Surgem, então, doutrinas como a da consequência necessária; a da causa eficiente; a da consequência directa; a da consequência imediata; a da causa próxima.

A doutrina da consequência necessária acaba por, na única interpretação viável para a mesma, conduzir a uma ideia de probabilidade – cf. A. M. HONORÉ, “Causation and remoteness of damage”, ...cit., p. 37-38. Indemnizar-se-á a consequência que, no momento da prática do acto, à luz das circunstâncias, era certo que ocorresse.

Para uma crítica de um entendimento estrito da doutrina da causa necessária, cf. HART e HONORÉ, *Causation...* cit., p. 437-438. Na verdade, primitivamente, entendeu-se que a causa era necessária quando, verificada a alegada causa, necessariamente se seguiria o evento. Percebeu-se, no entanto, mais tarde que a experiência humana não requer acontecimentos deste tipo determinista e que só uma panóplia de condições objectivas e subjectivas pode determinar a produção do dano. [Sobre a doutrina da *Notwendigkeitstheorie*, aquela que considera causa a condição que tivesse o resultado necessário e inevitável, ou seja, em que a probabilidade do resultado deve ser de 100%, cf. FRITZ LINDENMAIER, “Adäquate Ursache und nächste Ursache...”, ... cit., p. 218 e ss.]

A doutrina da causa eficiente (*Wirksamste Bedingung*), ripristinando a visão aristotélica da causalidade e remontando ao pensamento de BISKMEYER (cf. *Über Ursachenbegriff und Kausalzusammenhang im Strafrecht*, Rostock, 1885, p. 1 e ss.), vem afirmar que, de entre todas as condições sem as quais o dano não teria ocorrido, só releva aquela que se puder dizer eficaz, ou seja, aquela, a que ligando-se uma força produtiva mais elevada, pode ser destacada das restantes – cf. A. M. HONORÉ, “Causation and remoteness of damage”, ...cit., p. 38. Integrar-se-iam, aqui, segundo o autor, as doutrinas da condição mais activa, da condição mais proeminente, da causa real, da condição que desequilibra as forças numa situação de equilíbrio (cf. BINDING, *Die Normen und ihre Ursache*, 2. Aufl., 1890, p. 115 e ss: causa seria o comportamento que muda o equilíbrio entre as condições favoráveis e desfavoráveis para o resultado, beneficiando as favoráveis. Cf., numa referência a BINDING e à causa decisiva entre as condições impulsivas e obstativas, VAZ SERRA, “Obrigação de indemnização. ...”, ... cit., p. 25), da condição que altera a direcção dos acontecimentos. Só que a visão causal e naturalista colhida do mundo físico quadra mal, desde logo, com a possibilidade de ocorrência de danos ligados imputacionalmente a uma omissão. Acresce que dificilmente o juiz poderia vir a determinar com exactidão qual o potencial energético comunicado por cada uma das condições, pelo que, em última instância, ele decidiria com base no seu poder discricionário. Cf. HART e HONORÉ, *Causation...* cit., p. 438. Este seria, aliás, um dos pontos de edificação da doutrina de VON BURI.

No sentido da primeira crítica, cf. o que atrás ficou dito sobre o pensamento de VALCAVI.

Para um elenco dos principais méritos da lição de BISKMEYER, cf. HART e HONORÉ, *Causation...* cit., p. 440. Importante referir, contudo, que eles se encontram mais nas potencialidades de reconstrução da teoria do que propriamente no sentido literal dela colhido. Saliente-se, *inter alia*, a possibilidade de a mesma ser interpretada no sentido de sublinhar o carácter perigoso de um determinado acto, tendo em conta a frequência da ocorrência, naquele âmbito, de um certo dano. A este propósito cumpre trazer a lume a advertência feita por HART e HONORÉ e lançar a ponte dialógica com o que à frente será expandido. Na verdade, alertam os autores para o facto de, com esta reconstrução doutrinária, se perder a intencionalidade originária da doutrina que deixaria de ser vista como uma doutrina de individualização para passar a integrar o grupo das doutrinas de generalização. [Para a explicitação dos conceitos, cf. *infra* a classificação que os mesmos autores fazem das diversas teorias acerca da causalidade].

No que à ponte dialógica diga respeito, lance-se o desafio de ponderar em que medida o problema da causalidade não pode continuar a ser visto como um todo unitário e de reflectir acerca da (im)prestabilidade da doutrina em apreço para alguns casos de danos puramente patrimoniais,

designadamente aqueles de que curámos num outro trabalho (cf. MAFALDA MIRANDA BARBOSA, *Liberdade versus responsabilidade...cit.*)

Vide, ainda, para uma crítica da doutrina da causa eficiente, PEREIRA COELHO, “O nexos de causalidade...”, ... cit. p. 198-199. Para outros desenvolvimentos, cf. RANIERO BORDON, *Il nesso di causalità... cit.*, p. 60 e ss. (a doutrina da causalidade eficiente elimina os factos que apenas constituíram uma ocasião do evento danoso. Note-se, porém, que ela pode conhecer diversas interpretações, que podem redundar numa variedade de teorias).

De acordo com a doutrina da consequência directa, o lesante é responsável pelas consequências directas do seu comportamento. Entender-se-ia que faltava a conexão causal quando elas fossem indirectas, ou, existindo-a, razões de política legislativa determinariam a sua não indemnizabilidade. Cf. A. M. HONORÉ, “Causation and remoteness of damage”, ...cit., p. 41 e toda a discussão em torno do tema a que se assiste em Itália. Não só se patenteiam dificuldades na dilucidação do carácter indirecto ou directo da consequência, como, no plano do direito positivo, se assiste as mais das vezes à indemnização de danos indirectos. Donde é possível notar duas observações. Uma primeira para mostrar que a doutrina acaba por, muitas vezes, ser conduzida à determinação ou não da normalidade da consequência experimentada, pelo que redundar, afinal, num juízo probabilístico próximo da adequação [Saliente-se, contudo, que muitos são os autores que vêm peremptoriamente afirmar a não coincidência entre um juízo de adequação e um juízo de normalidade. Assim, KLUG, “Erfordernisse des adäquaten Kausalzusammenhangs. Verhältnis von Verursachung und Schuldfrage”, *Archiv für die civilistische Praxis*, 150, p. 452]. Não é em vão que em Itália, onde o ordenamento jurídico positivo consagra o dito critério, muitos autores o interpretam no sentido aqui explicitado. Uma segunda nota para vincar que o efeito útil dela parece ser o de excluir do âmbito do ressarcimento os danos reflexos. Mas, se assim é, o que parece estar em causa é verdadeiramente uma circunscrição de danos a partir da concepção de ilicitude. Com o que se percebe melhor, agora de uma perspectiva comparatística que perscruta mais fundo que a mera formulação divergente das categorias, o modo como o problema é tratado no sempre presente ordenamento italiano. Na verdade, centra-se, ali, o debate em torno da noção de dano injusto. Parece, então, fazer sentido o alerta de HONORÉ (A. M. HONORÉ, “Causation and remoteness of damage”,... cit., p. 42) de que em jogo estariam verdadeiramente *policy considerations*. E com ele a percepção do carácter normativo que o problema em debate encerra, a despeito da tentativa de naturalização e tecnicização do mesmo. Dito de outro modo, mesmo no âmbito de teorias explicativas causais, a presença – ainda que não conscientemente formulada – da ilicitude ou de categorias que cumpram, além-fronteiras, a mesma função é uma constante. Sobre o ponto, e bem assim sobre a estreita ligação entre o modo como concebemos a causalidade e o quadro de imputação delitual em que a mesma se insere, cf. o que será dito *infra*.

Para uma diferenciação entre a doutrina da causalidade directa e a ideia de previsibilidade, cf. ANDRE TUNC, « Les récents développements des droits anglais et américain sur la relation de causalité entre la faute et le dommage dont on doit réparation », ...cit., p. 9-10. Designadamente, sobre a ideia de dano directo e a sua relação com o dano previsível, em diálogo com a lição acerca da chamada *conséquence naturelle*, cf. p. 33.

Encontramos aí, também, interessantes apontamentos acerca do modo como se pode concretizar o referido critério do carácter directo do dano: « le dommage que l'ont peut, en fait, faire remonter à la negligence d'une manière suffisamment directe et qui n'est pas dû à l'effet des causes indépendantes sans rapport avec elle ». Note-se, porém, no desenvolvimento subsequente que é feito por TUNC, no cotejo do ordenamento jurídico francês com os ordenamentos anglo-saxónicos, o registo da confluência denunciada posteriormente, por alguns autores, entre os dois critérios. No artigo citado, cf., ainda, p. 39 e ss., para maiores desenvolvimentos [Avultam aí algumas ideias importantes de que aqui damos conta: inviabilidade de se assumir o carácter directo do dano em sentido estrito; não satisfação da concretização do critério com apelo à similitude com a noção de causa próxima, consequência ordinária ou natural. Não aceitando a ideia de reparação integral das consequências da *faute*, ainda que limitada pela obrigação da vítima de reduzir ao mínimo as consequências dela, TUNC rejeita, *mutatis mutandi*, os diversos critérios propostos à época nos sistemas anglo-saxónicos para resolução do problema da limitação da indemnização, quais sejam o critério da previsão razoável, o critério da causa próxima ou da consequência natural – cf. p. 42].

Sobre a doutrina das consequências imediatas, cf., igualmente, a crítica tecida por VAZ SERRA, “Obrigação de indemnização...”, ... cit., p. 45 e ss. São dois os elementos integradores daquela: a dificuldade de operar a distinção entre danos directos e indirectos e a injustiça de, podendo ser estabelecida a cesura, ficarem aquém da reparação certos danos. Concordando genericamente com a imposição das coisas apresentada pelo insigne civilista, a adesão incondicional à doutrina da causalidade adequada implica que, na escarpelização crítica, se apresentem exemplos a nosso ver de duvidoso acerto

judicativo. Fala-se ali do caso tratado na jurisprudência alemã (e por nós referido nas páginas iniciais) do senhor que tem de usar uma perna artificial em virtude de um acidente, caindo passado um tempo como consequência da limitação física de que padece. Considera VAZ SERRA ser este um exemplo de um dano indirecto que merece ser indemnizado, solução que nos concita as maiores dúvidas.

Paradigmático a este ensejo é a asserção fornecida pelo autor (cf. p. 45) – “o resultado pode ter outras condições mais importantes e próximas e, todavia, dever ser ligado a certo facto pelo laço da conexão causal”. Uma vez mais estamos em sintonia com a ideia expressa. Contudo – e adiantando algumas considerações subsequentes – custa-nos a perceber que a mesma ideia força não seja atentamente tida em conta quando nos debruçamos sobre a doutrina da causalidade adequada. Se não vejamos. Um facto pode ser adequado a produzir o dano e interpor-se outro que, não sendo anormal, não pode deixar de ser sopesado, sobretudo se for intencional. António é ferido por Bernardo e, no transporte para o hospital, é furtado nos seus haveres, sendo certo que aquela zona era conhecida por todos pelos elevados índices de criminalidade que ali ocorriam. Deve Bernardo responder pela subtracção da coisa? E qualquer que seja a resposta, considerada que seja a probabilidade de tal ocorrer, não deveríamos perceber que se trata aqui de um problema de imputação do dano a alguém e não uma mera questão causal?

Para maiores desenvolvimentos acerca da possível interpretação da doutrina das consequências directas e imediatas, a que, no ordenamento jurídico italiano, o jurista acaba por ser conduzido por via do artigo 1223º Código Civil, cf. CARLO ROSSELLO, *Il danno evitabile...cit.*, p. 18 e ss. Dois são os olhares possivelmente derramados sobre a teoria: interpretação segundo a ideia de nexos de regularidade causal (que o autor critica pelas aporias a que conduz, designadamente a incerteza quanto ao critério de avaliação daquela, a oscilar entre a normalidade da experiência ou a ancoragem em parâmetros de regularidade estatística); enquanto causalidade específica, levando à afirmação dela quando o evento, segundo a experiência, constitua a realização de um risco criado para um determinado antecedente, vindo a coincidir com o escopo da norma violada (cf. p. 19). Salienta ROSSELLO que “as consequências mediatas segundo um ângulo visual (metanormativo) da regularidade estatística podem considerar-se imediatas e directas (no sentido normativo qualificado) quando se refiram e sejam reconduzidas ao evento danoso” (p. 21). Cf., ainda, N. COVIELLO, “Intorno alla risarcibilità dei danni indiretti e mediati”, *Giurisprudenza italiana*, 1897, I, 23 e ss.; D. MANDRIOLI, “Le conseguenze immediate e dirette dell’inadempimento doloso”, *Rivista di Diritto Commercial*, I, 1921, p. 56 e ss.; CHIRONI, *La colpa nel diritto civile odierno*, Turin, 1879, p. 486 e ss.

Veja-se, ainda, numa referência ao estado da questão no ordenamento jurídico brasileiro, GUSTAVO TEPEDINO, “Notas sobre o nexos de causalidade”, *Revista Trimestral de Direito Civil*, ano 2, vol. 6, 2001, p. 3-19, aqui p. 4 e ss. Rememorando a lição de AGOSTINHO ALVIM, considera o autor que a doutrina não exclui a indemnização do dano indirecto, antes exigindo um nexos necessário entre o dano e o comportamento do agente, assim afastando o ressarcimento dos prejuízos que possam ter outras causas, designadamente os chamados danos em ricochete (cf. p. 5). Salientando ser essa a doutrina consagrada no artigo 1060º do Código Civil brasileiro, TEPEDINO adverte, ainda, para o facto de a doutrina ter sofrido uma evolução, dando origem à chamada *subteoria da necessidade da causa*, sobre a qual, e usando o seu próprio verbo, refere: “em outros termos, o dever de reparar surge quando o evento danoso é efeito necessário de certa causa. Pode-se identificar, assim, na mesma série causal, danos indirectos, passíveis de ressarcimento, desde que sejam consequência directa, porque necessária, de um acto ilícito ou actividade objectivamente considerada” (cf. p. 6). Relevante dado, pois, não à distância do dano relativamente à causa, mas à interferência de outras causas. Não se estranha, portanto, que o autor considere equivalente à doutrina da causalidade directa e imediata aqueloutra da interrupção do nexos causal (cf. p. 4). Mais se adiante – e agora deixando o plano conceptual da teorização dogmática para nos quedarmos na prática jurisprudencial desta páis – que TEPEDINO salienta não haver uma perfeita harmonia dos tribunais na chamada à colação fundamentadora das diversas teorias. Antes se assiste ao tendencial ecletismo com que a questão é resolvida pelos Tribunais, evidenciando-se o temperamento da teoria da equivalência das condições pela doutrina da causa relativamente independente. Diz-nos o autor a p. 10 que “a causa relativamente independente é aquela que (...) torna remoto o nexos de causalidade anterior, importando aqui não a distância temporal entre a causa originária e o efeito mas sim o novo vínculo de necessidade estabelecido, entre a causa superveniente e o resultado danoso. A causa anterior deixou de ser considerada, menos por ser remota e mais pela interposição de outra causa (...) estabelecendo-se outro nexos de causalidade”, donde, concluindo pela adesão ainda que não nominal à causa necessária, sentido com que interpreta a causalidade directa e imediata, conclui que, “em termos práticos, chegam a resultados substancialmente idênticos, na jurisprudência brasileira, os factores da teoria da causalidade adequada e da teoria da interrupção do nexos causal, empenhados em identificar o liame de causalidade necessária entre uma causa remota ou imediata – desde que se trate de causa relativamente independente – e o resultado danoso” (cf. p. 10). Pesará nessa aproximação a que se alude o facto de a causalidade

adequada ser não raras vezes tratada sob a óptica da concretude e não da abstracção. Nesse sentido, cf. as decisões dos tribunais superiores de que fala o autor, p. 12 e ss. No fundo, o que o autor patenteia é a interpretação do citado artigo 1060º Código Civil, atido ora à teoria da interrupção do nexos causal, ora à teoria da causalidade adequada, no sentido da consagração da causalidade necessária – cf. p. 14. Havendo mais do que uma causa directa, passa a “difusa decisão jurisprudencial [por] estabelecer qual dessas causas é preponderante” (p. 14). Na falta dela, “reparte-se o dever de indemnizar, invocando-se a chamada culpa concorrente” (p. 15, 18 e 19).

A teoria da causa próxima erige em causa do dano a condição que se possa considerar mais próxima daquele. Interpretada tal proximidade no sentido temporal, a doutrina recebe forte acolhimento nos Estados Unidos. De acordo com a explicação de HONORÉ, cuja sistematização acompanhamos aqui de perto (cf. A. M. HONORÉ, “Causation and remoteness of damage”, ... cit., 1971, p. 46), uma variante da doutrina é considerar a última conduta anti-jurídica. Se a última conduta humana não for susceptível de desencadear a responsabilidade ou se o último facto for um acontecimento natural, então legitima-se a indagação por causas mais remotas. Mas isso não obsta a que se considere a teoria insatisfatória. Tal como observa o autor, o último lesante pode encontrar-se insolvente, pode ter tido uma contribuição causal menos intensa para a ocorrência do dano que outro agente anterior.

Sobre a causa próxima, cf. WILLIAM L. PROSSER, “Proximate Cause in California”, ... cit., p. 369-425. Salienta o autor que o conceito de causa próxima é susceptível de múltiplas interpretações, a encobrirem questões de índole diversa. A primeira das quais se pode reduzir àquilo que o autor designa por causalidade de facto (cf. p. 375). Outro dos aspectos ínsitos à expressão *proximate cause* prende-se com o que o autor define como *apportionment of damages among two or more causes* (cf. p. 383). A envolver, bem como a miríade de outras questões que na expressão confluem, considerações de *policy*, que se afastam da linguagem causal.

No mesmo sentido, cf. ROBERT H. COLE, “Windfall and Probability: a study of cause in negligence law”, *California Law Review*, vol. LII, 1964, p.459-512 e 764-821. Considera o autor que muita da problematidade que encerra a mobilização do conceito de *proximate cause* se deve ao uso irreflectido da linguagem causal. Para ele, a essência daquele não reside na busca de certeza sobre a característica causal da conduta do agente face à lesão que emerge, mas no facto de ser *a matter of legal policy* (cf. p. 463). COLE vai mesmo mais longe. Dando conta das enormes dificuldades suscitadas pela mobilização da categoria causal no âmbito jurídico, conclui que o que se procura é chamar à colação, operacionalmente, argumentos acerca da *competitive fairness between the parties*, pelo que o juízo dever ser formulado em *noncausal terms* (cf. p. 468. V., também, p. 470). No fundo, antecipa-se assim aquilo que vai ser a conclusão preliminar do autor, potenciadora do desenvolvimento subsequente do tema a que se propôs: a causalidade surge conformada na contextura jurídica de uma clara índole normativa (cf. p. 472), podendo por isso assumir diversos sentidos consoante a operacionalidade funcional pela qual é chamada à liça. Falando de duas funções (determinar se o agente *had something to do with the injury* e mostrar *that it is appropriate to make the defendant pay for his breach*), entende que qualquer delas envolve a referência a critérios adicionais que permitam distinguir as proposições relevantes para cada uma. O que implica que nenhuma delas possa ser assumida como puramente causal (cf. p. 473). Dito de outra forma, e agora com o nosso verbo, COLE, a um tempo, cumpre com as suas lucubrações dois importantes objectivos. De um lado, põe a nú o carácter multicomplexo da noção de *proximate cause*, mostrando a não identidade entre ela e a doutrina individualizadora, de cariz naturalista, apodada com o mesmo termo. Por outro lado, e com uma intencionalidade que extravasa as considerações tidas por pertinentes nesta já longa nota, resulta translucidamente do apontamento o carácter normativo da causalidade, a implicar, posteriormente, no nosso trabalho, a apurada compreensão da relação por essa categoria de *imputatio* estabelecida com a realidade do ser.

Cf., igualmente, JOSEPH H. BEALE, “The proximate consequences of an act”, *Harvard Law Review*, vol. XXXIII, nº5, 1920, p. 633-658. Considera o autor que a determinação da consequência próxima do acto, com exclusão da relevância daquelas remotas, configura uma questão de direito (cf. p. 640), pelo que urge sedimentar aquilo que deve ser o seu conteúdo. Assim, e após uma apurada escarpelização dos fundamentos de algumas decisões jurisprudenciais, conclui BEALE que se podem assentar como requisitos para a proximidade do resultado: a) que o agente tenha agido ou omitido um acto, configurando a violação de um dever; b) que a força assim criada permaneça activa por si mesma ou tenha criado outra força que se mantenha actuante até directamente causar o resultado ou, derradeira hipótese, tenha criado um novo e activo risco que se torna actuante através da causa que positivamente gerou o resultado (cf. p. 658) [Note-se que BEALE se integra numa corrente formalista, considerando que a noção de causa se poderia encontrar pela análise das decisões jurisprudenciais na matéria]; e HEINRICH LANGE, “Herrschaft und Verfall...”, ... cit., p. 122 e ss.

Sublinhe-se, portanto, a inexistência de uma perfeita identidade entre a teoria da condição mais próxima ou mais eficaz e uma ideia de *proximate cause*, a coberto da qual se integram considerações de *policy* (Veja-se o testemunho de CHRISTOPHE QUÉZEL-AMBRUNAZ, *Essai sur la causalité...* cit., p. 49, nota 3). A propósito da condição mais próxima ou mais eficaz, veja-se, também, PEREIRA COELHO, *Obrigações. Aditamentos à Teoria Geral das Obrigações de Manuel de Andrade*, policopiado, Coimbra, 1963-1964, p. 455 e RIBEIRO DE FARIA, *Direito das Obrigações*, I,... cit., p. 499-500 (considerando que a mesma não colhe porque, “ou nos movemos no puro plano naturalístico, e, aí a cegueira ao mundo dos valores, ou a tudo o que seja valoração não traz ou não oferece nada que possa apontar para uma cronologia significativamente diferenciada de factos ou para uma relatividade de eficácia de condições em um condicionamento dado, ou, então, entramos em linha de conta com um critério valorativo, mas, nesse caso, não podemos evitar a insegurança do subjectivismo ou do ponto de vista particular do observador”). Sobre a causa próxima, veja-se, ainda, FRITZ LINDENMAIER, “Adäquate Ursache und nächste Ursache...”, ... cit., p. 243 e ss. e 255. No quadro da disciplina dos seguros, importa ter em conta de entre as condições aquelas que são adequadas e dentro destas, se houver mais do que uma, eleger a causa próxima. Note-se que o autor desloca o seu discurso para o campo dos seguros de responsabilidade civil, sendo interessante notar como, aí, não podemos ficar presos a uma ideia de adequação. O que temos é de saber em que medida se verificou o risco que ficou segurado.

Cf., também, CHRISTOPHE QUÉZEL-AMBRUNAZ, *Essai sur la causalité...* cit., p. 48 e ss. [apresentando os antecedentes da doutrina, que encontra na teoria do equilíbrio de BINDING, segundo a qual toda a modificação é o resultado da luta de forças opostas, umas favoráveis, outras desfavoráveis à realização do facto. Elas encontram-se em equilíbrio, até que uma circunstância intervém, fazendo pender o fiel da balança para um dos lados. Esta circunstância constitui a causa, vista, portanto, como aquilo que rompe o equilíbrio. ORTMANN terá proposto uma alteração da teoria, introduzindo a proximidade temporal como modo de determinação da causa – cf. p. 50. Note-se que, para ORTMANN, os factos naturais são considerados como pré-existentes aos comportamentos humanos, mesmo que eles se manifestem depois; e os factos não *fautifs* não deve ser tidos em conta] e RANIERO BORDON, *Il nesso di causalità...* cit., p. 80 e ss. [ensinando que, segundo esta doutrina, deve considerar-se como causa do evento aquela última força, que, prevalecendo sobre todas as outras possíveis com eficácia equivalente, produz uma alteração na situação factual existente. Ela prevalece, portanto, em relação à causa remota].

Cf., para uma crítica conjunta de todas estas doutrinas que distinguem as condições da causa, ANTUNES VARELA, *Das obrigações...* cit., I, p. 886. Note-se que o autor considera que BIRKMEYER é defensor da doutrina da causa próxima, denotando-se, neste diverso entendimento, a difícil cisão entre estas posições, aliás unificadas sob o denominador comum já referido. No mesmo sentido, interpretando a condição mais eficaz no sentido de causa próxima, VAZ SERRA, “Obrigação de indemnização...”, ... cit., p. 25, nota 47. Veja-se, ainda, entre nós, PEREIRA COELHO, “O nexa de causalidade...”, ... cit., p. 196. Note-se que o autor inscreve na doutrina da causa próxima a posição do ordenamento jurídico italiano, sendo certo que, como ficou salientado, não é unânime na doutrina que o arrimo legal acerca do problema deva ser interpretado neste sentido. Acresce que o jurista pátrio trata conjuntamente a doutrina das consequências directas e da causa próxima.

Para a questão terminológica do tratamento das doutrinas explicitadas, cf. OLIVEIRA ASCENSÃO, *Ação finalista e nexa causal...* cit., p. 135 e ss.

Veja-se, ainda, em sentido crítico, PEDRO DE ALBUQUERQUE, *Responsabilidade processual por litigância de má fé...* cit., p. 145 e ss. e ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações...* cit., p. 762, considerando que, apesar de não aceitáveis (porque partem do princípio de que é possível estabelecer uma diferença oobjectiva ou essencial entre causa e simples condição, ao mesmo tempo que contrariam o disposto no direito positivo – cf. Artigo 564º, nº2 e 807º, nº1 CC – e conduzem a resultados injustos), as doutrinas selectivas “trouxeram algum contributo positivo à solução do problema”, ao viabilizarem, por exemplo, a distinção entre danos directos e imediatos e danos indirectos ou mediatos.

Note-se que, não obstante enquadrarmos estas doutrinas à luz da necessidade de seleccionar, entre as diversas condições equivalentes, aquela que fosse relevante, o certo é que diacronicamente muitas são anteriores à consciencialização teórica da *conditio sine qua non*. Tal, que se percebe pelo acompanhamento do pensamento filosoficamente cunhado na matéria, onde, ademais, se denota a não linearidade evolutiva do pensamento, comprova-se no plano estritamente jurídico pela contemplação da solução dispensada ao problema ao nível do direito romano, onde a ideia de causa directa e imediata do dano era chamada à liça. Cf. ALFONSO DE COSSIO, “La causalidad en la responsabilidad civil: estudio del derecho español”, *Anuario de Derecho Civil*, tomo XIX, Fasc. III, 1966, p. 533 e ss.

¹⁶⁴ Cf., ainda, PAUL ESMEIN, “Trois problèmes de responsabilité civile. Causalité. Concours des responsabilités. Conventions d’irresponsabilité”, ... cit., p. 317-369. O autor considera que, movendo-nos no terreno da materialidade comunicado pela ideia de condicionalidade *sine qua non*, não é possível

Mas, se o alargamento desmedido da responsabilidade depõe no sentido da inaceitabilidade da teoria, outros âmbitos de relevância do problema emergem onde o *deficit* criteriológico redundaria na restrição daquela, inviabilizando a reparação de danos ao contrário do que seria expectável segundo um sentimento de justiça dominante. Pense-se no âmbito de relevância dos casos em abstracto assimiláveis pela intencionalidade problemática do conceito de causalidade cumulativa ou alternativa. A e B disparam ao mesmo tempo sobre C, pelo que nenhum dos ferimentos pode ser visto como condição sem a qual o dano não teria ocorrido, já que qualquer um deles poderia desaparecer, continuando o processo causal a seguir o seu curso letal^{166 167 168 169 170}.

limitar as consequências da responsabilidade, porquanto o limite estabelecido por este tipo de causalidade seja muito ténue. Na verdade, aquela apenas é excluída quando falhe a condicionalidade, e tal não se afigura sustentável no plano jurídico. Sustenta, por isso, ESMEIN que a circunscrição da relevância causal se há-de procurar num outro elemento, qual seja a violação de uma obrigação (cf. p. 323). Questão fulcral é, pois, saber “se, na ausência da *faute*, o dano se teria ou não realizado”, adoptando-se uma perspectiva contrafactual, que o autor parece distinguir da problemática da causalidade virtual (cf. p. 325, nota 2).

E fazendo entroncar a causalidade juridicamente relevante na preterição do dever, o autor acaba por se aproximar explicitamente da previsibilidade do dano, sem que exija, porém, que ele tenha sido efectivamente previsto, antes ancorando o conceito no padrão do homem médio (cf. p. 326). Veja-se, ainda, p. 327, onde se considera que o *faut fautif* do agente tem de ser uma das causas do *dommage*, mas EISMEIN acaba por conformar esta ideia com a equivalência de condições.

Sobre o papel limitador da responsabilidade por via do requisito condicional, cf. JAAP SPIER e OLAV A. HAAZEN, “Comparative conclusions on causation”, *Unification of tort law: causation...* cit., p. 151. No que concerne à causalidade dita legal, os autores apontam que ela é mobilizada para tornar a decisão mais justa e mais precisa, não se podendo entender a sua finalidade como mero limite da responsabilidade. Partindo desta ideia, os autores apontam algumas insuficiências da análise doutrinal. Na verdade, repete-se que a *conditio sine qua non/but-for test* não pode cumprir tal desiderato, impondo-se um segundo nível de estabelecimento da causalidade legal. Este serviria para restringir a imputação.

Casos haverá, contudo, em que a causalidade legal vai alargar a responsabilidade, porque a incerteza sobre a factualidade torna impossível o desenho de um círculo de condições sem as quais não haveria dano. É o que acontece sempre que há um problema que convoca a ideia de causalidade alternativa, a tratar *infra*.

¹⁶⁵ Sobre os problemas que a ideia de equivalência condicional não lograria resolver, cf. WILLIAM L. PROSSER, “Proximate Cause in California”, ... cit., p. 378 e ss.

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

¹⁶⁶ Cf., no mesmo sentido, dando este exemplo, ANTUNES VARELA, *Das obrigações...* cit., I, p. 884, nota 1 (cf., igualmente, p. 739 e ss.)

Note-se que a crítica pode ser contornada, considerando que o que importa para o estabelecimento da conexão causal é o evento concreto – a morte tal como ela ocorreu – e não abstracto. Cf. PEREIRA COELHO, *O problema da causa virtual...* cit, p. 9, nota 6 e p. 180 e ss. [Entre os principais argumentos invocados pelo autor, referência nacional em matéria de causalidade, contam-se o facto de o juízo de condicionalidade dever ser um juízo puro, não devendo desvalorizar para nenhuma selecção segundo razões atinentes à valiosidade do comportamento e as dúvidas suscitadas pelos casos de causalidade cumulativa]; VAZ SERRA, “Obrigação de indemnizar...”, ... cit., p.63-64 e nota 185; TRIMARCHI, *Causalità e danno*, p. 5 (do autor, veja-se, ainda, “La causalità nella responsabilità civile”, *Persona e danno*, www.personaedanno.it/cms/data/articoli/files/011251_resource1_orig.pdf, p. 1 e ss., considerando que, “se dois agentes, sem um acordo prévio, atingem ao mesmo tempo a mesma vítima, nenhuma das duas acções pode ser tida como condição necessária da morte. No entanto, não é justo excluir a responsabilidade de ambos. Por outro lado, havendo um incêndio no bosque, causado por uma erupção

vulcânica, se A inicia um incêndio noutra parte do mesmo bosque, e com isto se destroi a casa, que seria de todo o modo destruída pelo incêndio, a responsabilidade civil é de excluir”. Para o insigne jurista, o problema é eliminado se se tiver como pressuposto a noção de causalidade das ciências exactas ou do senso comum e depois se se orientar directamente para a resolução de problemas jurídicos. É que, por exemplo, no caso do incêndio, a conclusão a tirar é a da inexistência do dano. Sobre estes problemas, *vide infra* o que se dirá na sequência do modelo imputacional por nós proposto); BYDLINSKI, “Mittäterschaft im Schadenrecht”, cit., p. 416 [De BYDLINSKI veja-se, porém, *Probleme der Schadensverursachung...* cit., p. 17, colocando em evidência algumas das aporias a que pode conduzir a consideração do resultado em concreto]; RIBEIRO DE FARIA, *Direito das Obrigações...* cit., p. 499; GERALDES DE CARVALHO, “A causalidade. Subsídios para uma teoria da responsabilidade jurídica em geral” ... cit., p. 21 a 30., p. 26 e ss.; JORGE CARLOS DA FONSECA, “A relevância negativa da causa virtual ou hipotética na responsabilidade civil (Delimitação do problema. Sua incidência no Direito Português)”, *Revista Jurídica*, AAFDL, nº4, 1984, p. 43; HART E HONORÉ, *Causation ...* cit., p. 124, 235, 252 e ss.; LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts*, I, ... cit., p. 360

Acerca da controvérsia, veja-se, ainda, para maiores desenvolvimentos e detidas referências, CHRISTOPH ROTHENFUSSER, *Kausalität und Nachteil*, Beck, München, 2003, p. 75-81, mostrando-se crítico da configuração concreta do resultado (cf. p. 60 e ss.) e RICHARD WRIGHT, “Causation in tort law”, ... cit., p. 1777-1780.

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

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

Acerca desta problemática, veja-se, ainda, com amplo desenvolvimento, PAULO MOTA PINTO, *Interesse contratual negativo...* cit., p. 659 e ss. e “Sobre condição e causa...”, ... cit., p. 5. Fala o autor, ademais, num outro desafio lançado às teorias por si designadas de contrafactuais, a coincidir com a problemática da causalidade virtual, que receberia uma possível resposta com base no argumento da conformação concreta do resultado. E nesse ensejo, dualiza as posições dos autores, agrupando-as entre aqueles segundo os quais “é indispensável abstrair de algumas características do resultado, de acordo com um critério jurídica, sob pena de se chegar a resultados estranhos” e aqueles para quem há que “considerar o resultado na sua configuração concreta, com as suas características individualizadoras, isto é, tal como ocorreu, naquele momento e lugar e daquele modo”. Entre os primeiros encontrar-se-ia TRAEGER; entre os segundos MÜLLER e ENGISCH. Ponderando argumentos a favor e contra cada uma das posições, PAULO MOTA PINTO erige como nóculo problemático central destas lucubrações a indagação: “o problema é, pois, o de saber qual é a configuração concreta do resultado relevante e o que são circunstâncias adjacentes irrelevantes: a separação entre circunstâncias ou elementos laterais em relação à produção do resultado e irrelevantes para este (mas que o caracterizam em concreto), por um lado, e circunstâncias ou elementos relevantes para o resultado.” [A propósito do pensamento de MÜLLER, cf. *Die Bedeutung des Kausalzusammenhangs im Straf- und Schadensersatzrecht*, Mohr, Tübingen, 1912]

No fundo, parece resultar a dificuldade do facto de contra cada uma das posições poderem ser desferidas críticas que as atingem no seu cerne. Assim, no que à conformação concreta do resultado concerne, há que considerar a consequência da elevação de todas as circunstâncias acidentais a factores causais (cf. PAULO MOTA PINTO, *Interesse contratual negativo...* cit., p. 661 e ss. e “Sobre condição e causa...”, ... cit., p. 10, acompanhando de perto a lição de CANARIS vertida em “Die Vermutung aufklärungsrichtigen Verhaltens und ihre Grundlagen”, FRANZ HÄUSER *et alii*, *Festschrift für Walther Hadding zum 70. Geburtstag*, De Gruyter, Berlin, 2004, p. 3-24, aqui 13-14), bem como o facto de ela permitir “obter as conclusões causais que se pretender, manipulando a descrição do resultado, isto é, incluindo na descrição do resultado concreto justamente aquelas circunstâncias para as quais aquela pessoa, cujo comportamento se pretende que seja considerado causal para o resultado, põe uma condição necessária, caindo assim num

Ainda no que ao plano intrassistemático diga respeito, mas colocando o enfoque já não na imputação do comportamento ao eventual lesante mas, outrossim, na delimitação do círculo de danos indemnizáveis, peca a doutrina em apreço por não permitir explicar a exclusão dos danos reflexos do âmbito do ressarcimento¹⁷¹.

círculo vicioso” (PAULO MOTA PINTO, *Interesse contratual negativo...* cit., p. 663 e “Sobre condição e causa...”, ... cit., p. 10), pelo que se exigiria a selecção dos elementos relevantes à luz da intencionalidade da norma. É, aliás, essa a posição de CANARIS (cf. “Die Vermutung aufklärungsrichtigen...”, ... cit., p. 15).

Sobre a consideração do resultado em concreto, v., igualmente, WOLFGANG B. SCHÜNEMANN, “Unzulänglichkeit der Adäquanztheorie? AG und LG Regensburg, VersR 1977, 459”, *Juristische Schulung*, 19. Jahrgang, Heft 1, 1979, p. 22; e CHRISTOPHE QUÉZEL-AMBRUNAZ, *Essai sur la causalité...* cit., p. 43

¹⁶⁷ No sentido da nossa crítica, cf. LEON GREEN, *Rationale of Proximate Cause*, ...cit., p. 137, embora seja conveniente salientar que nos afastamos, no restante, do pensamento do autor [sobre os fundamentos do pensamento de GREEN, cf. JOHN C. P. GOLDBERG, “Twentieth Century Tort Theory”, *Vanderbilt University Law School Law and Economics*, www.ssrn.com/abstract_id=347340 (também publicado em *Georgetown Law Journal*, 2002), p. 12 e ss. onde o autor surge inserido no quadro da chamada *compensation-deterrence theory*, segundo a qual o *tort law* se traduziria na resolução de disputas relativamente simples pela aplicação de regras e princípios que se tornam inteligíveis porque correspondentes às noções homólogas do senso comum ao mesmo tempo que configuraria uma oportunidade para os juízes regularem o comportamento, “on a forward-looking basis”, passando, portanto, a ser compreendido segundo uma dupla finalidade, a compensação e a prevenção, com o que se preencheria o conteúdo de conceitos que, de outro modo, restariam no vazio, como a *proximate cause*. Reconhece-se, ademais, que são outras razões, atinentes à limitação dos custos com a administração da justiça, que presidem à previsão de outros requisitos, como a *actual causation*, que, nada tendo a ver com a compensação ou a prevenção e podendo mesmo conduzir a resultados disfuncionais, podem conhecer um “afrouxamento” quando as ditas razões de *administrability* e bem assim de *proportionality* encontrarem outras formas de ser cumpridas]. Importante notar, de facto, que o autor se prende à dicotomização entre a matéria de facto e a matéria de direito, numa perspectiva compreensível no quadro do sistema judiciário norte-americano, onde se divide a competência entre o júri e os juízes de acordo com a bipartição referida, aí assumida em termos processualmente cunhados.

Do autor, cf., ainda, “The causal relation issue...”, ... cit., p. 554. Colocando-se o problema da prova e da decisão da questão de facto, tal como é concebida pelo autor, salienta-se aí que, naqueles casos em que não há possibilidade de identificação do lesante, pela concorrência sinérgica de múltiplas forças, o tribunal pode fazer impender sobre os réus o ónus de provar quer os aspectos factuais do incidente, quer que a sua conduta não contribuiu para a lesão da vítima.

Veja-se, ainda, nas páginas subsequentes as importantes considerações críticas do autor acerca do tratamento que tem recebido a *causation in fact*. De notar que elas se estendem quer ao *but-for test*, quer à *rule of probability*. Sobre o ponto, cf. o nosso apontamento *infra*.

¹⁶⁸ Curiosamente, problemas com uma estrutura valorativa análoga, embora inversa, vão suscitar a mesma dificuldade no nódulo determinativo de aplicação do critério da causalidade adequada, sem que os autores pareçam, efectivamente, ver nisso um obstáculo intransponível à aceitabilidade da doutrina. Falamos dos problemas em que o dano resulta da sinergia de forças, postas em acção por diferentes sujeitos, sem que cada um deles, isoladamente, tenha condições para lhe dar origem. Sobre o ponto teceremos ulteriores esclarecimentos.

¹⁶⁹ Tendo em conta os casos de sobredeterminação causal, cf. a crítica de HONORÉ – TONY HONORÉ, “Necessary and sufficient conditions in tort law”, cit., p. 364.

¹⁷⁰ Referência aos ensinamentos de DE CUPIS, *Il danno...* cit., p. 114, considerando que, no plano jurídico, só devemos atender, de entre os diversos antecedentes, àqueles que sejam humanos. Se o antecedente humano é elemento necessário para a verificação do dano, ou seja, se ele for *conditio sine qua non* dele, tanto é bastante para que seja tido como causa. Por este motivo, juridicamente, a concausa imputável ao homem equipara-se à causa.

¹⁷¹ Uma das críticas que mais veementemente atingiram a doutrina da equivalência das condições prende-se com a incapacidade por ela denotada de, em termos gerais, operar a restrição da indemnização. Talvez por isso, a mesma tenha colhido, no ordenamento jurídico alemão, maior entusiasmo no âmbito do direito penal (VON LISZT, BELING) do que no contexto jus-civilístico.

O problema ganha particular acuidade em sistemas como o gaulês, que não conhece um filtro objectivo de selecção daquele círculo – a ilicitude. Mas, mesmo no âmbito do nosso ordenamento jurídico, fica por responder à questão de saber por que razão, desvelando-se, por exemplo, a ilicitude pela violação do direito à integridade física de A, não podem ser indemnizados os danos que os seus familiares próximos venham a sofrer. Dir-se-á que o referencial de circunscrição é a ilicitude e que esta existe em relação a um sujeito – o titular do direito – e não aos demais. Mas, a ser assim, a delimitação dele far-se-á por referência àquela categoria e não tendo em conta um qualquer critério causal espúrio à intencionalidade predicativa da juridicidade. Por outro lado, a incorrecta mobilização dos princípios, a traduzir-se numa projecção dogmática inconsonante com eles, se não comporta graves consequências nos casos simples, pode tolher a fundamentação da decisão naqueloutros caracterizados por um nível de dificuldade acrescida. É o que acontece perante a dúvida acerca da possibilidade de extensão teleológica do disposto no artigo 496º CC aos casos em que não ocorre morte do lesado, mas tão-só grave lesão da sua integridade física¹⁷².

6. A doutrina da causalidade adequada. Formulações e crítica

Em face das inconcludências da doutrina da condicionalidade, os autores passaram, com formulações diversas, a propor um entendimento causal que – aparentemente – se afasta de uma impositação naturalista e lógica para abraçar, do ponto de vista da juridicidade, a específica intencionalidade que a predica¹⁷³.

Já não se indaga qual a causa do dano, mas olha-se para o comportamento do lesante para ver se, em abstracto, ele é ou não idóneo a produzir um dano daquele tipo. Encontra-se, por isso, o ponto de clivagem entre esta perspectiva e as doutrinas que se integram naquilo que HONORÉ apelidou de *necessity theories* e de *explanatory theories*¹⁷⁴. Na verdade, mesmo quando elas redundam num juízo probabilístico, o

¹⁷² Sobre estes casos outras considerações são devidas, mas limitamo-nos, aqui, a apontar a imprestabilidade da doutrina da *conditio sine qua non* para as resolver. A este propósito, cf., também, o que ficou inscrito no primeiro capítulo acerca do problema.

¹⁷³ A teoria, tendo origem doutrinal, terá sido consagrada na jurisprudência tedesca em 1913 e confirmada em 1951, a propósito do naufrágio do navio *Edelweiss* – cf. HART e HONORÉ, *Causation...* cit., p. 474 e ss. Com a mesma referência, acrescentando ainda um outro acórdão, datado de 1972, v. FLORENCE G'SELL-MACREZ, *Recherches...* cit., p. 111.

¹⁷⁴ A propósito da classificação das teorias causais, cf. CHRISTOPHE QUÉZEL-AMBRUNAZ, *Essai sur la causalité...* cit., p. 23 e ss.

enfoque com que olham para o problema é diverso, comportando, portanto, consequências díspares.

Concretizemos o que possa ter ficado implícito. Para tanto centremo-nos na doutrina da consequência necessária e na doutrina da consequência directa. Defende-se, de acordo com a primeira – e deixando de lado outras possíveis interpretações da mesma¹⁷⁵ –, tal como atrás referimos, que a consequência é necessária quando, no momento da prática do acto, à luz das circunstâncias, era certo que ocorresse. O juiz teria, então, que olhar para a consequência e refazer o processo causal que permitisse a sua ligação ao comportamento do eventual lesante. Perscruta-se, deste modo, aquela que pode ser a causa efectiva do evento danoso.

Do ponto de vista da doutrina das consequências directas, a mesma conclusão se afigura plausível.

O que se pretende em qualquer uma delas é – com base num critério pré-definido – determinar, de entre as diversas condições de ocorrência do dano, qual a que em concreto o gerou^{176 177}.

¹⁷⁵ Fazemo-lo em consonância com HONORÉ (cf. A. M. HONORÉ, “Causation and remoteness of damage”, ...cit., p. 37-38), pela constatação da insustentabilidade de certas interpretações, tal o apego determinista com que surgem formuladas. Assim, não é possível, no quadro de um juízo judicativo, defender que a consequência é necessária no sentido que tem de se seguir à alegada causa em todas as situações, dado que nesse caso dificilmente se poderia encontrar uma sequência desse tipo. Nem é viável aduzir que a consequência necessária é aquela que invariavelmente se seguiria à alegada causa se as circunstâncias se repetissem.

¹⁷⁶ Cf. HART e HONORÉ, *Causation...* cit., p. 432 e ss. Os autores dividem as doutrinas da causalidade em dois grandes grupos: as *generalizing theories* e as *individualizing theories*. As primeiras, orientadas por um desiderato generalizador, como o próprio nome indica, apresentam a causa como resultado do facto de a sua natureza a ligar geralmente a um evento de outro tipo. Já no que concerne às *individualizing theories*, é possível dividi-las em dois sub-tipos. As *necessity theories* insistem que ser causa é um atributo intrínseco de eventos particulares, e ainda que, se um evento é genuinamente a causa, ele necessariamente produz o efeito, em virtude da sua própria natureza. A *efficiency theory* distingue-se desta por, apesar de sublinhar a relação entre uma particular causa e o seu efeito como não resultante do seu estatuto de regularidade, admitir que os eventos possuem eficácia causal em diferentes proporções e graus.

Dificuldades são experimentadas quando há a necessidade de, classificatoriamente, integrar a doutrina da *conditio sine qua non* numa destas divisórias. Por um lado, o juízo entretido parece apelar para leis de generalização; por outro lado, aduz-se que a classificação de uma condição como necessária pode ser feita com base na imaginação, deixando-se de lado as referidas leis causais – cf. p. 434 e 444, que aqui acompanhámos de muito perto.

¹⁷⁷ Veja-se, porém, GENEVIÈVE VINEY e PATRICE JOURDAIN, *Traité: Les conditions...* cit., p. 188 e ss., falando das teorias favoráveis a uma selecção dentro das condições necessárias e integrando aí, a par da ideia de proximidade de causa (no âmbito de que se privilegia a proximidade temporal, o grau de eficácia do facto danoso, a ideia de probabilidade ou de previsibilidade), a doutrina da causalidade adequada. Cf., igualmente, p. 190 e ss., onde testemunham que a relação entre a doutrina da *conditio sine qua non* e a da causalidade adequada é antinómica, relevando as devidas diferenças entre as duas.

Note-se que as autoras cidem o juízo causal na resposta a duas inquirições básicas: determinar o que é a causalidade jurídica, isto é, o que deve existir entre o facto e o dano; e definir, nos casos em que o encadeamento não é perfeitamente elucidado, qual o grau de verosimilhança a partir do qual a causalidade

Já não seria assim se o nosso pensamento se centrasse na adequação. Focar-se-ia a atenção no comportamento do lesante e indagar-se-ia se, em abstracto, é ou não normal e adequado que um dano daquele tipo possa resultar de um comportamento daquele género¹⁷⁸. Segundo ANTUNES VARELA, “não é de modo nenhum necessário que o facto, só por si, sem a colaboração de outros, tenha produzido o dano”¹⁷⁹.

Com isto percebe-se que esta seja vista por alguns como uma verdadeira teoria da imputação¹⁸⁰. O que releva é a apreciação da natureza e idoneidade do comportamento do lesante para que ela se possa estabelecer^{181 182}.

Só que, o que em teoria as permite destrinçar, na prática doutrinária e judicativa, perde peso pela afirmação da adequação como um *plus* de complementação da inquirição condicional^{183 184}.

deve ser dada como provada. A esta segunda questão, atinente à prova, dá resposta a causalidade adequada; para a primeira convoca-se a condicionalidade *sine qua non*.

¹⁷⁸ Cf. PEREIRA COELHO, “O nexó de causalidade...”, ... cit., p. 201. “Em oposição às doutrinas da causa próxima e da eficiência, a doutrina da causalidade adequada não toma em consideração o significado das condições no próprio processo causal, mas o significado que a condição tem em abstracto, em relação a um género daquele que se verificou”. No cerne da teoria está, portanto, uma ideia de idoneidade abstracta, de adequação.

¹⁷⁹ ANTUNES VARELA, *Das obrigações...* cit., I, p. 894. No mesmo sentido, VAZ SERRA, “Obrigação de indemnização...”, ... cit., p. 38.

¹⁸⁰ Cf. ANA PERESTRELO OLIVEIRA, *Causalidade e imputação...* cit., p. 58. Considera a autora tratar-se de uma verdadeira teoria imputacional. A partir desse dado, sustenta não ser ela mais do que “a correcção dos critérios naturalísticos de causalidade, no sentido da respectiva restrição”. Contudo, e porque com isso constata que a mesma se atém ainda à “*conditio sine qua non* como base da imputação”, conclui não ser prestável para o enquadramento do problema no âmbito ambiental.

Diríamos mais, porquanto o que no domínio específico se denota outra coisa não é senão o reconhecimento da problematidade que continua a contaminar a doutrina da adequação e bem assim o análogo pendor aporético dela quando presos a um duplo grau de sindicância causal. Pelo que, afinal, ousamos dar uma vez mais o salto do particular para o geral. Para tanto teremos de continuar o nosso percurso dialógico.

Para outras referências ao carácter imputacional da doutrina, v., *infra*, as restantes indicações bibliográficas nesse sentido (designadamente, LARENZ e CARBONNIER).

¹⁸¹ Cf. PEREIRA COELHO, “O nexó de causalidade...”, ... cit., p. 201.

¹⁸² Cf., a propósito da distinção entre elas, HART e HONORÉ, *Causation...* cit., p. 465 e ss. Dizem os autores que a doutrina da causalidade adequada parte de uma visão generalizadora, por oposição às demais. Embora tenham em comum com as doutrinas ditas individualizadoras o facto de se concentrarem na selecção da causa do dano entre as diversas condições predispostas para o efeito, a selecção é feita tendo em conta o tipo de evento e a possibilidade de, através de uma generalização, segundo regras de sequência regular, ele se conectar com o dano. Não basta aos arautos da doutrina em apreço demonstrar, diante do caso concreto, que determinada condição foi a mais eficiente para a produção do dano.

Para outros desenvolvimentos acerca da distinção entre a doutrina da causalidade adequada e a teoria da *conditio sine qua non*, cf. OLIVEIRA ASCENSÃO, *Ação finalista e nexó causal...* cit., p. 140 e ss. Apontam-se aí como índices dicotómicos a concretude da segunda por oposição à visão generalizadora comunicada pela primeira, contestada pelo autor no seu absolutismo, e a atenção dada a todos os elementos previsíveis ou não por aquela contra a parcimónia da segunda que apenas apela a alguns.

¹⁸³ Cf. FIKENTSCHER, *Schuldrecht*, ... cit., p. 310, considerando que “Die Äquivalenztheorie ist die Grundlage der Adäquanztheorie” e, entre nós, RIBEIRO DE FARIA, *Direito das Obrigações...* cit., p. 501, sublinhando que, “na delimitação da noção de causa, (...) parte-se de uma premissa: o facto que se pretende como causa de um dano tem de ser, no caso concreto, condição *sine qua non* desse dano. A causa adequada é, pois, uma condição necessária. É este o contributo da lógica”; ALMEIDA COSTA,

Partindo-se da *conditio sine qua non* e da ideia de que o comportamento do lesante deve ser, embora não suficientemente, uma condição da ocorrência do dano, está-se, pelo menos aparentemente, a transformar a probabilidade numa correcção da primitiva impositação dogmática que não nos permite dar o salto em relação ao determinismo naturalista^{185 186}.

Direito das Obrigações... cit., p. 763, sustentando que “é necessário (...) não só que o facto tenha sido, em concreto, condição *sine qua non* do dano, mas que constitua, em abstracto (...), causa adequada à sua produção”. Cf. também FIKENTSCHER/HEINEMANN, *Schuldrecht...* 10. Aufl., cit., p. 312. Veja-se, ainda, C. ROSSI, “Niente risarcimento se non è provato il nesso di causalità”, *Responsabilità civile e previdenza*, 2004, p. 777 a 785, em especial p. 784.

¹⁸⁴ A doutrina colhe, não obstante as dificuldades com que tem de lidar, um sucesso evidente, dominando ainda hoje o espectro dos diversos sistemas de responsabilidade civil. Designadamente, e olhando para ordenamentos jurídicos mais distantes daqueles que correntemente são mobilizados, é a doutrina acolhida na Dinamarca (cf. JØRGEN NØRGAARD e HENRIK VAGNER, “Dänemark”, in CHRISTIAN VON BAR (hrsg), *Deliktrecht in Europa, Landesberichte: Dänemark, England, Frankreich, Griechenland, Italien, Jugoslawien, Niederlande, Norwegen, Österreich, Polen, Portugal, Schweden, Schweiz, Spanien, Türkei*, Carl Heymanns Verlag KG, Köln, Berlin, Bonn, München, 1994, p. 23); Jugoslávia (cf. JAKOV RADIŠIĆ, “Jugoslawien”, VI, in CHRISTIAN VON BAR (hrsg), *Deliktrecht in Europa, Landesberichte: Dänemark, England, Frankreich, Griechenland, Italien, Jugoslawien, Niederlande, Norwegen, Österreich, Polen, Portugal, Schweden, Schweiz, Spanien, Türkei*, Carl Heymanns Verlag KG, Köln, Berlin, Bonn, München, 1994, p. 12); Noruega (cf. PETER LØDRUP e VIGGO HAGSTRØM, “Norwegen”, VIII, in CHRISTIAN VON BAR (hrsg), *Deliktrecht in Europa, Landesberichte: Dänemark, England, Frankreich, Griechenland, Italien, Jugoslawien, Niederlande, Norwegen, Österreich, Polen, Portugal, Schweden, Schweiz, Spanien, Türkei*, Carl Heymanns Verlag KG, Köln, Berlin, Bonn, München, 1994, p. 43, onde se considera serem as regras da condicionalidade as principais para estabelecer a causalidade. Emergindo um dano a partir de acções conjuntas ou por intermédio de diversos factores, recorrer-se-á, então, quando um dos factos domina sobre os restantes, à doutrina da *Hauptursache* (causa principal) – cf. p. 45. Não obstante, parece ser a causalidade adequada aplicada nos casos excepcionais).

A este propósito, cf., também, DE CUPIS, *Il danno...* cit., p. 119 e ss.; LARENZ, *Hegels Zurechnungslehre...* cit., p. 81 e ss.; LINDENMAIER, “Adäquate Ursache und nächst Ursache...”, ...cit., p. 207 e ss. (v. p. 260, onde o autor procura precisar o critério da causalidade adequada em termos de uma autêntica probabilidade)

¹⁸⁵ Cf., num sentido não totalmente coincidente, MEZGER, *Tratado de Derecho Penal* (tradução espanhola), Madrid, 1946, p. 236. Considera o autor que a doutrina que encabeça a resolução do problema causal é a da equivalência condicional, vindo depois a adequação a conformar o problema da relevância jurídica.

¹⁸⁶ O plano de indagação causal passaria a ser outro. O que em concreto tinha um peso equivalente na produção do dano poderia não o ter em abstracto, fruto da introdução da nota probabilística. Cf. PEREIRA COELHO, “O nexos de causalidade...”, ... cit., p. 203.

Mas a probabilidade, embora se afaste da pureza logicista da doutrina da *conditio sine qua non*, continua a ter um forte apego naturalista. Como nos diz PEREIRA COELHO (“O nexos de causalidade...”, ... cit., p. 203), “a probabilidade exprime a conciliabilidade de uma expectativa com as leis da natureza”.

Importa, por isso, tecer alguns esclarecimentos.

Não nos assusta a referência às leis da natureza, desde que assumidas como leis da experiência da vida. Em bom rigor, elas não mais traduzem do que o iminente carácter analógico de todo o agir humano. Acontece que o que ao direito interessa é derramar sobre essa concreta actuação uma chancela de valor ou desvalor para o que a simples noção probabilística não chega. Dir-se-á que ela se compagina com os outros pressupostos de surgimento de uma pretensão ressarcitória procedente. Tal asserção é inegável e mesmo óbvia. Contudo, em jeito tópico, apontamos umas breves notas: 1) intrometendo-se na fundamentação do recurso ao juízo de probabilidade a ideia de expectativa humana, pergunta-se em que medida nos afastamos absolutamente da previsibilidade; 2) se ela só logra ser inteiramente compreendida na mobilização cúmplice com as outras categorias dogmáticas conformadoras do instituto, pergunta-se por que razão não deveremos nós estudar a possibilidade de resolução do problema causal de forma complexamente articulada, com o que teríamos a garantia de o captarmos à luz da intencionalidade que nos orienta; 3) isoladamente, ela mostra-se insuficiente para dar resposta a problemas em que há o

Relembremos o caso que opôs *Wilsher a Essex Area Health Authority*. O comportamento negligente do médico é, em abstracto, adequado a causar um dano daquele tipo, mas, se bipartirmos o juízo causal, impondo um prévio momento de sindicância factual da causalidade, afastamos *a priori* a possibilidade de o conformar como causa do dano, já que, em concreto, ele não mostrou ser uma condição sem a qual aquele não se teria produzido. E, não obstante, cai no campo do desconhecimento qual foi a real causa do dano, pela impossibilidade de se reconstruir *a posteriori* a sequência causal operada na realidade. Com todos os problemas que tal acarreta, mormente no domínio da responsabilidade médica¹⁸⁷.

A crítica a que se alude pode, contudo, ser contornada. Basta para tanto olhar para a causalidade adequada na sua globalidade, recusando a dualização referida. No fundo, em detrimento do duplo grau de sindicância causal, estabelecer-se-ia a concatenação exigida num único momento fundamentador, pressupondo que ele leva ínsita aquela indagação condicional^{188 189 190 191}.

concurso de mais do que um acto para a produção do dano. Estes e outros pontos, funcionando aqui como meras petições de princípio, carecem do devido aprofundamento que só será obtido com a continuação do nosso percurso dialógico-argumentativo.

Para uma aproximação das duas doutrinas, cf. FLORENCE G'SELL-MACREZ, *Recherches...* cit., p. 163 e p. 171. Afirma a autora francesa que a teoria da causalidade adequada implica, também, um raciocínio contrafactual na medida em que leva a interrogar sobre o aumento da probabilidade do dano gerado por um antecedente. Ao mesmo tempo, explica que, “mesmo centrando-nos no concreto e individual, temos de recorrer, pela referência ao curso normal das coisas, às regras da experiência, às generalizações causais que pensávamos reservadas para a teoria da causalidade adequada. De facto, a lógica probabilística da teoria da adequação ressurgue quando o carácter *sine qua non* da condição examinada não se impõe pela evidência”, ou seja, “o raciocínio contrafactual supõe que se represente aquilo que teria sido o curso provável dos eventos na ausência do factor considerado”, pelo que “a resposta à questão da *conditio sine qua non* não é dada senão em termos de probabilidade.”

Sobre o papel da referência às leis da natureza e às leis estatísticas, cf. o que se disse *supra*.

¹⁸⁷ Não é à toa que, neste nicho dogmático, se suscitam tantos problemas em torno da causalidade e se procuram soluções que escapem ao tradicional modo de resolução dos mesmos. Assim, entre nós, cf. CARNEIRO DA FRADA, *Direito civil...* cit., p. 102, onde o autor insta o civilista a trilhar novos caminhos que contornem os obstáculos que a natureza específica do acto médico impõe à determinação, em concreto, da causalidade no âmbito da responsabilidade dos profissionais de saúde.

¹⁸⁸ Cf. ANTUNES VARELA, *Das obrigações...* cit., I, p. 889. Afirma o autor: “que o facto seja condição do dano será requisito necessário, mas não é requisito suficiente, para que possa ser considerado como causa desse dano”.

Cf., também, L. VON BAR, *Die Lehre vom Kausalzusammenhange im Recht, besonders im Strafrechte*, 1871, p.4, com uma afirmação muito próxima do depoimento de ANTUNES VARELA. VON BAR sustenta que qualquer causa tem de ser uma condição do dano, mas nem todas as condições são causas (o autor parte da distinção entre a condição do resultado – *Bedingungen eines Erfolges* – e a causa descoberta na totalidade das condições – *Ursache als der Gesamtheit dieser Bedingungen*). A relação entre a condicionalidade e a causalidade que se firma é, portanto, unilateral. Note-se que para o autor a causa surge como algo que, sendo condição da ocorrência do dano, foge ao normal curso dos acontecimentos. Parte, portanto, para a sua construção do pressuposto da existência de sequências regulares de acontecimentos. (cf. p. 9-10) A causa identificar-se-á com tudo aquilo que altere essa normalidade pré-estabelecida. Sublinhe-se, portanto, que não obstante a similitude das asserções, os dois autores se distanciam na concepção de causalidade que apresentam. Enquanto ANTUNES VARELA patenteia um entendimento estribado na causalidade adequada, VON BAR mostra-se adepto de uma particular

concepção a fazer apelo à sequência normal dos acontecimentos (para o autor, a causa é um acto irregular, que participa na produção do resultado e contraria as regras ordinárias da vida. Nesta medida, devemos ter em conta dois critérios – a previsibilidade da produção do resultado lesivo e a referência à diligência do *bonus pater familias* – e impor um limite para a responsabilidade: intervindo um outro evento irregular no curso dos acontecimentos, a cadeia causal interromper-se-á). Cf., também, VON BAR, “Zur Lehre vom Causalzusammenhang im Rechte, besonders im Strafrecht und Zivilrecht”, *Grünhuts Zeitschrift für das Privat- und Öffentliche Recht*, 4, 1877, p. 21 e ss.

Classificando a doutrina de VON BAR como a teoria da condição modificadora, cf. VAZ SERRA, “Obrigação de indemnização...”, ... cit., p. 25 e PEREIRA COELHO, “O nexos de causalidade...”, ... cit., p. 202, nota 1.

Para mais desenvolvimentos acerca da doutrina de VON BAR, cf. na obra citada, p. 22 e ss. e 123 e ss.

No sentido da apreciação dela, veja-se o testemunho de GÜNTHER BERNERT, “Die Leeformel von der Adaequanz”, *Archiv für die civilistische Praxis*, 169 Band, Heft 5/6, 1969, p. 421 e ss., aqui 424 e ss.

Para outras considerações a propósito da ideia de condição regular, em debate com a doutrina da *conditio sine qua non*, cf. KARL ENGISCH, *Die Kausalität* ... cit., p. 21 (cf., a este ensejo, PAULO MOTA PINTO, “Sobre condição e causa...”, ... cit., p. 7, nota 15, onde o autor aproveita para criticar a impositação, porquanto as “leis da natureza nada dizem de seguro, são insuficientes e pouco fiáveis, não devendo, porém, concluir-se que não existiu causalidade).

Veja-se, no mesmo sentido, operando a distinção entre necessidade e suficiência, PEREIRA COELHO, “O nexos de causalidade...”, ... cit., p. 189. O autor afirma que “ninguém nega que sejam só os prejuízos com relação aos quais o facto é uma *conditio sine qua non* que o lesante é obrigado a reparar”, embora conteste que sejam todos. Não esclarece, porém, a questão da existência ou não de um duplo grau de sindicância.

Cf., igualmente, RADBRUCH, *Die Lehre von der adäquaten Verursachung*, Druck vom G. Reimer, Berlim, 1902, p. 333 e ss.

Sobre a questão do duplo grau de sindicância causal, cf. STEPHAN PHILIPP FORST, *Grenzen deliktischer Haftung* ...cit., p. 11. Afirma o autor, a propósito da *conditio sine qua non*, estar-se aí diante de um processo filtral (*Filterungsprozeß*), a ser encarado como *imputatio facti* (*objektive Zurechnung*), distinto da *imputatio iuris* (*subjektiven Zurechnung*), que lidaria com os problemas da culpa e LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts*, I, ... cit., p. 433.

Para maior desenvolvimento sobre o pensamento de FORST em matéria de imputação objectiva, cf. *infra* o que acerca do autor se dirá.

No especificamente tocante ao papel que deve ser reservado à *conditio sine qua non*, no âmbito do modelo a ser por nós desenhado, cf. também o ponto expositivo que *infra* se deterá sobre a matéria. Realce-se, por ora, a expressividade da noção de *imputatio facti* usada pelo autor citado.

Sobre o ponto, veja-se, ademais, PEREIRA COELHO, “O nexos de causalidade...”, ... cit., p. 193-194 e *O problema da causa virtual*... cit., p. 175 e ss.; PESSOA JORGE, *Ensaio sobre os pressupostos*... cit., p. 390, 407-409; RUI DE ALARCÃO, *Direito das obrigações* (texto elaborado por J. Sousa Ribeiro, J. Sinde Monteiro, Almeno de Sá e J.C. Proença, com base nas lições do Prof. Doutor Rui de Alarcão ao 3º ano jurídico), policopiado, Coimbra, 1983, p. 278 e ss.; SINDE MONTEIRO, “Rudimentos...”, ... cit., p. 379; PAULO MOTA PINTO, *Interesse contratual negativo*... cit., p. 651 e ss. e “Sobre condição e causa...”, ... cit., p. 2.

Veja-se, ainda, quanto ao ponto, MEZGER, *Tratado de Derecho Penal* ...cit., p. 114 e ss. Reduzindo o problema da causalidade à doutrina da *conditio sine qua non*, MEZGER vem depois salientar que ela deve ser complementada, para efeitos de responsabilização do agente, com a inquirição acerca da relevância jurídica do nexos assim apurado.

¹⁸⁹ Cf., quanto ao ponto, FLORENCE G’SSELL-MACREZ, *Recherches*... cit., p. 113 e ss. A autora mostra claramente que a adequação pode ser vista como um critério que intervém posteriormente à determinação da condição *sine qua non*, sendo, então, um modo de selecção da causa jurídica, ou, pelo contrário, pode exprimir “a essência da explicação causal”, sendo a determinação da causa feita “em referência às regularidades causais gerais que permitem avaliar as probabilidades objectivas, sem verificação anterior da *conditio sine qua non*”. Acrescenta, ainda que, “o antecedente que aumenta as probabilidades de aparecimento do dano tem todas as chances de ser também uma *conditio sine qua non* do dano”, pelo que “utiliza-se o critério da probabilidade *ex ante* para diferenciar as condições e para mensurar os efeitos a ter em conta pela responsabilidade jurídica”, confrontando-nos, assim, com uma “espécie de explicação causal que tem a lógica de imputação”.

¹⁹⁰ Sobre o ponto, veja-se CARLO GÓMEZ LIGÜERRE, *Solidaridad y responsabilidad. La responsabilidad conjunta en el derecho español de daños*, Universitat Pompeu Fabra, Barcelona, 2005 (versão académica policopiada), p. 256. O autor, analisando as diversas teorias acerca da causalidade, vem reconhecer que a

Sem que isto precluda a pertinência da desconfiança com que olhamos para a doutrina maioritariamente aceite pelos juristas pátrios¹⁹².

Se a teoria da *conditio sine qua non* impedia a obtenção de resultados satisfatórios, do ponto de vista da justiça que se almeja, quando confrontados com situações de causalidade alternativa, outros problemas serão suscitados pela causalidade adequada¹⁹³. Pensemos nas hipóteses – tão relevantes no âmbito ambiental – de verificação de um dano num lago, fruto de descargas poluentes que foram sendo feitas ao longo dos tempos por diversos proprietários de fábricas a laborar nas imediações, sendo que, isoladamente, nenhum dos actos pode ser visto como adequado à produção de um dano daquele tipo.

doutrina da adequação supera muitos dos problemas a que somos conduzidos por via da *conditio sine qua non*. Mas não deixa de alertar para o facto de, porque se entende que as mais das vezes a primeira vem resolver um problema de imputação, a segunda continuar a ser pressuposta. Haveria, portanto, uma cisão entre um problema estrito de causalidade e um problema de imputação objectiva do resultado ao causante, ou, numa outra perspectiva, um duplo grau de sindicância, que não permitiria verdadeiramente que, por via da adequação, se obviassem os problemas a que o jurista se condena com a condicionalidade.

¹⁹¹ Cf., a este propósito, p. 42 de *Digest...* cit., onde se testemunha que, em Espanha, a única doutrina a que os tribunais se referem expressamente é à adequação, considerada oposta à *conditio sine qua non*. Refira-se, contudo, que ao nível doutrinal é profusa a teorização na matéria, falando os autores dos critérios da adequação, do risco geral da vida, da proibição de regresso a uma causa quando tenha havido intervenção, escopo de protecção da norma violada, provocação e aumento do risco.

Cf. F. PANTALEÓN PRIETO, “Causalidad e imputación objetiva”, *Centenario del Código Civil II*, ...cit., p. 1561 e ss. (o autor distingue claramente a relação de causalidade, considerada matéria de facto, da imputação objectiva. Esta seria uma questão jurídica, a ser resolvida pela doutrina e não com apelo aos conceitos próprios das ciências da natureza. Nessa medida, considera incorrecto que se fale da causalidade adequada como uma teoria que verse o problema da causalidade. Ademais, o autor oferece uma série de critérios de imputação: risco geral da vida, proibição de regresso, critério da provocação, fim de protecção da norma, incremento do risco). Do autor, veja-se, ainda, “Comentario ao artículo 1902 del Código Civil”, *Comentario del Código Civil*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, p. 1987 e ss. (considerando que o critério da adequação continua a ser útil para obter a solução justa em casos em que os cursos causais são irregulares ou anormais).

Cf., ainda, RICARDO ÁNGEL YÁGÜEZ, *Responsabilidad civil por actos médicos. Problemas de prueba*, Civitas, Madrid, 1999, p. 112-113, onde a doutrina da causalidade adequada é apresentada como uma correcção da teoria da equivalência das condições, acrescentando-se, numa interpretação dela que a aproxima da doutrina das consequências directas e imediatas, que “el daño se tiene que asociar a aquel antecedente que, según el curso normal de los acontecimientos, ha sido su causa directa e inmediata”. Considerando que a causa adequada é a causa normalmente geradora do resultado, apresenta os múltiplos matizes com que ela pode surgir colorida: previsibilidade subjectiva do agente, previsibilidade objectiva racional, consideradas as circunstâncias concorrentes do caso; ID., *Tratado de responsabilidad civil...* cit., p. 751 e ss.

¹⁹² No fundo, confrontamo-nos com uma alternativa. Ou a causalidade adequada vem complementar a doutrina da *conditio sine qua non*, e o jurista continua preso aos problemas já referidos anteriormente; ou a causalidade adequada vem, para além de um segmento imputacional, corrigir a indagação condicional, pela introdução da nota probabilística, com o que se mostra a verdadeira intencionalidade que subjaz ao critério da adequação.

Sublinhe-se, ainda, a este ensejo, uma ideia que já foi aflorada: ao fazer-se uma leitura da condicionalidade sem a qual de acordo com índices estatísticos e probabilísticos, as duas doutrinas acabam por confluir. Nesse sentido, novamente, FLORENCE G’SSELL-MACREZ, *Recherches...* cit., p. 163 e p. 171.

¹⁹³ Cf. SOURLAS, *Adäquanztheorie und Normzwecklehre ...* cit., p. 30 e ss. e 94 e ss. Veja-se, também, o que sobre o concreto problema será dito *infra*.

Acresce que a causalidade adequada, na sua abstracção conceptualista, quadra mal com soluções que se pretendem materialmente justas. Para compreendermos o que aqui fica implícito, importa esclarecer alguns dados. Na verdade, aquela, enquanto teoria probabilística¹⁹⁴, está longe de constituir um magma uniforme¹⁹⁵. Pelo contrário, muitas são as formulações que vai conhecendo, umas mais próximas da linguagem causal do que outras^{196 197}. Atentemos nas principais¹⁹⁸.

¹⁹⁴ Explicitando a natureza do juízo formulado ao abrigo da teoria, probabilístico e não conotado com uma ideia de necessidade, cf. ALFONSO DE COSSIO, "La causalidad en la responsabilidad civil: estudio del derecho español", ... cit., p. 531.

É, aliás, no reconhecimento do carácter valorativo da disciplina que, *infra*, questionaremos em que medida se justifica, então, a prisão do pensamento jurídico a uma doutrina que reproduz, ontologicamente, mas não axiologicamente, os ensinamentos colhidos do mundo das ciências exactas, ainda que, e cumpre reconhecê-lo, introduza elementos de subjectivação no discurso.

Como afirma ALFONSO COSSIO, "la causa en derecho no es una teoría física, sino una teoría moral" (cf. p. 532). E conclui, por isso mesmo, que, no complexo causal, a selecção da causa que viabilize a imputação dos danos a um sujeito diverso daquele que os gerou pressupõe um prévio juízo de valor que se funda em razões jurídicas e não meramente científicas (cf. p. 533).

Percebe-se, então, e desde já, um dos defeitos de que padece a doutrina da causalidade adequada, pelo menos em algumas das suas versões.

¹⁹⁵ Referimo-nos à não uniformidade de formulações dentro da doutrina da causalidade adequada. Importa, contudo, sublinhar, em termos sistemáticos, a teorização levada a cabo por A. M. HONORÉ, "Causation and remoteness of damage", ... cit., p. 49 e ss., que nestas matérias tanto contributo trouxe no que respeita à sedimentação de posições e ao seu cotejo comparatístico. O autor fala das teorias probabilísticas num sentido amplo, enquadrando nelas, não só a doutrina da causalidade adequada, mas também a doutrina da previsibilidade e a doutrina do risco (cf. p. 55 e ss. e 58 e ss.).

¹⁹⁶ Salientando a falta de unidade criteriológica que se abriga sob a epígrafe genérica da adequação, cf. SALVADOR CODERCH e JUAN ANTONIO RUIZ GARCIA, "Problemas de la responsabilidad civil en derecho español", ... cit., p. 416. Mais grave do que isso seria, contudo, à luz do pensamento dos autores citados, a incapacidade revelada pela doutrina em oferecer critérios claros que permitam afirmar ou negar a imputação em cada caso. Designadamente, questionam qual o grau de probabilidade que se requer, nunca verdadeiramente concretizado, e bem assim qual a incidência a ter em conta, se estatística, se social.

Cf., sobre a prova da causalidade, aflorando o problema estatístico a que nos referimos, ERIC MAGNUSON, "Statistical proof of causation", *Causation in Law and Medicine*, FRECKELTON e MENDELSON (ed.), Ashgate, Dartmouth, 2002, p. 399-428.

Veja-se, ainda, CHRISTOPHE QUÉZEL-AMBRUNAZ, *Essai sur la causalité...* cit., p. 71, dando conta da "pluralidade de teorias", unidas sob uma inspiração comum e princípios vectores análogos, e CHABAS, *L'influence de la pluralité de causes...* cit., nº112.

¹⁹⁷ Cf. CEES VAN DAM, *European Tort Law...* cit., p. 271, considerando as diferentes variantes da doutrina da causalidade adequada e sustentando, numa síntese compreensiva, que "alguns autores focam-se na previsibilidade razoável do dano, outros na questão de saber em que medida a causa era adequada para criar o dano e outros no incremento das chances de ocorrência do dano", conclui que "em cada uma, o elemento probabilidade joga um papel preponderante" e acrescenta, sobre a adequação, que as suas formulações (conhecimento objectivo/subjectivo; probabilidade objectiva/subjectiva; grau de probabilidade; probabilidade das consequências gerais ou das consequências específicas) a tornam intangível na prática e insusceptível de resolver, de modo claro e razoável, todos os problemas emergentes.

¹⁹⁸ Para um elenco das diversas formulações da doutrina da causalidade adequada, tal como ela surgiu na Alemanha, cf. KLUG, "Erfordernisse des adäquaten Kausalzusammenhangs. ... cit., p. 449 e ss.) e A. M. HONORÉ, "Causation and remoteness of damage", ... cit., p. 49-50. Veja-se, ainda, a este propósito DEUTSCH, *Allgemeines Haftungsrecht...* cit., p. 88 e ss.

Fala-se, aí, não de duas, mas de pelo menos seis formulações distintas. A par das que demos conta em texto, HONORÉ fala-nos de outras tantas. A saber: a condição é tida como causa adequada da consequência que se siga no normal curso dos eventos; o dano indemnizável é aquele que é objectivamente previsível ou que um homem médio deve prever; não só o tipo de dano, mas também o

Desde logo, importa salientar a diferença entre o sentido positivo e o sentido negativo da causalidade adequada. O primeiro, imortalizado por TRAEGER, procura ver se o evento danoso é ou não uma consequência natural ou provável do tipo de facto levado a cabo, respondendo-se afirmativamente sempre que ele, pelo menos, favoreça a produção daquele¹⁹⁹. O segundo, devido a ENNECCERUS e LEHMANN²⁰⁰, coloca o acento

montante dele deve ser adequadamente causado; por fim, a ideia de que a doutrina da causalidade adequada não tem um conteúdo particular, mas deve ser vista como *merit*.

Veja-se, ainda, HEINRICH LANGE, “Herrschaft und Verfall ...”, ... cit., p. 114 e notas 4, 5 e 6. (Fórmula negativa: *Die Möglichkeit des Eintrittes eines Schadens darf nicht eine so entfernte sein, daß sie nach der Auffassung des Lebens vernünftigerweise nicht in Betracht gezogen werden kann; oder si nicht außerhalb aller Wahrscheinlichkeit liegen*; Fórmula positiva: *Ein Ereignis muß allgemein geeignet sein, eine Erfolg dieser Art herbeizuführen*; Fórmula eclética: *Ein Ereignis muß im allgemeinen und nicht nur unter besonders eigenartigen, unwahrscheinlichen und nach dem gewöhnlichen Verlauf der Dinge außer Betracht zu lassenden Umständen geeignet sein, einen Erfolg dieser Art herbeizuführen*) e, tomando posição acerca do problema, ao mesmo tempo que adere à doutrina da causalidade adequada, HANS KIRCHBERGER, “Die adäquate Ursache als Haftungsvoraussetzung”, *Neue Juristische Wochenschrift*, 5. Jahrgang, 1952, p. 1002 (“Solange keine bessere Formulierung gefunden ist, dürften die im Lehrbuch von Enneccerus-Lehmann aufgestellten Hauptgrundsätze besondere Beachtung verdienen”).

Veja-se, ainda, CALIXTO DÍAZ-REGAÑÓN GARCIA-ALCALÁ, “Relación de causalidad e imputación objetiva...”, ... cit., p. 8 e ss., apresentando uma taxonomia dos contornos com que pode vir pensada a previsibilidade. Em debate, a aproximação à previsibilidade ou a uma ideia de regularidade causal, ao mesmo tempo que se questionem os termos em que, com base probabilística, se pode considerar firmado o nexo de imputação que se busca edificar.

Cf., igualmente, LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts...* I, cit., p. 362 (“toda a condição apropriada para a produção do dano, segundo um critério de normalidade, e não apenas por força de circunstâncias especialmente particulares, se de todo improváveis e estranhas ao normal curso das coisas”).

Veja-se, ainda, a este propósito, RANIERO BORDON, *Il nesso di causalità...* cit., p. 63 e ss., em especial p. 65, considerando que existe uma versão objectivista-probabilística e uma versão subjectivista da causalidade adequada.

¹⁹⁹ Cf. TRAEGER, *Der Kausalbegriff...* cit., p. 159 (*Eine Begebenheit ist adäquate Bedingung eines Erfolgs, wenn sie die objektive Möglichkeit eines Erfolges von der Art des eingetretenen generell in nicht unerheblicher Weise erhöht hat*). A primeira formulação da doutrina dever-se-á, contudo, a VON KRIES, *Die Prinzipien der Wahrscheinlichkeitsrechnung*, Freiburg, 1886 e “Über den Begriff der objektiven Möglichkeit und einiger Anwendungen desselben”, *Vierteljahrschrift für wissenschaftliche Philosophie*, 12, Leipzig, 1888, p. 179; 287 e ss. Para ele, a *conditio* seria causa do dano quando, pela sua natureza, aumentasse objectivamente a possibilidade de ocorrência de um daquele tipo que se verificou em concreto. Repare-se que nem sempre a formulação positiva surge com estes contornos. Enquanto para VON KRIES o critério fundamental da concatenação causal que se pretende estabelecer é a ideia do incremento do risco e para TRAEGER se exige que o facto favoreça a produção do dano, outras formulações – também elas positivamente enunciadas – apontam num sentido mais consentâneo com aquele que está vertido no nosso texto. A grande diferença passa pelo facto de para essas a adequação poder ser afirmada mesmo que um igual risco de dano existisse na ausência do facto danoso.

Cf., para maiores desenvolvimentos sobre a formulação de VON KRIES, do autor, *Über die Begriffe der Wahrscheinlichkeit und Möglichkeit...* cit., p. 467 e ss. A causa do dano é aquela que, de entre as condições sem as quais ele não teria ocorrido, aumentou objectivamente a possibilidade de o mesmo ocorrer.

Considerando que a fórmula de TRAEGER representa uma posição de mediação entre a posição de VON KRIES (*ex ante- Individualbeurteilung*) e a posição de RÜMELIN (*objektiv nachträglichen Prognose*), cf. FRITZ LINDENMAIER, “Adäquate Ursache und nächste Ursache...”, ... cit., p. 227.

²⁰⁰ Cf. ENNECCERUS-LEHMANN, *Recht der Schuldverhältnisse*, cit., p. 63. Para o autor, a ideia já não é a do incremento do risco, mas a da alteração das condições de risco de ocorrência do dano: a inadequação de uma causa para a produção do resultado implica a sua indiferença para a produção dele que, por isso mesmo, só se verificou devido a circunstâncias excepcionais.

tónico na eventual indiferença do facto para a produção do dano, excluindo-se o nexó de causalidade apenas quando só por virtude de elementos espúrios, excepcionais ou anormais este tenha lugar²⁰¹.

Considerando que dificilmente um acontecimento deixa intocável a esfera de risco, concluindo, por isso, que a posição dos autores conduz a uma retrocesso até à ideia de *conditio sine qua non*, cf. HART e HONORÉ, *Causation...* cit., p. 488.

Aderindo, entre nós, à formulação de ENNECCERUS-LEHMANN, cf. VAZ SERRA, “Obrigação de indemnização...”, ... cit., p. 29, nota 58. Justifica-o pelo facto de entender que as formulações positivas nem sempre são exactas quando aplicadas aos casos concretos.

Cf., igualmente, PEREIRA COELHO, *Obrigações, sumários das lições ao curso de 1966-1967*, Coimbra, 1967p. 163-164; BRANDÃO PROENÇA, *A conduta do lesado...* cit., p. 443 (evidenciando que o artigo 563ºCC consagra a doutrina da causalidade adequada, com o argumento histórico centrado na análise dos trabalhos preparatórios de VAZ SERRA, já que o artigo 569º do anteprojecto propunha uma formulação inspirada por ENNECCERUS: “a obrigação de indemnização não existe quando o facto que a determinaria era, segundo a sua natureza geral e as regras da vida corrente, indiferente para que surgissem danos da espécie dos produzidos, de sorte que, apenas por circunstâncias extraordinárias, se tornou tal facto uma condição dos mesmos danos. Tomam-se em conta, para este efeito, as circunstâncias que, na data do facto, eram conhecidas ou podiam ser”).

A este propósito, cf., igualmente, RIBEIRO DE FARIA, *Direito das Obrigações...* cit., p. 505, considerando que as duas formulações da teoria da causalidade adequada podem ter âmbitos de aplicação diferenciados (um lesante por via de um facto lícito deve merecer um tratamento mais benevolente do que o autor de um facto ilícito); ANTUNES VARELA, *Das obrigações...* cit., I, p. 887 e 893, nota 1; ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações...* cit., p. 763-764, considerando que “parece aconselhável (...) uma formulação mais ampla da doutrina da causalidade adequada para a responsabilidade por factos ilícitos culposos (...) do que relativamente à responsabilidade por intervenções lícitas”. No primeiro domínio, o facto só deixará de ser causa do dano desde que se mostre de todo inadequado e haja produzido unicamente o resultado em consequência de circunstâncias anómalas ou excepcionais; na responsabilidade por factos lícitos, onde também se inclui a responsabilidade pelo risco, deixará de haver essa adequação abstracta quando o dano cair for das consequências normais típicas do facto.

²⁰¹ Note-se que para os autores a indiferença se até a uma noção de risco – cf. ENNECCERUS-LEHMANN, *Recht der Schuldverhältnisse...* cit., p. 63. Haveria que determinar em que medida a actuação do agente aumenta o perigo da produção do dano ou altera a esfera dos perigos actuais.

Com isso, e sem entrarmos, por ora, em lucubrações complementares, julgamos estar verdadeiramente em causa uma noção de imputação, que, sendo meritória, só peca por insistir numa análise atomista que contempla a actuação do lesante para a ligar aos danos subsequentes, resvalando, dessa feita, num juízo probabilístico. Acresce que, ao não relevar devidamente o sentido imputacional que lhe é inerente, acaba por não contaminar o discurso com as outras possíveis refracções do momento dos fundamentos, que, corporizando-se nos princípios normativos, têm uma palavra a dizer.

Por outro lado, ao não sublinhar as consequências da cisão entre a *haftungsbegründende Kausalität* e a *haftungsausfüllende Kausalität*, miscigenam dois nódulos problemáticos, não se apercebendo que a questão da imputação do dano ao agente segundo uma ideia – voltamos enfaticamente a repetir – de risco pode não ser adequada a resolver as dificuldades comunicadas pela segunda vertente. Dando um exemplo: Luís agride João, gerando uma impossibilidade temporária para trabalhar, na sequência da qual este deixa de auxiliar Miguel na tradução de um texto, sofrendo o terceiro avultados prejuízos com o facto. Pode fazer-se impender sobre Luís a obrigação de ressarcir Miguel? A sua conduta não era indiferente à produção de tal prejuízo. Não tendo de derramar-se sobre eles a nota da previsibilidade, por não se estender a culpa ao dano concretamente sofrido, indagar-se-á se os mesmos se apresentam prováveis ou não, tudo dependendo da resposta que para a questão das condições a que obedece o juízo de probabilidade.

Aderindo-se à formulação negativa, agora em análise, duas hipóteses são viáveis.

O comportamento de Luís não é indiferente à produção daquele dano, abrindo-se a porta a uma amplitude incompatível com a função limitadora da responsabilidade que a causalidade deve cumprir e inconsonante com os dados sistemáticos vigentes.

Ou toma-se como referente temporal o momento da prática do facto e syndica-se, a partir dos conhecimentos disponíveis ao homem médio corrigidos pelo nível cognitivo do próprio agente, se o comportamento deste era ou não, num pequeno grau de probabilidade que fosse, indiferente à produção do dano. Nem por isso deixamos de estar condenados a uma fórmula ambivalente. Pois que, ou se

Mais do que meras diferenças de pormenor, releva aqui a amplitude de uma responsabilidade que se pretende imputar a um eventual lesante. Não será, efectivamente, muito difícil inteligir as consequências práticas que advêm da adesão a um ou outro sentido delineado. Sendo certo que, no quadro do nosso sistema de repartição do ónus *probandi*, incumbe ao lesado carrear para o processo elementos que atestem a concatenação que se busca estabelecer, facilmente se compreende ser menos oneroso demonstrar em juízo que um facto não foi indiferente à produção do dano do que mostrar que ele favoreceu a produção do mesmo²⁰². E não se trata, apenas, de uma

perscruta o estabelecimento da concatenação causal tendo em conta o que era exigível conhecer ao homem médio naquele momento e, não sendo exigível dominar os compromissos previamente assumidos por João, a probabilidade se vem afinal a confundir com a previsibilidade (havendo que colocar a hipótese de, caso o lesado fosse tradutor profissional, aquela já ser discernível); ou se aceita a probabilidade da não indiferença entendida nos moldes expendidos num sentido de mera possibilidade, resvalando-se com isso na abertura à infinidade indemnizatória e, designadamente, à ressarcibilidade dos danos em cascata [sobre o ponto, cf. V. E. DACORONIA, “Haftungsbegründende und haftungsausfüllende Kausalität”, in *Digest...* cit., p. 596-597. Distinguindo o dano directo do dano consequencial (aquele que não é directamente causado pelo dano inicial, mas por outros eventos que têm de estar relacionados com o evento inicial, como por exemplo, a perda de rendimentos durante a hospitalização da vítima), acrescenta a distinção entre vítimas directas e vítimas indirectas. As primeiras são as pessoas cujos direitos ou interesses legais foram invadidos; as segundas são as que sofrem um dano a partir da lesão dos bens jurídicos cuja titularidade pertence a outra pessoa. Só as primeiras podem ser ressarcidas, fora casos excepcionais. Sustenta, então, que a diferença entre elas é evitada pela teoria do âmbito de protecção da norma, na medida em que é a análise desse círculo de protecção que vai determinar se o bem jurídico violado e o seu beneficiário se integram ou não nele. E, na mesma obra, consulte-se, ainda, O. MORÉTEAU/C. PELLERIN-RUGLIANO/J. REY, p. 598, salientando que em França não existe a distinção entre a *haftungsbegründende* e a *haftungsausfüllende Kausalität* e que a diferença causa dificuldade no caso de uma segunda incidência do dano, a afectar uma segunda vítima. É que, neste ordenamento jurídico, o subsequente lesado pode obter compensação, na medida em que a lei francesa, segundo o seu testemunho, reconhece danos em cascata (sucessivas incidências de dano conexos em termos de *conditio sine qua non – dommage causal*). Sobre o sistema francês, vide, igualmente, G. VINEY e P. JOURDAIN, *Traité, Les conditions...* cit., p. 359].

Repare-se que a patenteada ideia de risco configura uma mais-valia face ao puro juízo naturalístico. Porém, assumido em termos sincopados e desarraigado de outras notas, continua a gerar verdadeiras aporias.

Cf. VAZ SERRA, “Obrigação de indemnização...”, ... cit., p. 40. Dando o exemplo da pessoa ferida num dedo que vem a sofrer maiores danos por culpa do médico que o trata. Afirma o autor, estribado na posição de outros juristas, poder firmar-se nestes casos a adequação, a excluir-se se o erro do profissional de saúde for de todo grosseiro. A aceitar-se a solução apresentada, fica por esclarecer o porquê do diverso tratamento dispensado, acreditando-se que, a ser justificável, tal decorrerá de uma nota de exigibilidade que, a um tempo, nos remete para a noção de imputação, com a qual se deve matizar a causalidade, e mostra a impraticabilidade de partir do critério para a resolução do problema *sub iudice*. Note-se que, no quadro da causalidade adequada, tal como ela é pensada, a negação da conexão causal nos casos de erro grosseiro do médico se explica pelo facto de, com isso, se fugir à normalidade do exercício da profissão de médico (cf. ENNECCERUS-LEHMANN, *Recht der Schuldverhältnisse...* cit., nota 13; LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts...* I, cit., p. 364 e VAZ SERRA, “Obrigação de indemnização...”, ... cit., p. 47, nota 101). Cf., a este propósito, RIBEIRO DE FARIA, *Direito das Obrigações...* cit., p. 507, afirmando que “o acto de terceiro ou do próprio lesado, causadores imediatos do dano, podem vir a ser imputáveis ao agente, se se puderem ainda qualificar como um efeito adequado do facto deste gerador de responsabilidade. Assim, se A causa uma lesão corporal a B, ele virá a responder pelas consequências de um tratamento médico defeituoso”.

²⁰² Em rigor, segundo os ensinamentos de ENNECCERUS-LEHMANN, nem sequer esta prova teria de ser apresentada pelo demandante (cf. *Recht der Schuldverhältnisse...* cit., p. 67). Bastar-lhe-ia carrear para o

questão de dificuldade de prova, mas outrossim de exacta aplicação do critério mobilizado.

No exemplo apontado por ANTUNES VARELA, “um indivíduo disparou a uma distância tal que, normalmente, mal o poderia ferir”. Tal como o insigne civilista explica, de acordo com o sentido positivamente delineado da adequação, o disparo não deve ser considerado como causa adequada do dano, já o sendo segundo o posicionamento de ENNECCERUS e LEHMANN²⁰³.

Compreendendo a interpretação expendida, ela implica, não obstante, que se tenha em conta o referente de problematização da conexão em apreço. Pois, em abstracto um disparo é adequado a produzir o ferimento, já não sendo, porém, o disparo a longa distância. Donde resulta que, na indagação causal, se têm de ter em conta – sob pena de resvalarmos para o total formalismo, se não mesmo para a alienação da *realita*

processo dados que atestassem que, sem o facto, o dano não se teria produzido, incumbindo ao demandado a contraprova da indiferença do mesmo para a aquele resultado danoso.

Esta parece ser a lição acolhida pela doutrina portuguesa mais antiga. Cf. VAZ SERRA, “Obrigação de indemnização...”, ... cit., p. 44. Em causa estaria a onerosidade para o lesado de suportar a prova positiva da adequação.

Não tem sido, porém, essa a orientação seguida pela jurisprudência e, não obstante o mérito intrínseco da proposta, a apresentar semelhanças suficientes com a que procuraremos desenhar, parece denotar-se aqui uma desmedida abertura processual.

No fundo, repartido deste modo o ónus *probandi*, a formulação negativa da causalidade vem a transformar-se na junção simbiótica de duas mundividências: a *conditio sine qua non* e a ideia de interrupção do nexo causal, com todas as consequências daí advinentes, expendidas em texto. Donde resulta, aos nossos olhos, que a bondade material do apelo às presunções judiciais de causalidade se terá de colimar numa ideia de imputação resolvida a montante. Parece, de facto, ser o retorno à culpa que aqui se apresenta, nos casos em que ela figura entre os requisitos da obrigação ressarcitória, ou, quando a mesma for prescindível, ao centro gravitacional de imputação delitual que a substitua. Donde, contra o que é sustentado tradicionalmente, a via de resolução do problema causal se afigura iminentemente normativa. Em nosso entender, só assim ganha sentido a presunção de que se lança mão, dependendo ela da concreta intencionalidade do quadro delitual mobilizável.

Posto isto, remetemos para um momento posterior a escarpelização da temática, limitando-nos por ora a sublinhar aquela que era, já no quadro da primeira metade do século XX, a sensibilidade do jurista que com a responsabilidade aquiliana se cruzava.

Veja-se, ainda, JOSÉ ALBERTO GONZÁLEZ, *Responsabilidade civil*, ...cit., p. 89 [1ª edição, p. 82], falando numa verdadeira presunção de causalidade a que se chega pela adopção da formulação negativa (ou melhor, considerando que, sendo o comportamento do agente *conditio sine qua non*, apenas se o dano ocorrer por circunstâncias manifestamente excepcionais se exclui a causalidade). Vai mesmo mais longe: “tendo em conta que somente nos casos previstos na lei a responsabilidade se exclui através da prova de que mesmo com a diligência devida se não teriam evitado os danos (artigo 492º, nº1, *in fine*), será de concluir que a causalidade só cessa, em geral, quando se demonstre a total irrelevância para o resultado verificado das condições colocadas pelo autor de certa conduta”. Para uma apreciação crítica do pensamento do autor, cf. *infra* a nossa exposição.

²⁰³ Cf. ANTUNES VARELA, *Das obrigações...* cit., I, p. 891. Cf., também, VAZ SERRA, “Obrigação de indemnização...”, ... cit., p. 39, nota 79 e, dando o mesmo exemplo, RIBEIRO DE FARIA, *Direito das Obrigações...* cit., p. 504 (veja-se, ainda, p. 502, onde o autor, mostrando que a formulação negativa é menos restritiva, adianta podermos assim compreender algumas decisões dos Tribunais alemães: a) se uma lesão só é grave por condições muito próprias do lesado, nem por isso se exclui a adequação; b) é causa adequada da morte o ligeiro ferimento que conduz a pessoa ao hospital onde contraí uma infecção pulmonar; c) é causa adequada de um acidente a lesão que motivou o uso de uma prótese)

– as circunstâncias concretas de produção do dano e não apenas o tipo classificatório de facto²⁰⁴. Sem que fiquem, assim, eliminados os nossos problemas. Concita-se, de imediato, uma dúvida: qual o grau de concretude que devemos ter em conta²⁰⁵? Quanto mais exacta for a descrição do evento, maior será a probabilidade de produção do dano, ou melhor, de estabelecimento da conexão causal²⁰⁶. Por outro lado, pergunta-se: não estaremos com isso a abdicar do juízo objectivo para nos quedarmos, afinal, na procura da causa efectiva da ocorrência daquele? Acresce que, se o momento temporalmente relevante retroagir ao tempo da prática do facto, aumenta a probabilidade à medida que a descrição se torna mais geral²⁰⁷, invertendo-se portanto os dados do problema^{208 209}.

²⁰⁴ Cf. PEREIRA COELHO, *O problema da causa virtual...* cit., p. 9, nota 6; VAZ SERRA, “Obrigação de indemnizar...”, ... cit., nota 185; TRIMARCHI, *Causalità e danno*, ... cit., p. 33; BYDLINSKI, “Mittäterschaft im Schadenrecht”, ... cit., 158, p. 416, e ANTUNES VARELA, *Das obrigações...* cit., I, p. 884, nota 1.

Na análise do pensamento de VON KRIES, TRIMARCHI é contundente em afirmar que, “modificando-se a descrição do evento, modifica-se a classe e, conseqüentemente, pode alterar-se a relação de frequência entre os eventos” – cf. *op. cit.*, *loc. cit.*

²⁰⁵ Formulando idêntica pergunta, cf. TRIMARCHI, *Causalità...* cit., p. 42.

²⁰⁶ ANTUNES VARELA salienta que se levássemos em conta todas as circunstâncias concretas, o julgador seria conduzido à conclusão que o dano era provável, tanto mais que ele se verificou – cf. *Das obrigações...* cit., I, p. 892, nota 1.

Cf., no mesmo sentido, KLUG, “Erfordernisse des adäquaten Kausalzusammenhangs...”, ... cit., p. 452, em quem ANTUNES VARELA também se baseia.

Sustentando que a descrição do evento, no quadro da causalidade adequada, tem de ser abstracta, cf. HART e HONORÉ, *Causation...* cit., p. 479.

Cf., ainda, PEREIRA COELHO, “O nexo de causalidade...”, ... cit., p. 205. O autor defende que não se podem ter em conta todas as condições. “Se se considerassem todas, então fazia-se um juízo de necessidade e não de probabilidade. Se se considerassem todas, então é claro que o juiz tinha sempre que concluir que o resultado era uma consequência adequada do facto”.

²⁰⁷ Cf. A. M. HONORÉ, “Causation and remoteness of damage”, ... cit., p. 52.

Cf., neste sentido, TRIMARCHI, *Causalità...* cit., p. 42. Para o autor basta colocar em destaque na descrição a individualidade do caso concreto para ser difícil estabelecer a probabilidade abstracta da ocorrência do dano. Do autor, veja-se, ainda, “La causalità nella responsabilità civile”, ... cit., p. 2-3. Ensina o autor que o juízo de probabilidade se baseia numa relação de frequência estatística entre dois tipos de eventos. Ora, “modificando-se a descrição do evento ou da situação antecedente, modifica-se a relação de frequência. Na definição do juízo de probabilidade, não deixa de estar presente um momento de subjectividade: a probabilidade de um certo tipo de ferida conduzir à morte é estimada diversamente consoante se saiba ou se ignore que a vítima é hemofílica”. Assim, coloca-se o problema de saber qual a base a partir da qual se vai edificar a ponderação probabilística.

Cf. HART e HONORÉ, *Causation in the law*, ... cit., p.98. Dando a palavra a autores que criticam a abordagem tradicional do problema da causalidade, mostram a ambivalência a que fica sujeita a solução do mesmo consoante o tipo de descrição do facto que se faça. Aduzem, nessa medida, que, se descrevermos com demasiado pormenor aquele, pode não ser possível estabelecer a previsibilidade do dano [veja-se, sobre a diferença entre a previsibilidade e a probabilidade o que dizemos em texto].

Embora referindo-se à doutrina da equivalência das condições, cf., com amplo pormenor sobre a questão, HART e HONORÉ, *Causation...* cit., p. 452-453.

Cf., a propósito do problema da descrição, considerando que a mesma – e sobretudo as dúvidas por ela suscitadas – constitui um dos pontos fracos da doutrina da causalidade adequada, TRIMARCHI, *Causalità...* cit., p. 41.

Note-se que, aí, o autor conexiona o problema com aqueloutro por nós afluído em texto que se prende com saber se o juízo de probabilidade se deve derramar sobre todo o processo causal ou tão-só sobre o evento danoso.

Associam-se a esta outras cambiantes, a refractarem-se noutras tantas posições doutrinárias expandidas pelos diversos autores. Na determinação do referente cognitivo de estabelecimento da conexão causal, há que ter em conta um juízo probabilístico, mas este estabelecer-se-á reportando-nos ao momento da prática do facto ou do judicativo ajuizamento que dele se faça? E, não menos importante, revelarão na ponderação a encetar os conhecimentos exigíveis a um homem médio ou dever-se-ão ter em conta os dados efectivamente conhecidos pelo agente no momento da prática do facto?

As dúvidas agora expostas não são nossas. Pelo contrário, reflectem o sentir de gerações de juristas que antes de nós se debruçaram sobre o tema. De uma forma tão profunda que encontraram respostas para elas, embora não coincidentes, dando, por isso, origem a diferentes versões acerca da causalidade adequada²¹⁰.

Sobre o ponto, veja-se, também, RIBEIRO DE FARIA, *Direito das Obrigações...* cit., p. 506, fazendo precisões à teoria da causalidade adequada. Para ele, o simples juízo de adequação, em abstracto, não legitima a imputação objectiva de um dano que em concreto se não insere no quadro de riscos envolvidos por aquele juízo (cf. nota 4, onde o autor apresenta o seguinte exemplo: A deu uma pancada em B, adequada para causar a morte de um homem. B não morre, mas é atropelado à saída do hospital).

²⁰⁸ O ponto introduzido no debate remete-nos, aliás, para outro patamar de considerações. Na verdade, se o grau de concretude há-de ser prudencialmente definido, importa ter consciência que isso não nos conduz aos antípodas da afirmação do juízo absolutamente abstracto. Por si só, tal implicaria – e mesmo que dados acerca do mecanismo de funcionamento da responsabilidade civil ou do seu fundamento não possuíssemos – uma visão da juridicidade que contenderia abertamente com o modo como concebemos a concreta realização do direito, a ter como *prius* metodológico o caso concreto, à luz do qual todo o sistema é mobilizado, movimentado e interpretado.

Nenhuma categoria pode ser compreendida autistamente, num registo conceptual puro, conducente à alienação da realidade de que, a outro propósito, nos fala LUHMANN.

No mesmo sentido, embora *in fine* defensor de uma visão diversa da que dialogicamente pretendemos sustentar, cf. PEREIRA COELHO, “O nexó de causalidade...”, ... cit., p. 219-220.

²⁰⁹ GERALDES DE CARVALHO, “A causalidade. Subsídios para uma teoria da responsabilidade jurídica em geral”, ... cit., p. 23.

²¹⁰ Outro problema que se equaciona prende-se com as circunstâncias que a probabilidade, em que se vem a traduzir a causalidade adequada, deve cobrir. Se os autores fiéis à visão tradicional dos problemas, insistindo na cisão entre a previsibilidade objectiva e a probabilidade, afirmam que esta se derrama sobre os danos subsequentes, embora se não exija a primeira, sempre haverá que saber se a exigência se estende ou não à sequência causal concretamente ocorrida. Sobre o ponto, cf. BASIL MARKESINIS, ANGUS JOHNSTON e SIMON DEAKIN, *Markesinis and Deakin's Tort Law*, cit., p. 208 e ss. [referência especial ao precedente *The Wagon Mound (No.1)*, no qual se consagra a ideia segundo a qual, se o tipo de dano sofrido tem de ser previsível, a sequência precisa dos acontecimentos pela qual o lesante fez eclodir aquele dano não tinha de revestir idêntica qualidade. No mesmo sentido, cf. W.V.H. ROGERS, *Winfiel and Jolowicz ...* cit., p. 227, ilustrando a posição com o precedente *Hughes v. Lord Advocate* [cf. p. 228]. Saliente-se, ainda, que o autor evidencia a desnecessidade de previsão da extensão de danos e do exacto modo de emergência deles. A ideia é importante e vem mais tarde a ser concretizada. Assim, cf. p. 235-236, onde, lidando-se com o critério do *pecuniary amount of damage*, o autor salienta que é irrelevante do ponto de vista da imputação o facto de o lesante vir aduzir que não tinha ideia do valor intrínseco do bem destruído ou danificado. Na verdade, se A destrói, de acordo com o exemplo ali colhido, uma peça de louça antiga extremamente valiosa, pode submeter-se a uma obrigação de indemnização extremamente elevada e mesmo desproporcional face à gravidade da sua conduta, mas tal respeita unicamente ao cômputo do dano.

Pode o problema ser perspectivado a duas lupas: ou como uma questão relativa à descrição do comportamento do agente; ou como um problema da informação que, lhe sendo ou não acessível, ele deveria ter em conta²¹¹.

Realçada a primeira perspectiva, somos concomitantemente remetidos para o pensamento que, protagonizado por RÜMELIN, sustenta dever o juízo de adequação ser polarizado *a posteriori*. Ou seja, defende o autor que nos devemos reportar ao momento da aferição do comportamento do lesante. É que, verdadeiramente, só assim faz sentido aduzir que se devem ter em conta todas as circunstâncias da acção, mesmo aquelas que só posteriormente foram conhecidas²¹².

Se nos situarmos, pelo contrário, no momento da ocorrência do facto, a nossa preocupação já não é tanto a de o descrever, mas sim a de perceber quais os dados a ter em conta para o estabelecimento do nexu pretendido²¹³. Dados esses mediatizados pelo nível de conhecimento patenteado pelo agente.

²¹¹ Cf. A. M. HONORÉ, “Causation and remoteness of damage”, ... cit., p. 51.

²¹² Cf. RÜMELIN, “Die Verwendung der Causalbegriffe im Straf und Civilrecht”, *Archiv für die civilistische Praxis*, 90, Heft 2, 1900, p. 171-344 (aqui p. 188, 216-220). A posição do autor permite delimitar a responsabilidade na medida em que cinde as circunstâncias existentes no momento da prática do acto das restantes, só sendo o eventual lesante responsável pelas primeiras.

PEREIRA COELHO considera que esta *doutrina da causalidade adequada do ponto de vista do prognóstico posterior* leva a soluções similares àquelas a que somos conduzidos pela teoria da *conditio sine qua non*. (cf. “O nexu de causalidade...”, ... cit.). Tendo em conta não o problema do momento de fixação do juízo, mas a questão do índice cognitivo, cf., ainda, a posição de RIBEIRO DE FARIA, *Direito das Obrigações...* cit., p. 504, sustentando que, se adoptássemos, para o juízo de adequação, o índice cognitivo de um observador quase omnisciente, “o limite da teoria da causalidade adequada face à equivalência das condições (...) [perderia] mesmo nitidez”, mas que, se partíssemos do referente do lesante, o juízo converter-se-ia num juízo de culpa.

Note-se que RÜMELIN propõe a substituição da indagação *a posteriori* por uma valoração *ex ante*, sempre que o facto tenha contribuído para ocasionar o dano apenas por ter determinado a presença do bem lesado no tempo e no lugar da verificação dele. Cf. RÜMELIN, “Die Verwendung der Causalbegriffe...”, ... cit., p. 300.

Considerando que, não obstante a limitação introduzida pelo autor, o critério se afigura pouco rigoroso, cf. TRIMARCHI, *Causalità...* cit., p. 35. Em geral, entende o autor que a proposta de RÜMELIN não logra funcionar como critério limitativo, porquanto, depois de o evento se verificar, haverá sempre adequação, vindo, portanto, a coincidir com a *conditio sine qua non*.

²¹³ Cf., porém, TRAEGER, *Der Kausalbegriff im Straf und Zivilrecht*, ... cit., p. 46. O autor debruça-se sobre o problema da descrição da consequência, na medida em que procura determinar quais as condições postas ao serviço da produção do dano. É dentro delas que vai eleger a que pode ser vista como uma causa adequada dele. Nessa descrição, o autor não se atém ao tipo de dano produzido. Procurando indagar se aquele dano teria ocorrido de forma diferente na ausência do acto ilícito do lesante, consegue extrair desse desenho as características fundamentais componentes da descrição a que se chega.

Advirta-se, além disso, que pese embora os termos da nossa exposição, a fazer sobressair as clivagens entre os diversos autores, os dois problemas não podem ser equacionados sinonimamente. Dito de outro modo, ainda que não se ponha aqui em causa nada do que ficou explanado em texto, importa referir que, mesmo para quem privilegie o momento da prática do facto e tenha em conta o nível de cognição do agente, continua a relevar a descrição objectiva que do evento se faça, na medida em que urge determinar se o juízo de probabilidade se estabelece entre o comportamento do lesante e a última consequência constatável ou se se devem ter em conta terceiros factores que intercorrem no processo causal.

Donde duas conclusões preliminares são viáveis. Por um lado, afigura-se pertinente afirmar que, consoante o momento temporal que nos condiciona, assim se realça um pendor mais objectivista, a espelhar a preocupação com a identificação da causa do dano, ou um pendor que, privilegiando a cognição do agente, parece apontar no sentido de uma ideia de imputação do dano²¹⁴.

Acresce que, e como sublinhado anteriormente, sempre será imprescindível saber se o evento é designado por referência à categoria do acto ou com uma maior concretude, v.g., se se presta atenção ao dado morte ou ao dado morte por envenenamento.

Refira-se, por último, que o problema da descrição do evento se prende com considerações ontológicas, por contraste com a questão do cálculo das probabilidades, segundo leis de generalização, reconhecido como um problema monológico – cf. HART e HONORÉ, *Causation...* cit., p. 482. E note-se que, também aí, nessa dimensão monológica do problema se patenteiam idênticas dificuldades. O juízo de probabilidade há-de ser feito reportando-se a que momento? Deve ser levado a cabo por um terceiro ou ser prefigurado pelo agente? Cf. p. 490, onde os autores dão conta da tendência germânica para não admitir restrições monológicas, ainda que as mesmas sejam admitidas ao nível ontológico.

²¹⁴ Nesse sentido, cf. H. MAYER, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 1953, p. 137, *apud* HART e HONORÉ, *Causation...* cit., p. 484. Considera o autor que o teste de causalidade é a imputabilidade e não a probabilidade objectiva, já que, de outro modo, os especiais conhecimentos do agente não poderiam ser tidos em conta, uma vez que eles nada têm a ver com o evento propriamente dito.

Entre nós, a doutrina maioritária restringe o problema da imputação à dimensão subjectiva, reservando para o nexos de imputação objectiva o estrito sentido causal. Nesse sentido, cf. PEREIRA COELHO, “O nexos de causalidade...”, ... cit., p. 92.

Note-se que, quando falamos de dimensão subjectiva, não obliteramos que os autores reconhecem – como não poderia deixar de ser – a existência de casos de responsabilidade objectiva, nas quais a imputação é feita tendo em conta a ideia de risco. Simplesmente pretendemos salientar que quando, tradicionalmente, falam de imputação se limitam a identificar, com a fórmula, a ligação do facto a um agente, remetendo o problema da causalidade para o cálculo indemnizatório. Saliente-se, ainda, que – a propósito da imputação e tendo em conta a dicotomia aludida entre responsabilidade subjectiva e objectiva – PEREIRA COELHO afirma que “ora o legislador exige uma certa posição psicológica da pessoa em relação ao facto (...), ora o legislador se limita a exigir entre a pessoa e o facto um nexos de puro determinismo mecânico-causal” (cf. “O nexos de causalidade...”, ... cit., p. 125, nota 2, e p. 138). Mostra-se, aí, que, mesmo no tratamento imputacional, o autor, fora das situações explicitamente culposas, parece não filtrar adequadamente a essência predicativa do fenómeno.

Na verdade, o autor opera uma cisão a que não podemos deixar de dar o devido relevo. Ao nível do nexos de imputação, procura-se saber se foi a pessoa que violou o direito, se a violação foi obra sua. No que tange ao nexos de causalidade, é a questão da ligação entre os prejuízos concretamente experimentados e o facto do agente que entra em cena. Restringe o problema da causalidade à questão da determinação do *quantum* indemnizatório. (cf. PEREIRA COELHO, “O nexos de causalidade...”, ... cit., p. 171) A grande diferença – a ter de ser sufragada pela argumentação subsequente – entre esta orientação tradicional e o que pretendemos defender é que autonomizamos um terceiro nóculo problemático de imputação: que não faça já a ligação entre a ilicitude e o dano concreto, sequer que permita reconduzir aquela à culpa do agente, mas que, objectivamente, permita imputar a violação do direito – consubstanciada na ilicitude – a um agente, ou melhor, ao agente putativamente responsável. A questão surge diante da complexidade da tecitura social e vem, na sua resposta, dogmaticamente densificar a própria ilicitude quando ela se quede num mero desvalor do resultado.

Veja-se, ainda, LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts...* cit. I, 434 e ss. Afirma o autor, tendo como pressuposto a dogmática da responsabilidade civil e a necessidade por ela comunicada de apagar o dano que alguém sofre, que o conceito de causa não permite limitar as consequências do comportamento do lesante, tanto mais que ela é vista por LARENZ como uma categoria da inteligibilidade humana e, desse modo, com um sentido imutável independentemente do domínio comunicacional em apreço. Pelo que, na maioria das situações controvertidas, o que está em causa é a imputabilidade da conexão causal do ponto de vista jurídico. Encarada como uma falsa teoria da causalidade, a adequação permitiria, aos olhos do jurista alemão, operar a necessária limitação das consequências imputáveis.

Tratar-se-ia aí de um problema de imputação objectiva, distinta da imputação subjectiva, exigido em nome do princípio da responsabilidade pelo dano.

Por outro lado, se se optar pela segunda das alternativas postas em diálogo, haverá que decidir qual o padrão a ter em conta nesse juízo de prognose póstuma²¹⁵. Assumimos o arquétipo do homem médio, o padrão de um observador experiente ou aquilo que o lesante efectivamente conheceu no momento da prática do facto? A primeira é a posição de GALVÃO TELLES²¹⁶, diversa, portanto, da de TRAEGER²¹⁷, mais

Cf., a propósito da complexidade da tecitura social e natural, PEREIRA COELHO, “O nexos de causalidade...”, ... cit., p. 169, ao reconhecer que os problema da causalidade afloram mais acutilantemente quando, entre o facto e o dano gerado, intercedem acontecimentos naturais ou outras acções humanas. Curiosamente, esta ideia parece, contra o que é insistentemente sublinhado, depor no sentido da causalidade-imputação.

A este propósito atente-se, ainda, no que dizem ENNECCERUS-LEHMANN que, embora aderindo à causalidade adequada, afirmam não se tratar de perscrutar um sentido de causa análogo ao das ciências exactas, mas de determinar em que medida uma “conduta deve ser reconhecida como fundamento jurídico suficiente para a atribuição de consequências jurídicas” – cf. ENNECCERUS-LEHMANN, *Recht der Schuldverhältniss...* cit., §11º e 235º. Simplesmente, os autores entendem que a adequação e a ideia de probabilidade que lhe anda associada cumprem aquele desiderato.

Vide, igualmente, VAZ SERRA, “Obrigação de indemnização...”, ... cit., p. 29. O autor afirma, contundentemente, que “o problema não é um problema de ordem física ou, de um modo geral, um problema de causalidade tal como pode ser havido nas ciências da natureza, mas um problema de política legislativa: saber quando é que a conduta do agente deve ser tida como causa do resultado, a ponto de ele ser obrigado a indemnizar”. Também o jurista português acaba por dar resposta à questão com apelo à doutrina da causalidade adequada.

²¹⁵ Cf. PEREIRA COELHO, *O problema da causa virtual...* cit., p. 224, nota 1, para a diferença entre a prognose póstuma, ou anterior, e a prognose posterior. Cf., ainda, “O nexos de causalidade...”, ... cit., p. 207.

Cf., com uma designação diversa, embora pareça não corresponder a uma divergência de perspectivas, VAZ SERRA, “Obrigação de indemnização...”, ... cit., p. 39, nota 79. O autor fala de prognóstico posterior, mas explicita que “faz-se de conta que a acção ainda não produziu o efeito...”.

Sobre o paradoxo da prognose objectiva posterior, cf. WOLFGANG B. SCHÜNEMANN, “Unzulänglichkeit der Adäquanztheorie? AG und LG Regensburg, VersR 1977, 459”, ... cit., p. 20 (considerando que, ao aplicar-se tal perspectiva de análise probabilística, dificilmente são identificados fenómenos inadequados); KNAPPE, *Das Problem der überholenden Kausalität*, Göttinger Rechtswissenschaftliche Studien, Heft 8, Schwartz Verlag, Göttingen, 1954, p. 75 e nota 4.

²¹⁶ INOCÊNCIO GALVÃO TELLES, *Direito das Obrigações*, ... cit., p. 404 e ss., em especial p. 405.

A propósito do pensamento de GALVÃO TELLES acerca da causalidade, atente-se na explicitação do jurista. O autor entende que a melhor formulação da causalidade adequada seja a que considera como causa adequada “toda e qualquer condição do prejuízo. Mas uma condição deixará de ser causa adequada, tornando-se pois juridicamente indiferente, desde que seja irrelevante para a produção do dano segundo as regras da experiência, dada a sua natureza e atentas as circunstâncias conhecidas do agente, ou susceptíveis de ser conhecidas por uma pessoa normal, no momento da prática da acção. E dir-se-á que existe aquela irrelevância quando, dentro deste condicionalismo, a acção não se apresenta de molde a agravar o risco de verificação do dano”. Mais especificamente, “a acção que é condição ou pressuposto de um dano deixa de ser, e só deixa de ser, sua causa, sob o prisma do Direito, quando com ela concorra, para a produção desse dano, uma circunstância anómala ou extraordinária, sem a qual não haveria um risco, maior do que o comum, de o prejuízo se verificar. Mas circunstância anómala ou extraordinária que o agente ignore e não tenha de conhecer, à data da acção.”

²¹⁷ TRAEGER, *Der Kausalbegriff im Straf und Zivilrecht*, ... cit., p. 159 e ss.

Note-se que PEREIRA COELHO apresenta a posição de TRAEGER como reportada ao padrão do homem médio. Cf. PEREIRA COELHO, “O nexos de causalidade...”, ... cit., p. 207. Apenas destaca a formulação proposta pelo correctivo que ela introduz e de que daremos conta em texto. Prende-se a mesma com a necessidade de ter em conta o conhecimento do agente nas hipóteses de ele ser superior ao do comum homem.

A referência ao observador experiente, contudo, parece-nos afastar, teoricamente, da padronização mediana. Cf., VAZ SERRA, “Obrigação de indemnização...”, ... cit., p. 43, nota 90.

De PEREIRA COELHO, sobre a matéria, cf., ainda, *O problema da causa virtual* ...cit., p. 224, nota 1.

exigente, e da de VON KRIES²¹⁸, menos onerosa para o lesante²¹⁹. E a resposta à dúvida acaba por ser dada, contra o que seria expectável pela dimensão da controvérsia, pelas

Acerca da posição de TRAEGER, cf. HEINRICH LANGE, “Herrschaft und Verfall...”, ... cit., p. 118 e ss.

²¹⁸ VON KRIES, *Über den Begriff der objektiven Möglichkeit* ... cit., p. 536.

A propósito do padrão de referência a ter em conta, VON KRIES defende que devemos partir daquilo que o agente efectivamente conhecia no momento da prática do facto. É do ponto de vista dele que o facto se deve considerar adequado a produzir o dano.

VON KRIES sustenta a sua teoria na existência de frequências probabilísticas de acontecimentos, verificados que sejam certos dados, e é com base nelas que se deve estabelecer a causalidade.

No sentido de apontar as influências – espúrias à eticidade conformadora da juridicidade que o autor sofreu –, cf. HART e HONORÉ, *Causation*... cit., p. 467. Alertam os autores para a dificuldade de aplicação estrita da probabilidade matemática ao domínio jurídico, abrindo, assim, as portas à confluência, para lá da divergência, entre a posição de VON KRIES e de VON BAR (cf. *Causation*... cit., p. 471).

Realce-se, ainda, a ideia de probabilidade matemática e de regularidade estatística a que aqui fizemos alusão. Denota um pendor naturalista da doutrina da causalidade adequada a despeito da normatização que para ela se reivindica.

Sobre ela, cf. PEREIRA COELHO, “O nexa de causalidade...”, ... cit., p. 80 e ss. O autor começa por se mostrar frontalmente crítico da mera transposição para o mundo jurídico da noção causalista própria das ciências exactas, pelos resultados indesejáveis a que isso conduziu na prática, para, reivindicando a autonomia de todos os conceitos jurídicos, propor a remodelação do conceito naturalista de causa, restringindo-o e limitando-o. Adverte, porém, em seguida, que “o dizer-se que a noção naturalística de causa carece de ser reelaborada e adequada aos fins do direito não quer evidentemente dizer que ela tenha de sofrer uma remodelação ou adequação substancial. Porque pode acontecer que justamente interesse ao direito que a noção de causa seja usada com aquela mesma estrutura e aquele mesmo conteúdo que ela possui no mundo das ciências da natureza” (p. 86). Dito de outro modo – acompanhando ainda a argumentação aduzida pelo autor e mergulhando nos meandros da normatividade –, haverá que operar sempre uma modificação formal do conceito, que será ou não acompanhada posteriormente por uma alteração substancial do mesmo. Daí que o civilista afirme ser errónea a posição de todos quantos combatem a doutrina da *conditio sine qua non* pelo simples facto de ela se basear na noção naturalística de causa.

Embora nestas páginas preliminares nada revele acerca da sua posição, a consulta da totalidade do trabalho do insigne jurista mostrar-nos-á a adesão à doutrina da causalidade adequada, vista, como aqui se patenteia, pelo próprio como uma correcção formal e material, atenta a conveniência da procura de uma solução justa para o conflito de interesses subjacente a uma controvérsia prático-normativa, daquela primitiva noção a que temos acesso.

Donde se confirma – pelas palavras de um dos seus arautos no ordenamento jurídico português – a origem naturalista daquela, sendo este um dado que criticaremos oportunamente, por denotar ela uma impositação das coisas que, filosoficamente, quadra mal com a superação de uma visão mecanicista do mundo e por, normativamente, não permitir, fruto da esquematização causa/efeito, a eliminação das aporias, só superáveis com a assunção plena de uma intencionalidade jurídica que, *ab initio*, informa e enforma as várias categorias dogmáticas. Aliás, é a própria ideia de responsabilidade civil que parece ali estar em causa que concita, da nossa parte, o mais fervoroso repúdio. Pois que, contra toda a eticidade que o envolve, o autor afirma abertamente ser “inteiramente inútil ou extremamente perigoso o conceito” de ilicitude. A redução da obrigação ressarcitória a um mero jogo contabilístico de reparação logra ser captada pela naturalística concepção de causa a que o autor adere. Mas dificilmente espelhará uma teleonomologia que, radicando na pessoalidade e não indo ao ponto de se projectar logicisticamente numa finalidade punitiva estrita, para aquela se encontre (cf. p. 111, 131-132).

Note-se, porém, em abono do rigor científico, que o autor liga intimamente a solução ensaiada para o problema do nexa de causalidade com as finalidades que o instituto da responsabilidade civil prossegue (cf. p. 111 e 113), na esteira do que em Itália foi feito por TRIMARCHI, divergindo os autores, não só pela fidelidade denotada por um e não pelo outro aos quadros clássicos de tratamento da problemática, como pelo escopo recortado para aquele. Note-se, ainda, o quadro de referência dogmática a que a obra do autor se refere e no qual este se insere.

Ademais, importa salientar que o fundamento da defesa da doutrina da causalidade adequada é encontrado por PEREIRA COELHO num arrimo que se situa longe do cálculo matemático e estatístico. Na verdade, são dois os vectores que pesam na conformação dispensada pelo autor à problemática. A saber: as regras comuns de vida ou da experiência, à luz das quais a probabilidade é entendida, e a já referida

exigências em simultâneo colocadas pela realidade material e pela intencionalidade especificamente jurídica e nessa medida torna-se incontornável.

Pautarmo-nos por aquilo que o lesante efectivamente conhecia no momento da prática do facto afigura-se rejeitável. Não só isso contende com o tendencial objectivismo^{220 221} que a este nível se deseja como, assumida a proposta na sua

ideia de uma função ressarcitória pura do instituto – cf. “O nexó de causalidade...”, ... cit., p. 217. Dito de outro e continuando a acompanhar os escritos do autor, diremos que o mesmo não atribui à “idoneidade abstracta do facto para causar o prejuízo” um valor essencial ou autónomo, só se socorrendo dele para “provar a ordinariade do prejuízo em relação ao facto” (cf. p. 217). Parece, pois, haver uma tendencial normativização da categoria e da forma como ela é pensada, sem que isso garanta, no entanto, a desavalancagem relativamente a uma lógica determinista que quadra mal com a busca de soluções que se pretendem justas.

Veja-se, ainda, FLORENCE G’SSELL-MACREZ, *Recherches...* cit., p. 99, considerando que, “na sua formulação mais elaborada (VON KRIES), a teoria da causalidade adequada aproxima-se de um modelo indutivo- estatístico elaborado posteriormente pela epistemologia neo-positivista que atribui o título de causa ao facto que aumentou significativamente a probabilidade do efeito”.

Acerca da posição de VON KRIES, v., igualmente, TRIMARCHI, “La causalità nella responsabilità civile”, ... cit., p. 3 (Porque “o juízo de probabilidade deve ser dado objectivamente, mas na base de uma descrição generalizada que compreenda só as circunstâncias do caso concreto conhecidas do agente ou cognoscíveis no momento da acção”, o critério torna-se “vizinho daquele que apela à previsibilidade subjectiva”, apenas se distinguindo na medida em que “a causalidade adequada considera irrelevante a limitação da consciência do agente quanto às leis naturais que fundam o juízo de frequência”).

²¹⁹ Cf., a este ensejo, CHRISTOPHE QUÉZEL-AMBRUNAZ, *Essai sur la causalité...* cit., p. 74 e ss., falando de perspectivas subjectivas e objectivas da causalidade adequada. Na primeira, integra VON KRIES, criticado pela possível confusão entre culpa e causalidade, que estabelece a distinção entre o saber nomológico e o saber ontológico (aquele implicaria o conhecimento das leis abstractas que regem os factos e das leis científicas; este o conhecimento das condições particulares que envolvem a acção lesiva. Aquele deveria ser estimado pelo padrão do homem normal; este é aferido pelo conhecimento do agente no momento da sua acção), e apela necessariamente a uma visão psicológica do agente – a convocar uma ideia de previsibilidade –, e THON; na segunda, insere RÜMELIN, apelando ao observador quase omnisciente, no que toca ao saber nomológico, e ao observador normal, no que concerne ao saber ontológico; TRAEGER, referindo-se ao curso normal das coisas (e fazendo com que, segundo a interpretação ao autor citado, não releve tanto o nexó de causalidade real, mas as potencialidades causais que a *faute* encerra).

²²⁰ A probabilidade que está na base da doutrina da causalidade adequada, tal como ela foi pensada, é uma probabilidade objectiva – *Möglichkeit*.

Cf. PEREIRA COELHO, “O nexó de causalidade...”, ... cit., p. 206. Considera o autor que não há qualquer confusão entre a causalidade assim pensada e a culpa. Algumas notas se afiguram pertinentes a este propósito. Em primeiro lugar, devemos distinguir o padrão de referência cognitiva de KRIES do protagonista do juízo probabilístico. Na verdade, o que o autor sustenta é que aquele há-de ser entretecido tendo em conta as frequências probabilísticas detectáveis segundo o que o agente conhecia no momento da prática do facto. Contudo, tomando como referencial aquele padrão, o juízo seria o que um homem médio pudesse estabelecer. Aos olhos do lesante o dano podia não ser provável e ele sê-lo objectivamente, desde que tomadas em linha de conta as circunstâncias que ele conhecia. A resposta será, portanto, dada objectivamente pelo apelo às frequências causais constatáveis.

Não é, apesar disso, isto que distingue a probabilidade da culpabilidade se tomarmos como ponto de valoração aquilo que o agente conhecia no momento da prática do facto. Se se diz que uma coisa não é provável aos olhos de alguém, está a dizer-se que ela não é previsível. Acontece que a culpa, tal como o mundo civil a entende, é aferida por referência ao *bonus pater familias*, ao homem médio. Uma pessoa pode não ter previsto um dado facto e, ainda assim, ser-lhe imputada a correspondente negligência, dado que lhe era exigível que tivesse previsto. Dificilmente se distinguirá a previsibilidade da probabilidade.

Não pode ser, portanto, esse o índice de dicotomia. Nem o é. PEREIRA COELHO torna claro que o que as distingue é a projecção que elas têm, ou melhor, o ponto a que se referem – o dano concreto no caso da causalidade, o dano real no caso da culpa. Sem que, continuaremos a dizê-lo, faça muito sentido o contraste entre uma feroz crítica à doutrina da previsibilidade e uma atitude de complacência, se não

mesmo de acolhimento franco, da ideia de probabilidade. Até porque o critério de distinção leva implícita a não relevância de uma causalidade fundamentadora da responsabilidade, exactamente aquela que elegemos como núcleo central das nossas considerações.

Curiosamente, PEREIRA COELHO acaba por nos fornecer, com o seu verbo, algum apoio. Dando a palavra ao insigne civilista, ainda que a citação possa parecer desmedida na sua extensão, constatamos que “é certo que se pode dizer, numa fórmula muito corrente, que são adequados os prejuízos previsíveis pelo homem-médio. Mas falar em previsibilidade pelo homem médio é vasar já o conceito de previsibilidade em moldes abertamente objectivos, é já desnaturar por completo o conceito subjectivo psicológico de previsibilidade, que neste sentido não é mais do que a probabilidade objectiva com que a nossa doutrina joga. Não há, assim, qualquer contradição entre, por um lado, o pensamento fundamental da nossa doutrina se poder reduzir à previsibilidade dos prejuízos pelo homem médio e, por outro lado, ao contrário da doutrina da referência da culpa aos prejuízos em concreto, ela não exigir, como não exige, a previsibilidade dos danos. Porque se trata, como é claro, de duas ideias diferentes, exigindo diferentes indagações” – “O nexa de causalidade...”, ... cit., p. 213.

Algumas notas urgem.

A partir do momento em que a culpa se afere em abstracto segundo o padrão de um homem médio, a diferença traçada pelo autor deixa de fazer sentido. Cf., aliás, VAZ SERRA, “Obrigação de indemnização...”, ... cit., p. 43.

É claro que a indagação da culpa se distingue, mesmo abraçando a doutrina plasmada, da sindicância causal. À primeira não basta saber se houve ou não previsibilidade da violação do direito. Indo mais longe, perscruta se o homem médio se teria ou não comportado de outra forma. Mais se diga que pode nem sequer ter havido previsão do dano e tal ser exigível ao dito referencial mediano, falando-se de negligência inconsciente.

A segunda, pensada sob os moldes da probabilidade, queda-se na ligação daquele comportamento ao dano concretamente sofrido, procurando determinar se ele foi ou não o resultado do previsível acto ilícito.

Acontece que, a partir do momento em que os autores entendem que a previsibilidade não se pode estender àquele, ficamos – em abono de um mínimo de cautela lógica – diante da alternativa: ou a causalidade adequada não se mostra afinal idónea à resolução do nosso problema, apresentando deficiências que são sublinhadas pelos seus próprios cultores, ou ela é sufragável e – se não quisermos cair no puro determinismo – a mesma conflui na dita previsibilidade.

Porque, sendo inegável que o juízo a encetar não é o mesmo, a determinação da culpa leva ínsito, no sentido argumentativamente salientado, o juízo causal.

Sobre a distinção entre a culpa e a dita causalidade, teceremos maiores considerações no momento em que integrarmos o segundo requisito no quadro geral de imputação de danos comunicado pelo instituto da responsabilidade civil no seu recorte dogmático.

Cf., novamente, a este propósito, PEREIRA COELHO, “O nexa de causalidade...”, p. 218. É aí mais enfático o autor, mostrando expressamente o erro daqueles que apontam a contradição entre o conceito de probabilidade objectiva e a consideração das condições que o agente conhecia no momento da prática do facto. Há para o insigne civilista duas questões sucessivas que não podem ser confundidas: “a de saber que condições ou que circunstâncias devem ser consideradas; outra, a da própria noção de probabilidade objectiva ou de idoneidade abstracta”.

Sobre o ponto remetemos para o que ficou dito nesta mesma, já extensa, nota. Maiores desenvolvimentos, a potenciar a conclusão da nossa argumentação, serão expendidos subseqüentemente quando nos debruçarmos sobre a questão dos termos conexos a propósito da causalidade.

Chame-se à colação, ainda, a lição de outros dois civilistas pátrios.

Assim, GUILHERME MOREIRA, *Instituições de direito civil português*, vol. II, *Das Obrigações*, 2ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 1925, nº41, terá afirmado que, “dentro dos limites em que a inexecução da obrigação é imputável ao devedor, este deve prever todas as consequências danosas que necessariamente resultarão do não cumprimento da obrigação”. Inspira-se VAZ SERRA no ensinamento para, cindindo a previsibilidade da probabilidade, aderir à doutrina da causalidade adequada. Para o autor (Cf. “Obrigação de indemnização...”, ... cit., p. 30), o lesante tem de indemnizar também os danos imprevisíveis, ou seja, “os danos que não podiam ser previstos com a usual diligência”, embora alerte que isso “não implica que deva ser forçado a reparar os danos que a sua conduta não podia, segundo o curso ordinário das coisas, produzir”.

Separa, portanto, claramente a previsibilidade da probabilidade, tendo em conta dois momentos distintos e atendo-se à responsabilidade por culpa. Na verdade, há uma nota de previsibilidade que não pode deixar de estar ausente – “é necessário, para haver culpa, que o agente tenha previsto ou devido prever o primeiro resultado contrário ao direito” (cf. p. 31), mas “daqui não se segue que só deva reparar os danos previsíveis daí resultantes”. Acrescenta o insigne civilista que, “uma vez verificado que houve culpa, não

parece haver motivo, em princípio, para limitar aos danos previsíveis derivados do seu acto a obrigação de indemnizar”, alertando que “essa limitação será aceitável quando se entenda por danos previsíveis os danos que o facto danoso, segundo a sua natureza geral e as regras ordinárias da vida, podia causar e que, por isso, podiam ser previstos” (cf. p. 32).

Continuam, pois, a concitar-se as mesmas dúvidas.

Compreendendo a distinção entre a referência da culpa ao acto ilícito (à violação do direito) e às consequências subsequentes, sempre se dirá que, a partir do momento em que aquela é aferida em abstracto tendo em conta o padrão do homem médio e admite, na sua conformação, casos de negligência inconsciente, se torna difícil dizer que elas são prováveis mas não previsíveis. Os autores acabam por admiti-lo não retirando, daí, as devidas ilações.

Ponto particularmente sensível – a motivar aceso debate na doutrina tradicional – é o que resulta da contemplação dos lucros cessantes. De facto, e voltando a acompanhar VAZ SERRA, na sua exposição de motivos prévia à elaboração do Código Civil, dir-se-á que o lesante nunca prevê os consequentes lucros cessantes, por não conhecer as “medidas ou providências adoptadas pelo prejudicado” (cf. p. 32).

Simplesmente, a partir do momento em que o juízo de probabilidade é tecido tendo em conta os conhecimentos do lesante, pergunta-se em que medida a probabilidade não se acaba por confundir com a previsibilidade do homem médio.

Dando um exemplo, por ser sempre mais fácil argumentar tendo como referente uma concreta hipótese. A lesa B na sua integridade física. Este deixa de poder laborar durante um mês, perdendo, com isso, uma avultada quantia em dinheiro. A não previu este resultado. É, porém, normal e adequado que, ficando impossibilitado de trabalhar, B deixe de auferir determinados rendimentos. Mas não será também previsível no sentido de, mesmo que não tenha previsto, deveria tê-lo feito com os conhecimentos de um homem medianamente sensato? É que é exactamente esse padrão cognitivo que é assumido quando se questiona a causalidade, não se traduzindo esta num prognóstico posterior. Aliás, ENNECCERUS-LEHMANN falam da indemnizabilidade do lucro cessante, dizendo que, se “de acordo com o curso normal das coisas ou segundo circunstâncias especiais, em particular segundo os preparativos e medidas tomadas, pudesse ser esperado com probabilidade” (cf. ENNECCERUS-LEHMANN, p. 6), ele deveria obter o ressarcimento devido. Ora, enfaticamente re-questionamos: esperar com probabilidade ou ser previsível segundo o padrão do homem médio serão grandezas de natureza verdadeiramente diferente?

Donde resulta que, a depor em algum sentido, a obstaculização da compreensão causal à luz da previsibilidade se comunica também à probabilidade, mostrando as suas insuficiências.

Ou, em alternativa, teremos de reconduzir a adequação que se almeja a um conceito vazio, a ser mobilizado segundo um sentimento de justiça do juiz.

Sobre o problema da distinção entre previsibilidade e probabilidade, entroncando a questão na dicotomização entre culpa e causalidade, e numa perspectiva macroscópica, cf. HONORÉ, “Causation and remoteness of damage”, *International Encyclopedia of comparative law*, ... cit., p. 4. Afirma-se aí serem diferentes os problemas atinentes à culpa e à causalidade, embora se reconheça o estreito contacto entre ambas as categorias. Assim, considera-se que, se a lei impõe determinadas precauções, se pode concluir que quem não as adoptou agiu com culpa e, concomitantemente, levar à conclusão de que essa falha no nível de precaução foi a causa do dano. Alguns autores defendem mesmo que o dano a ser tido como causado pela conduta do lesante coincide com o dano em relação ao qual ele agiu com culpa, interpretando a probabilidade de que cura a doutrina da causalidade adequada no sentido da previsibilidade enformadora da noção de culpa (cf. p. 5).

Num olhar transversal que nos é ali comunicado, somos confrontados com diferentes posições acerca da causalidade adequada. Se uns negam que ela implica a previsibilidade, outros entendem que ela conflui numa indesejada confusão entre as duas categorias dogmáticas de imputação dos danos, numa posição que se extrema quando pensamos em todos aqueles que entendem que causalidade e culpa não são elementos distintos do sistema de responsabilidade. Nesse sentido, HONORÉ chama à colação a orientação jurisprudencial dos Tribunais Argentinos.

Considerando que a limitação da indagação acerca da adequação segundo o conhecimento do agente faz resvalar o juízo da causalidade para o domínio da culpa, cf. GERALDES DE CARVALHO, “A causalidade. Subsídios para uma teoria da responsabilidade jurídica em geral”, ... cit., p. 24. Para o autor, “o mérito do juízo sobre a idoneidade da causa é pois permitir-nos fazer um primeiro juízo sobre a culpa quando somos obrigados a presumi-la de facto, na base do conhecimento que temos sobre a forma como o evento violador foi realizado”.

Sobre a relação entre a probabilidade e a previsibilidade, cf., ainda, PAUL ESMEIN, “Trois problèmes de responsabilité civile...”, ... cit., p. 326.

Afirmando que o problema da previsibilidade dos danos nada tem a ver com a questão do estabelecimento da causalidade, até porque ele só avulta depois de se ter determinado qu o comportamento do lesante de

literalidade, implicaria um benefício para aquele que, ainda que por culpa sua, padecesse de um défice cognitivo. Por seu turno, a chamada à colação do padrão do homem médio, se bem que comportando uma nota de normatização louvável, acaba por fazer incorrer o juiz em soluções que se arredam da justiça concreta que se deseja²²². Pense-se no tradicional caso de escola do hemofílico a quem A faz um pequeno golpe na face, causando a sua morte. Não é aqui razoável estabelecer a causalidade²²³. Mas, imaginando que o lesante conhecia a doença do lesado, havendo, portanto, culpa, questiona-se se será materialmente justo excluir-se a responsabilidade, pela falência da adequação, para se responder na esteira da melhor doutrina que não^{224 225}.

facto deu origem ao resultado danoso, cf. WILLIAM L. PROSSER, “Proximate Cause in California”, cit., p. 391 e ss. Do mesmo modo o autor considera não respeitar à causalidade o problema das *superseding causes* (cf. p. 398), da *shifted responsibility* (cf. p. 409), bem como as questões autonomizadas sob o signo da *contributory negligence* ou da existência ou não de um dever de obstar à produção do dano por parte do lesante. No fundo, e em consonância com o que já tínhamos anteriormente revelado acerca do pensamento do autor, o que se procura afirmar no estudo citado é o carácter pluricomplexo que se encobre por baixo da expressão *proximate cause*. Na verdade, para lá do primeiro nível indagatório que ela comporta, a traduzir-se numa mera questão dita de facto, as problemáticas que nela entroncam só podem ser compreendidas sob o ponto de vista de *various rules and policies* (cf. p. 425).

Veja-se, igualmente, CHRISTIAN VON BAR, *The Common European Law of Torts...* cit., p. 454 e ss.

A propósito das dificuldades que a consideração dos lucros cessantes arrasta ao nível do tratamento do tópico da causalidade, veja-se PAOLO FORCHIELLI, *Il rapporto di causalità...* cit., p. 5. Por referência aos quadros conceptuais cristalizados no ordenamento jurídico italiano, o autor mostra que o lucro cessante não pode ser configurado como dano imediato, sem anular o significado comum deste atributo, e no entanto a lei estabelece, não só a plena ressarcibilidade dele, como subordina tal ressarcibilidade à condição de que ele seja directo e imediato. Segundo FORCHIELLI, estamos diante de uma contradição que é necessário conciliar. Não tendo de enfrentar os mesmos problemas, não deixa de ser curioso frisar que o modo como tem sido encarada a questão causal nos conduz insofismavelmente para uma série de dificuldades.

²²¹ No quadro de uma absoluta objectivação, “têm-se em conta todas as circunstâncias conhecidas no momento em que se profere o juízo”, mas isto “não constitui qualquer limitação”, sendo necessário que “o juízo se funde em factos conhecidos *ex ante*” – cf. TRIMARCHI, “La causalità nella responsabilità civile”, cit., p. 4. Sublinhe-se, também, que “se propôs já que, para se afastar a previsibilidade, se tivesse em conta tudo o que um observador óptimo conhecesse *ex ante*”, tendo-se em conta “todo a uniformidade natural e social que é objecto do património do conhecimento humano ao tempo do juízo” (*op.cit., loc. cit.*).

²²² PEREIRA COELHO, reportando-se à doutrina de THON, mostra acutilantemente – e sob um outro prisma – algumas das injustiças a que o referencial do homem médio pode conduzir. Encaminhar-nos-ia ela para “resultados injustos no caso de o agente conhecer qualquer circunstância não conhecível para a generalidade das pessoas, e se valer dessa circunstância para levar a cabo a sua conduta” – cf. “O nexo de causalidade...”, ... cit., p. 206.

²²³ Note-se que seria, contudo, positiva a resposta dada por RÜMELIN ao problema.

²²⁴ Cf. ANTUNES VARELA, *Das obrigações...* cit., I, p. 892.

Cf. TRAEGER, *Der Kausalbegriff...* cit., p. 156 e ss. Aderindo expressamente à formulação de TRAEGER, cf. PEREIRA COELHO, “O nexo de causalidade...”, ... cit., p. 218.

²²⁵ Cf. CEES VAN DAM, *European Tort Law...* cit., p. 298-299. O autor dá conta que, em Inglaterra, a máxima “the tortfeasor takes the victim as he finds him” é considerada uma excepção ao teste da previsibilidade razoável, enquanto na Alemanha é tida como uma consequência da teoria da adequação. Na verdade, não releva saber como é que o dano concretamente foi originado, mas antes se a conduta pode causar um dano de um certo tipo. Relacionado com isto encontramos a ideia de que há que compensar as consequências relacionadas com as específicas vulnerabilidades da vítima (*eggshell skull rule*), a qual conhece excepções e correcções. Assim, a) na Alemanha, pode considerar-se que houve um concurso de culpas do lesado se este não adoptou as medidas necessárias para se proteger contra a sua

Introduzem-se, portanto, correctivos na própria teoria que, pretendendo fornecer um critério objectivo, não resiste à necessidade de subjectivação de alguns elementos. Dir-se-á, então, que o juízo de prognose póstuma há-de basear-se naquilo que um observador experiente teria conhecido no momento da prática do facto e ainda naquilo de que o lesante, à data, efectivamente reconheceu²²⁶.

A particularidade introduzida, em nome da lograda resolução do problema à luz da intuição do justo, reforça a nota de imputação já adiantada anteriormente e encaminha-nos para outro patamar de considerações.

Na verdade, equacionados assim os termos pergunta-se em que medida se distingue a probabilidade de que cura a doutrina da adequação da previsibilidade de que falam outros autores e que os arautos da primeiramente referida repudiam intransigentemente²²⁷.

vulnerabilidade (cf. nota 157, p. 299); b) em França, o princípio não se aplica se a vítima estiver numa condição patológica estável e consolidada, porque, nestas circunstâncias, o dano não é atribuído ao pretenso lesante, devendo, no entanto, este responder pelas predisposições que não tenham uma manifestação injuriosa exterior; c) ainda na Alemanha, as consequências psicológicas não são atribuídas ao lesante se o dano psicológico é desproporcional ao dano físico sofrido (*Bagatellfälle*).

²²⁶ Cf., quanto ao ponto, ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações...* cit., p. 763-764. Entende o autor que, para a formulação do juízo de prognose, deve atender-se tanto às circunstâncias cognoscíveis, à data da produção do facto, por uma pessoa normal, como às na realidade conhecidas do agente. Recorde-se a diferença entre um observador experiente, um observador óptimo e o homem médio. Consoante o tipo de referência, assim se conseguirá mais claramente dicotomizar a culpa e a probabilidade (cf. nota subsequente), mas quanto mais exigente for o juízo, mais se perde o sentido imputacional para nos aproximarmos de uma noção estatística.

²²⁷ Retomemos algumas notas sobre a questão. A doutrina da previsibilidade surge paredes-meias com a ideia de probabilidade. Porém, na generalidade dos casos, os autores mostram-se atentos na destrição que delas se faz. Não se trata, no entanto, de um posicionamento uniforme, confrontando-nos com vozes que reclamam a simbiose das duas.

Para uma distinção entre a previsibilidade e a probabilidade, cf. VON BAR, *Die Lehre vom Kausalzusammenhange...* cit., p. 14. Relembre-se que o autor parte, para a determinação da causa do dano, da ideia da existência de sequências regulares de acontecimentos. A causa encontrar-se-á em tudo aquilo que a altere. Mesmo que o dano seja previsível, não haverá causalidade se o processo natural conducente ao dano se mantiver. O exemplo é dado no quadro da actividade médica. Se o médico operar um paciente, mesmo sabendo que daí pode resultar a sua morte, e a intervenção se afigurar imprescindível, não há alteração do curso natural dos acontecimentos, não se estabelecendo a causalidade. Importa, quanto ao ponto, notar a imprecisão da fundamentação de VON BAR. Pois se o resultado material a que se chega é de louvar, ele não pode ser justificado pelo determinismo natural. Se o médico actuasse negligentemente, ficaria por responder qual a verdadeira causa da morte, colocando-se outrossim o problema de saber se a causalidade poderia ser ou não presumida a partir da desvelação do carácter culposo do seu comportamento.

Em bom rigor, aliás, como salientam a propósito do mesmo exemplo HART e HONORÉ (*Causation...* cit., p. 466), nem sequer haveria, na hipótese colocada pelo autor, ilicitude do acto.

Donde se conclui que o problema não está na manutenção ou não das condições naturalmente existentes para a ocorrência do dano, mas sim na imputação – normativamente informada – do dano ao comportamento do lesante.

Cf., para maiores desenvolvimentos, a nossa nota de rodapé *supra*.

Acerca da distinção entre a probabilidade e a previsibilidade, cf. DE CUPIS, *Il danno, ...* cit., p. 123; TRIMARCHI, *Causalità...* cit., p. 34. Considera o autor que, a partir do momento em que se afere a probabilidade tendo em conta os conhecimentos do agente, a distinção entre ela e a previsibilidade se

reduz a um ponto particular: à irrelevância da limitação do conhecimento do agente relativamente às leis naturais que fundam o juízo de frequência causal.

Tal diferença, contudo, esbate-se a partir do momento em que a previsibilidade conformadora do juízo de culpa é estabelecida por referência ao homem médio (cf., também, RANIERO BORDON, *Il nesso di causalità...* cit., p. 98)

É que, em bom rigor, a doutrina de VON KRIES – em atenção à qual TRIMARCHI tece estas considerações – atém-se ao âmbito do direito penal, onde a sindicância da culpabilidade obedece a critérios distintos relativamente ao direito civil.

Cf., ainda, TRIMARCHI, *Causalità...* cit., p. 38 e ss. para uma súpula das vantagens que a probabilidade traz em relação à previsibilidade. Assim, e topicamente: 1) ele torna-se importante quando para a produção do dano concorrem circunstâncias fortuitas, pois o dano pode ter sido previsto e não obstante surgir por virtude de forças estranhas que se interpuseram no processo causal; 2) ele é preferível nos casos em que o agente violou, não o dever geral de conduta prudente, mas um preceito específico, dado que, como a regra é imposta ao agente independentemente da sua capacidade de representar a existência e natureza do perigo, importa estender a responsabilidade a todos os eventos que sejam a realização do perigo que a norma procurou contornar, mesmo que não tenham sido previstos pelo autor.

Isto mostra, desde já, uma importante ideia que, sendo cara a TRIMARCHI, não nos pode deixar de influenciar, embora em moldes diversos. Trata-se, com efeito, da ideia da duvidosa prestabilidade de um conceito de causalidade válido para todas as modalidades de responsabilidade civil. Na verdade, se o autor a refere expressamente quando abraça uma visão crítica da causalidade adequada, não podemos deixar de considerar que a referência à violação de disposições específicas que, na sua teleologia, visam obstar a produção de um dano de determinado tipo nos remete para considerações de índole atomística que importa reter.

Sobre o problema da distinção entre a probabilidade e a previsibilidade, cf., igualmente, PAULO MOTA PINTO, *Interesse contratual negativo ...* cit., p. 802 (respondendo afirmativamente à possibilidade de cisão entre os dois conceitos); ÂNGELA SOARES E RUI MOURA RAMOS, *Contratos Internacionais*, Almedina, Coimbra, 1986, p. 200-201 (aproximando a previsibilidade dos danos da doutrina da causalidade adequada no tocante ao direito contratual, ao equiparar o texto da convenção de Viena sobre a compra e venda internacional ao disposto no Código Civil em matéria de causalidade, já que ali se fala nos danos previstos ou previsíveis no momento da celebração do negócio e aqui, segundo testemunho dos autores, está consagrada a doutrina da adequação. Neste quadro, *vide*, igualmente, CARNEIRO DA FRADA, *Teoria da Confiança, ...* cit., p. 320 e ss.); NUNO MANUEL PINTO OLIVEIRA, “Causalidade adequada e previsibilidade. Comentário ao artigo 7.4.4. dos princípios da *unidroit* e ao artigo 9:503 dos princípios de direito europeu dos contratos”, *Estudos sobre o não cumprimento das obrigações*, 2ª edição, Almedina, Coimbra, 2009, cap. V. (cf., também, *Estudos em memória do Professor Doutor António Marques dos Santos*, v. 1, Almedina, Coimbra, 2005, p. 797 e ss.).

Veja-se, ainda, STEPHAN PHILIPP FORST, *Grenzen deliktischer Haftung bei psychisch Vermittelter...* cit., p. 159. Pese embora não se integre no seio da doutrina da causalidade adequada e assumida a probabilidade, não como critério de fundamentação da imputação, mas como mero filtro de valoração no âmbito de um modelo por si proposto, FORST sente, na sua tarefa argumentativa, necessidade de distinguir a culpa (imputação subjectiva) da imputação objectiva. Reconhecendo o enfraquecimento da dimensão subjectiva da culpa no quadro do direito civil, em atenção ao critério típico e objectivo de aferição da mesma, não deixa de sublinhar as diferenças que a separam da segunda. Cf. para tanto p. 161-162.

Mais se diga que o autor, denotando uma certa aproximação entre a responsabilidade baseada na culpa e a responsabilidade absoluta baseada no risco (cf. p. 163), fruto do incremento de um ideário preventivo que contamina toda a dogmática da responsabilidade civil, afirma que um modelo de causalidade negligente por si apresentado – do qual daremos *infra* notícia apropriada – não é redundante ao lado da exigência de culpa na sistemática ressarcitória. Imprescindível é que, ao nível da dita causalidade, se assumida a preterição do dever de actuação diligente como um filtro objectivo, avaliados independentemente dos conhecimentos individuais do agente (cf. p. 165).

Sobre o problema da relação entre a probabilidade e a previsibilidade, cf., ainda, ANDRÉ TUNC, «Les récents développements des droits ...», ... cit., p. 34 e ss. Afirma o autor que, quando – no quadro referencial por ele chamado à colação – se procura saber quais as pessoas relativamente às quais se polariza um dever de indemnizar os danos – e com isso se aporta a um problema verdadeiramente causal –, no fundo, significamos *les personnes dont on pouvait raisonnablement prévoir qu'elles seraient des victimes possibles si la faute était commise*. Enfaticamente, o autor mostra que, no caso de um acidente de viação, quando se afirma que a morte de um pedestre é provável estamos no fundo a dizer que ela é possível (sendo isso suficiente para o estabelecimento da conexão causal). Com todas as consequências que daí derivam, como sejam a tendencial falta de limitação dos danos subsequentes à verificação de uma

faute, afigurando-se, por este motivo, o critério improcedente (cf. p. 34-35), pelo que deve ser inquirir em que medida deve ele ser interpretado no sentido da probabilidade suficiente do ponto de vista do homem razoável. Não deixa, porém, de concitar dúvidas ao insigne jurista este critério da *prévision raisonnable* (cf. p. 35). Da vacuidade a que pode conduzir ao carácter excessivamente restritivo do mesmo, somos aí confrontados com múltiplas questões que se abatem como anátema sobre o critério – *vide*, no texto citado, p. 36-37. Em abono do rigor, sublinhe-se, porém, que TUNC não se reporta especificamente à doutrina da causalidade adequada, mas, tal como anunciado no título do artigo de que damos conta, à solução causal ou paracausal que o problema da delimitação do círculo de danos ressarcíveis recebe nos sistemas anglo-saxónicos. De todo o modo, parece claro na exposição que nos oferece uma aproximação entre as ideias de previsibilidade e de probabilidade. Nesse sentido, veja-se, por exemplo, p. 38.

Veja-se, também, PAOLO FORCHIELLI, *Il rapporto di causalità...* cit., p. 140 e ss., referindo-se à distinção entre a probabilidade/regularidade e a previsibilidade. Esta última, sendo fundada no conceito de probabilidade, é tida pelo autor como absolutamente inapto a ser aplicado no campo extracontratual. Se é verdade que o critério da previsibilidade é construído com base na previsibilidade concreta ou presumida dos contraentes no momento da estipulação, o jurista não vê que coisa, no domínio delitual, possa constituir o equivalente desta remota previsão contratual. A própria culpa dispensa uma previsão concreta do agente, tanto quanto possa consistir na falta concreta de uma previsão do agente (imputação a título de negligência). Para um aprofundamento das diferenças entre os dois conceitos, v. p. 144: a adequação contenta-se com um sensível incremento da probabilidade em ordem a verificar-se o acidente fortuito; a previsibilidade exige um grau de probabilidade positiva sensivelmente superior a 50%. Por outro lado, a previsibilidade valora em termos absolutos a probabilidade; a adequação procede a uma valoração relativa (estabelecendo um confronto entre duas probabilidades). No fundo, admitindo a proximidade entre a previsibilidade e a probabilidade como evidente, o autor aduz que o que as distingue é o diverso grau de probabilidade. Enquanto a probabilidade se contenta com um simples incremento da probabilidade em ordem à verificação do evento, a previsibilidade exige um grau de probabilidade positiva sensivelmente superior a 50%).

Numa perspectiva diversa que permite compreender a interpenetração entre os dois conceitos, cf. STEPHEN R. PERRY, “Risk, harm and responsibility”, *Philosophical Foundations of Tort Law*, DAVID G. OWEN (ed.), Clarendon Press, Oxford, 1997, p. 341 e ss. O autor, apresentando uma taxonomia das possíveis interpretações acerca da probabilidade, com o que fala de um conceito objectivo e outro epistémico, cinde aquela da previsibilidade, remetendo cada uma das nervuras dialogantes para uma visão particular do problema e, mostrando, assim, a falta de segmentação rígida entre os conceitos. Veja-se, ainda, em dessintonia com PERRY, RIPSTEIN, *Equality, Responsibility and the Law...* cit., p. 95 e ss. [para RIPSTEIN, a previsibilidade aparta-se da moral e ganha um cunho puramente objectivo, compatibilizando-se com uma ideia de justa distribuição dos riscos que informa o modelo ressarcitório por si idealizado. O acento tónico é colocado na razoabilidade do comportamento, tanto mais que a pressuposição de que se parte é a do homem razoável, e sustenta-se que a conduta razoável é sempre previsível].

Cf., igualmente, CARLO GÓMEZ LIGÜERRE, *Solidaridad y responsabilidad...* cit., p. 255. A propósito da causalidade adequada, refere o autor que “o principal efeito da adequação terá sido a diluição da culpabilidade na causalidade”, já que entende serem a previsibilidade objectiva e a adequação conceitos com conteúdos idênticos, escapando, assim, à reprovabilidade todas as acções inadequadas.

Veja-se, ainda, CHRISTIAN VON BAR, *The Common European Law of Torts...* cit., p. 454 e ss. Considerando que a probabilidade se manifesta percentualmente, enquanto a previsibilidade não, VON BAR salienta que os dois critérios não são fungíveis, pois, embora um evento altamente provável seja sempre previsível, nem sempre um evento previsível deve ser tido como provável. Note-se que a dicotomia traçada, tal como tivemos oportunidade de esclarecer, se esbate a partir do momento em que o referente cognitivo de estabelecimento do juízo probabilístico não é puramente objectivo e a culpa se afere tendo em conta o padrão de homem médio; FLORENCE G’SSELL-MACREZ, *Recherches...* cit., p. 123, questionando se se pode assimilar a previsibilidade à probabilidade objectiva e concluindo que as duas noções não coincidem necessariamente, porque, na apreciação da causalidade, “o juiz pode ter em conta as circunstâncias de facto não conhecidas pelo agente. Depois, porque o saber nomológico que permite formular o juízo de adequação não é sempre constituído pelas regras da experiência do homem ordinário, mas pode corresponder às leis causais científicas, conhecidas só por peritos”; PAUL ESMEIN, “Trois problèmes de responsabilité civile...”, ... cit., p. 317 e ss.; CAPECCHI, *Il rapporto di causalità...* cit., p. 260 (sustentando que a probabilidade é um dado meramente quantitativo, pelo que é necessário apresentar diversos níveis de probabilidade estatística. Pelo contrário, é previsível tudo o que é possível).

Cf., também, GIESEN, *International Medical Malpractice Law: a comparative study of civil liability arising from medical care*, Mohr Siebeck, Tübingen, 1988, p. 181 e ss. O autor explica que, de acordo com o critério da previsibilidade, ligado ao precedente *Wagon Mound*, o risco que determina a existência

Situa-se a dois níveis a acutilante crítica que se lhe dirige. Por um lado, a ideia de previsibilidade quadra mal com a existência de hipóteses de responsabilidade pelo risco. Por outro lado, a extensão das consequências de um determinado acto é sempre imprevisível, sendo o resultado da conjugação do facto danoso com as circunstâncias objectivas e subjectivas que, localizadas do lado do lesado, implicam repercussões diversas. Dito de uma forma mais directa, fundada na culpa, exige-se a previsibilidade que não terá, porém, de derramar os seus efeitos sobre os danos subsequentes²²⁸.

Qualquer das críticas, sendo pertinente, pode ser obstada. No que à primeira diga respeito, fica por provar a necessidade de adopção de um critério unitário para a causalidade, válido por referência a todas as modalidades de responsabilidade civil²²⁹

da negligência também delimita a indemnização, ou seja, seriam as mesmas considerações que caracterizam a conduta como negligente que definem o âmbito da responsabilidade. No quadro da doutrina da adequação, consagrada no precedente *Re Polemis*, a previsibilidade não releva ao nível da extensão da responsabilidade. No entanto, após uma apurada análise dos critérios, GIESEN conclui que a adequação pode ser vista como uma variação da previsibilidade na sua forma objectiva, enquanto a previsibilidade – na sua forma objectiva – pode ser entendida como uma variação da adequação (cf. p. 189).

Entre nós, A propósito da subjectivação do critério da adequação, pela correcção dos resultados a que, com base nele se aporta, pelos índices de conhecimento do agente, cf., ainda, GALVÃO TELLES, *Direito das Obrigações...* cit., p. 407. O autor critica o pensamento de todos aqueles que entendem que julgam que, assim sendo, verdadeiramente o que operaria seria a teoria da equivalência das condições, com o correctivo resultante da ideia de culpa. É que, para ele, “o conhecimento ou cognoscibilidade do conjunto das circunstâncias relevantes que rodeiam a conduta do agente não significa necessariamente que este tenha culpa quanto a todos os prejuízos de que essa conduta seja condição. Bem pode acontecer que, não obstante aquele conhecimento ou cognoscibilidade, estes prejuízos se mostrem imprevisíveis.

E, *in fine*, GENEVIEVE SCHAMPS, « La prévisibilité du dommage en responsabilité civile. De son incidence sur la faute et sur le rapport de causalité », *Revue de Droit Pénal et de Criminologie*, Bruxelles, Mars-avril 1994, p. 376 a 395

²²⁸ Cf. ANTUNES VARELA, *Das obrigações...* cit., I, p. 895. Veja-se, ainda, M. HONORÉ, “Causation and remoteness of damage”, ... cit., 1971, p. 56, referindo-se ao sistema da *British Commonwealth*.

²²⁹ A prova argumentativamente assumida de que se fala afigura-se tanto mais pertinente quanto hoje, fruto do labor doutrinário de além-fronteiras, e diante do impulso que a doutrina do escopo da norma violada vem conhecendo, alguns autores, embora não a aceitem genericamente, depõem no sentido da sua prestabilidade em sede da segunda modalidade de ilicitude e da responsabilidade pelo risco.

Entre nós, mostrando o carácter sincopado da categoria causal, cf. ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações...* cit., p. 763-764 (Afirma o autor que o nexos de causalidade continua presente na responsabilidade objectiva, onde assume relevo como elemento delimitador dos danos indemnizáveis, perante a ausência dos parâmetros da ilicitude e da culpa. Mas acrescenta – p. 756 – que se prescinde da adequação quando se trate de estabelecer o nexos entre a conduta e a lesão dos bens jurídicos que o legislador quis proteger, porque aí a causalidade resulta de a origem dos danos se localizar na zona de risco normativamente definida, o que torna desnecessária a formulação de um juízo hipotético sobre a idoneidade do comportamento para produzir tais consequências. Do que se trata é de constatar a verificação de um certo risco típico capaz de afectar os interesses colocados no âmbito de protecção da norma, concluindo, pois, que, “neste entendimento da causalidade adequada, cabem as soluções que se atribuem à chamada teoria do fim de protecção da norma” (nota 1, p. 765). O critério da causalidade adequada ficaria, porém, reservado para o momento em que cabe determinar os prejuízos que preenchem o conteúdo da obrigação de indemnizar. Diferentemente, segundo o insigne civilista, fora da responsabilidade objectiva, já não devem intervir no momento da imputação das consequências de facto, com vista à determinação da indemnização, os interesses tutelados pelo fim da norma, funcionando os pressupostos clássicos da responsabilidade civil). Veja-se, ainda, ID., “Reflexões sobre a obrigação de

²³⁰. No que à segunda concerne, parte também ela do pressuposto da unicidade do fenómeno, agora entendido no sentido do tratamento conjunto de dois nódulos problemáticos predicados em termos tais que, dissociadamente, se poderiam aproximar, respectivamente, da questão da autoria e da questão do cálculo da indemnização. Na verdade, se restringíssemos o apelo à previsibilidade ao momento judicativo da recondução do facto ilícito ao comportamento do agente esbatia-se a falha constatada²³¹. No fundo, tratar-se-ia de dicotomizar, para efeitos de estabelecimento da concatenação causal, a previsão da ilicitude da previsão do dano subsequente. Com a consequência de assim não se conseguir resolver o busílis da questão. A referência da previsibilidade ao dano lesão não acrescentaria nada ao que nos é comunicado pelo juízo culpabilístico; e a ligação dela ao segundo dano mostra-se insustentável.

indemnização. Confrontos luso-brasileiros”, *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, nº3931 e 3932, p. 290 a 299, aqui 292

Contra tal entendimento, cf. JOSÉ ALBERTO GONZÁLEZ, *Responsabilidade civil...* cit., p. 164 [1ª edição, p. 146].

No sentido do diverso tratamento do problema dito causal na responsabilidade subjectiva e objectiva, cf. MENEZES CORDEIRO, *Tratado de direito civil português*, Parte I, Tomo I, 3ª edição revista, 2009, p. 424 e *Da responsabilidade civil...* cit., p. 539. Na primeira obra citada realça-se, dada a inexistência de qualquer acção destinada a provocar danos, a falta de necessidade de procura do nexos de causalidade; na segunda, esclarece-se que a teoria do fim da norma seria a única apta a determinar a causalidade em sede de responsabilidade pelo risco. Já em 1980, o autor teria vincado a dualidade, embora em termos não concordantes com aquilo que expendemos em texto. Na verdade, MENEZES CORDEIRO, em *Direito das Obrigações*, ... cit., II, p. 370, sustentava que se prescinde ao nível da responsabilidade pelo risco de uma valoração axiológica, para nos quedarmos, outrossim, numa imputação baseada em “níveis ontológicos, delimitados em função de critérios de normalidade social”.

Cf., igualmente, ANA PERESTRELO DE OLIVEIRA, *Causalidade e imputação na ...* cit., p. 21, nota 26 (“...Cumprе reconhecer (...) que o nexos de causalidade tende, em princípio, a assumir configuração distinta na responsabilidade objectiva: entendido este pressuposto (...) na atribuição jurídica do dano ao comportamento do agente, não pode ser indiferente o carácter lícito ou ilícito da conduta para essa configuração”); ALFONSO DE COSSIO, “La causalidad en la responsabilidad civil: estudio del derecho español”, ... cit., p. 538 e ss.

Veja-se, também, CHRISTOPHE QUÉZEL-AMBRUNAZ, *Essai sur la causalité...* cit., p. 97 e ss. e 215 e ss.

Para um conveniente aprofundamento desta ideia, sobre que mais tarde nos debruçaremos, cf. TRIMARCHI, *Rischio e responsabilità oggettiva*, Milano, Giuffrè Editore, 1961. Saliente-se, ainda, que o jurista italiano se mostra abertamente contrário à unificação da matéria da causalidade. Erigindo como filão condutor do *iter* argumentativo a teleologia do instituto, matizada com diversas colorações, consoante o tipo de responsabilidade concretamente em causa, o autor propõe a dualização do juízo causal, invocando que ele não pode ser o mesmo quando se lide com a culpa ou com o risco. Veja-se, nesse sentido, TRIMARCHI, *Causalità...* cit., p. 2, 14, 39-

A propósito da insuficiência do tratamento unitário da problemática causal, cf., também, HERMANN LANGE, *Begrenzung der Haftung für schuldhaft verursachte Schäden?*, Gutachten, Verhandlung des 43. deutschen Juristentages, I, 1, Tübingen, 1960, p. 11 e ss.; e DEUTSCH, *Allgemeines Haftungsrecht...* cit., p. 99 e ss.

Cf., *infra*, novos desenvolvimentos sobre o tópico.

²³⁰ Neste sentido, cf. A. M. HONORÉ, “Causation and remoteness of damage”, ... cit., p. 55-56. O autor, aliás, chama à atenção para a reminiscência de uma nota de previsibilidade ao nível da responsabilidade objectiva, pela exclusão, em alguns casos tipificados, da responsabilidade por intervenção da ideia de força maior ou caso fortuito.

Liga-a, ademais, à possibilidade que o potencial lesante tem de se precaver pelo recurso ao sistema de seguros de responsabilidade.

²³¹ Cf. M. HONORÉ, “Causation and remoteness of damage”, ... cit., p. 55-56.

Esta parece ser, aliás, a mais dura farpa desferida contra quem pretende ver na culpa o critério de estabelecimento da causalidade. A proposta, entre nós acolhida por GOMES DA SILVA²³², é meritória em dois aspectos: ao sublinhar que o problema da dita causalidade é ainda um problema de imputação de danos e ao permitir contornar a tecnicização determinista em que se corre o risco de ficar preso se optarmos por uma leitura consequencialista da realidade²³³.

Falece, contudo, quando deixa de pensar a jusante da verificação do dano evento. A ser viável a sua defesa – o que só por facilidade argumentativa concedemos²³⁴ –, ela teria de ser sempre complementada por um *plus* que respondesse à segunda parte da inquirição causal.

Fica por provar a razoabilidade do pressuposto da unicidade do problema. Mas, se dele partirmos, e enquanto não expendemos razões que deponham em sentido inverso, há que ser consequente, impondo a nós próprios a defesa da probabilidade em detrimento da previsibilidade.

A primeira, de facto, permite a formulação de um juízo não subjectivado, isto é, não mediatizado pelo agente perpetrador do acto ilícito. Acontece que, a partir do momento em que a tecitura da prognose póstuma é fixada tendo em atenção o grau de cognição do agente, em bom rigor há uma aproximação entre os termos²³⁵. Dir-se-á, em

²³² GOMES DA SILVA, *O dever de prestar ...* cit., p. 231 e ss.

Em rigor, GOMES DA SILVA parece aproximar-se de uma ideia de escopo da norma violada. Aduz o civilista que o problema da causalidade se traduz em “verificar se, entre as diversas condições que determinam o dano, alguma existe que pertença a qualquer das categorias de factos pela lei considerados fontes de responsabilidade civil”. Nessa medida, reconduzido ao problema da imputação do dano, o autor divide dois núcleos predicativos da acção humana: o das actuações culposas e o das actuações captadas pela chancela do risco. No que às primeiras tange, “é necessário decidir se o dano foi causado por um acto, cujo efeito prejudicial o agente, segundo as suas capacidades, e as circunstâncias em que se encontrava, podia prever e evitar”, ao que acresce a necessidade de o dano ter sido “produzido pela forma que a lei teve em mente ao estabelecer essa relação”. No respeitante à responsabilidade objectiva, “é indispensável que o dano tenha sido produzido por aquele processo em atenção ao qual o legislador entendeu que [a acção] encobriria o perigo de produzir o mesmo dano”.

²³³ A última nota não pode ser absolutizada. Na verdade, como veremos na exposição imediatamente seguinte, tal como a probabilidade, a previsibilidade tem de partir de uma ideia de sequência normal dos acontecimentos.

Cf., a este propósito, M. HONORÉ, “Causation and remoteness of damage”, ... cit., p. 58. O autor salienta, ao cotejar a doutrina da probabilidade e a doutrina da previsibilidade, que a função da segunda é prover um limite “morally more satisfying” para a responsabilidade.

²³⁴ Na verdade, teremos oportunidade de verificar que, mesmo situando-nos no primeiro segmento imputacional – aquele que lida com a recondução do primeiro dano ao comportamento ilícito do agente –, o critério da previsibilidade não será suficiente. A sê-lo, aliás, e porque ele nos coloca paredes-meias com a culpa, tal implicaria a confissão da prestabilidade do juízo de desvalor ético-jurídico para solucionar aquele problema e, portanto, a confissão da irrelevância da causalidade fundamentadora da responsabilidade. Estar-se-ia, de algum modo, a retomar o posicionamento tradicional na matéria.

²³⁵ Quanto ao ponto, veja-se, ainda, HERMANN LANGE/GOTTFRIED SCHIEMANN, *Handbuch des Schuldrechts...* cit., p. 91 e ss., sublinhando a dificuldade de formulação da doutrina e realçando a pluralidade de fórmulas que foram sendo apresentadas, sem que haja unanimidade quanto à preferível.

abono da separação de águas, que se tem em conta o agente abstracto. Só que, e porque no mundo civilístico nos situamos, a negligência é também aferida em abstracto, tendo em conta o padrão do *bonus pater familias*. Mais do que isso, nem sequer se exige que o agente tenha previsto a lesão, bastando que ela fosse previsível pelo homem médio.

A haver diferença, ela situar-se-á tão só no referente de sentido adoptado. Para parte da doutrina, a adequação é estabelecida tendo em conta as circunstâncias que um observador experiente teria conhecido²³⁶. Corrige-se, posteriormente, eventuais resultados decisórios pela atenção dada ao que o lesante efectivamente reconheceu no momento da prática do acto. A subjectivação funciona aí para travar a limitação da responsabilidade operada num primeiro momento.

Só que, quando o lesante conhece determinadas circunstâncias e nessa medida o dano se diz provável, ele torna-se automaticamente previsível segundo o padrão do homem médio.

E se, atendo-nos ao desconhecido, o homem médio o teria podido prever, o observador experiente tê-lo-ia também dado como provável. Esta é mais lata que aquela e este é mais atento que o primeiro.

Porque o mais consente o menos, não sendo o inverso verdadeiro, sempre que um dano seja previsível ele há-de ser provável, podendo é não ser previsível e ser provável, dado haver diferentes graus de probabilidade²³⁷, e podendo nos extremos não coincidir com a segunda.

Qual, então, a mais-valia de um critério de causalidade assente nestes termos? Ele serve, segundo os ensinamentos de insignes juristas, para estabelecer a ligação entre os danos consequentes e a lesão perpetrada. Unindo pólos diferentes, a probabilidade seria chamada a depor num terreno que não confluiria com o domínio de actuação da previsibilidade. Esquece-se, contudo, que a causalidade não se apresenta de modo

Com isso, acompanhada de uma tendencial flexibilização, perde-se em racionalidade, transformando-se a regra num critério do senso comum, a significar muito pouco. Não pondo em causa a obliteração da doutrina, sustentam os autores que ela – até porque perde de vista o sentido imputacional se reduzida a uma ponderação de tipo probabilístico – deve limitar-se aos casos relativamente aos quais é real uma previsibilidade geral e não para os casos de especial protecção de uma norma de responsabilidade.

²³⁶ Cf. M. HONORÉ, “Causation and remoteness of damage”, ... cit., p. 56.

²³⁷ A este propósito convém lembrar um outro problema com que os cultores da causalidade adequada têm de lidar e que se prende com o grau de probabilidade requerida para o estabelecimento da exigível conexão. Sobre o ponto, cf. HANS GIGER, “Analyse der Adäquanzproblematik...”, ... cit., p. 156, referindo-se aos critérios gerais de valoração, ao curso normal dos acontecimentos, e considerando, a p. 157-158, diversos níveis probabilísticos: probabilidade, alta probabilidade, grande probabilidade, possibilidade, improbabilidade.

simples, sendo entretecida por uma natureza complexa que resvala na busca de solução para eventuais casos de autoria.

Começa a delinear-se algo que pairará no horizonte ao longo da nossa dissertação: a inviabilidade de conformação unitária do critério da causalidade. A asserção avançada requer um aprofundamento só consentâneo com pressupostos de inteligibilidade de que ainda não dispomos.

Avançaremos, apenas, tendo em mente tal dualização, que, a montante do dano evento, a probabilidade nada adianta em relação à previsibilidade e que esta, reconduzida à culpa, se mostra um critério precariamente insuficiente para esclarecer o problema de que cura a causalidade. A jusante daquele, a probabilidade acrescenta algo, com efeito limitador da responsabilidade, sem que, contudo, permita explicar determinados dados sistemáticos e continuando presa a uma visão determinista do mundo.

O logrado esclarecimento do que assim fica impresso implica a escarpelização do concreto modo de operação do sistema ressarcitório delitual. Remetemos tal tarefa para um momento posterior, limitando-nos, por ora, a apontar, novamente, alguns exemplos que atestam as fragilidades denunciadas e funcionam como campo de ensaio dogmaticamente comprometido^{238 239}.

A é ferido por B. A caminho do hospital, a ambulância é atingida por uma avalanche. Noutra hipótese, colide com um automóvel conduzido por C, alcoolizado no momento. Com isto há um claro agravamento dos danos sofridos por A que fica impossibilitado de laborar durante três anos²⁴⁰.

²³⁸ Não se trata, agora, como antes, de perscrutar o tratamento que a jurisprudência dispensa ao problema mas de ilustrar o que ficou dito com grupos de casos que, assumindo-se como exemplos de escola, possam clarificar o discurso e servir de *prius* argumentativo daqui em diante.

²³⁹ A causalidade adequada seria uma fórmula vazia. Nesse sentido, cf. MENEZES CORDEIRO, *Da responsabilidade...* cit., p. 534, ao afirmar que ela não é bitola de coisa nenhuma, mas “espaço que iremos preenchendo com base no senso comum e em juízos de tipo ético” e MENEZES LEITÃO, *A responsabilidade do gestor ...* cit., p. 325 (também publicado em “A responsabilidade do gestor perante o dono do negócio no direito civil português”, ... cit., p. 13 a 188). Veja-se, igualmente, GÜNTHER BERNERT, “Die Leeformel von der Adäquanz”, *Archiv für die civilistische Praxis*, 169, 1969, p. 421-442. Cf., ainda, o testemunho de THOMAS PROBST, “La causalité aujourd’hui”, *Les causes du dommage, Journée de la responsabilité civile* (CHRISTINE CHAPPUIS/BÉNÉDICT WINIGER ed.), Genève, Zurich, Bâle, 2007, p. 15 e ss. ([www.privatrecht.ch/assets/files/test/Probst%20\(causalite\).pdf](http://www.privatrecht.ch/assets/files/test/Probst%20(causalite).pdf), p. 14, considerando que a diferença entre a adequação e a inadequação pode variar de um domínio jurídico para o outro, como por exemplo a responsabilidade civil e a segurança social. A não uniformidade conceptual explica-se, segundo o Tribunal Federal Suíço, porque a responsabilidade civil permite ter em conta causas concomitantes – como a predisposição do lesado – para o cálculo do dano, enquanto o direito da segurança social não).

²⁴⁰ O exemplo foi colhido em J. SPIER (ed.), *Unification of tort law: causation, Principles of European Tort Law*, vol. 4, European Centre of Tort and Insurance Law, Kluwer Law International, London, Boston, 2000, p. 5. Introduzimos, porém, algumas *nuances*. Eliminámos a especificidade de A ter sido

A tentativa de imputação aferida segundo a causalidade adequada vê-se confrontada com sérias dificuldades. O comportamento de A é adequado a produzir um dano daquele tipo. Se adoptarmos a formulação negativa, dir-se-á, de igual modo, que o facto não foi indiferente à produção do dano, não tendo este sobrevindo devido à ocorrência de um evento anormal, extraordinário. É claro que tal evento existiu, mas em que medida é que isso pode excluir ou não a responsabilidade do agente perpetrador da ilicitude²⁴¹? E estaremos aqui a lidar com a questão da imputação da lesão ao comportamento do primeiro agente ou, ao invés, com a problemática do cômputo do dano indemnizável?

Se quiséssemos ser fiéis à doutrina da causalidade adequada e pressupuséssemos também a identidade problemática dos dois nichos aqui cindidos²⁴², teríamos de supor que a questão resulta da necessidade de ligar aquele dano subsequente – os três anos de incapacidade total para trabalhar – ao comportamento do lesante A. Estabelecida a causalidade, haveria que posteriormente indagar se o nexa foi ou não interrompido, concluindo-se que sim pela interposição de um evento ulterior que, sendo anormal, não faz parte do decurso causal previamente delineado²⁴³.

ferido num acidente de viação. Na verdade, intervindo aí as regras próprias da responsabilidade pelo risco, havia o perigo de estarmos a tecer considerações imprestáveis para o que pretendemos argumentar. Por outro lado, introduzimos uma nota de complexidade acrescida. Na verdade, naquele caso, tinha-se determinado que o dano primeiramente produzido resultava na impossibilidade de laboração por parte do lesado durante um ano, traduzindo-se os dois anos subsequentes de que aqui se falam no agravamento potenciado pelo segundo acidente. Parece-nos, porém, irrealista a contabilização assim feita, a despeito da inexistência de um diagnóstico e prognóstico médico intermédio.

²⁴¹ Falando destes concretos casos de interrupção do nexa causal, cf. M. HONORÉ, “Causation and remoteness of damage”, ... cit., p. 47. O autor caracteriza-as como uma tipo forte de interrupção do nexa causal, que não envolve a frustração do normal curso do processo causal, mas o reforça.

²⁴² Na senda da dualidade por nós defendida, haveria que determinar, ainda, se o problema se prende com a imputação causal do dano ou se, pelo contrário, se quedaria numa contabilização dos danos subsequentes a ser indemnizados.

²⁴³ Cf. PESSOA JORGE, *Ensaio sobre os pressupostos...* cit., p. 395 e ANTUNES VARELA, *Das obrigações...* cit., I, p. 896.

Sobre o ponto, importa salientar que estão envolvidas no problema considerações atinentes ao que, no domínio tradicional, ficou conhecido pela causalidade hipotética. Designadamente, importa saber se a causa hipotética ou causa virtual, na situação em apreço identificada pela conduta que põe em marcha o processo causal interrompido, pode ou não gerar, ainda, o dever de indemnizar, questionando-se desta feita a relevância positiva da causa virtual. Sobre o ponto, cf. PEREIRA COELHO, *O problema da causa virtual...* cit., p. 50 e ss., nota 41. Tratando-se especificamente de saber se o agente deve ou não suportar os prejuízos provocados pelo efeito parcial que se produziu antes da interrupção aludida, tem-se afirmado na doutrina o princípio da responsabilidade pelo efeito parcial. Em causa estaria sobretudo uma argumentação ligada ao problema do cômputo do dano a ressarcir. Sem que falte o alerta do autor para os problemas que o critério comporta. São suas as palavras: “no caso de danos pessoais, não se pode propriamente falar de uma diminuição do valor da pessoa. Mas a ideia continua a ser fundamentalmente exacta. Se A fere mortalmente B, mas este, já moribundo, vem a morrer em consequência de um tiro de C sem qualquer relação com a agressão de A, também aqui não pode deixar de ter-se em atenção que se C realmente causou a morte como evento de ordem física, juridicamente apenas antecipou a morte de B por alguns momentos, e assim (abstraindo talvez do maior dano moral sofrido pela família de B) não causou

O problema da interrupção donexo causal colocar-se-ia aqui se propendêssemos para entender que o juízo de probabilidade, em que se traduz a doutrina, toma como pólos a unir a causa e o efeito, ou seja, o facto e o dano. Já não seria assim se defendêssemos que a adequação abrange todo o processo causal.

Dando a palavra a ANTUNES VARELA, “suponhamos que A agrediu B em termos de ter podido provocar a sua morte. Graças, porém, à sua excelente robustez física, B salva-se dos efeitos da agressão, mas vem a morrer quando, à saída do hospital, é atropelado por um veículo ou agredido a tiro por um enfermeiro”²⁴⁴. Mais à frente, o autor alerta que “a pessoa gravemente agredida vem a falecer no hospital, em virtude da imperícia do cirurgião ou por não haver sangue necessário a uma transfusão: nenhuma destas circunstâncias impedirá que a morte do agredido possa ser imputada ao acto do agressor. São de algum modo, pelo menos até certo limite, riscos criados pela agressão

porventura qualquer dano. Também aqui seria errado identificar o dano causado por A simplesmente com os danos resultantes dos ferimentos (conta do médico...); se da agressão de A resultaria a morte como consequência próxima e irremediável, ficou a ser desde logo certo que B não tiraria mais quaisquer proventos da sua capacidade de trabalho; os prejuízos materiais causados pela morte de B pode dizer-se que nasceram logo (como danos presentes ou futuros; mas certos) em consequência da agressão de A. De tudo isto resulta, em conclusão, que muitas vezes o princípio, correctamente aplicado, da responsabilidade pelo efeito parcial realmente produzido conduzirá praticamente às mesmas consequências a que levaria a ideia de responsabilizar o autor da série causal interrompida (dando relevância positiva à causa hipotética) pelo dano que teria causado”.

A lição assim trazida à liça será retomada *infra*, sendo aí objecto de considerações complementares. Por ora, importa sublinhar alguns dados não despendidos. Por um lado, o autor queda-se na contemplação do dano consequência e não do dano evento [Sobre o ponto, veja-se, com mais pormenor, PEREIRA COELHO, *O problema da causa virtual...* cit., p. 60-61. Em causa estaria, na verdade, o problema do cálculo do dano e não o problema da imputação da lesão ao pretense lesante]; por outro, a imperiosa necessidade de lidar com a questão da condicionalidade – de que a problemática da causalidade virtual é expressão bastante – vem em determinados casos contornar a solução a que se chegou em sede de adequação, porquanto, em bom rigor, a interposição de um evento anómalo no decurso causal tinha sido de molde a excluir um dos pressupostos do ressarcimento.

Saliente-se, ainda, a distinção, nem sempre nítida, que os autores fazem entre os casos de causalidade interrompida e de causalidade antecipada. Acerca dela, cf. *infra* a nota a que daremos lugar.

Uma última chamada de atenção para sublinhar que a referência à impossibilidade de se proferir uma sentença que se aparte do tudo ou nada não implica, insofismavelmente, da nossa parte o anúncio da adesão a uma causalidade parcial. Sobre o ponto, ulteriores considerações serão expendidas.

²⁴⁴ Cf. TRIMARCHI, *Causalità...* cit., p. 42.

O autor liga o problema agora analisado aqueloutro da determinação da descrição relevante para efeitos de estabelecimento do juízo de probabilidade. A fere gravemente B, que é conduzido ao hospital. À saída do mesmo, é atropelado vindo a morrer. Se o evento vier descrito como morte de B, o acto de A, dado tratar-se de um ferimento grave, deve-se considerar idóneo a produzi-lo. Mas, se tivermos em conta a particularidade da ocorrência da morte de B, evita-se a injustiça da solução que faz impender a responsabilidade pela morte deste sobre A. Para tanto, há que introduzir na descrição alguns elementos do processo causal e estabelecer o juízo de probabilidade tendo em conta a “morte de B num acidente rodoviário”. O que, de acordo com o testemunho de TRIMARCHI, pode não ser suficiente para garantir o acerto judicativo da decisão. Assim, o autor dá o exemplo de, na sequência do ferimento relatado, A ter abandonado B na berma da estrada, vindo este a morrer em virtude do atropelamento de que, naquelas condições, foi alvo.

Cf., também, RIBEIRO DE FARIA, *Direito das Obrigações...* cit., p. 506.

ilícita cometida pelo agente e que a este podem ainda ser imputados como efeito adequado da sua conduta”²⁴⁵.

O que justificará a recusa de analogia entre as duas situações? Intuitivamente apercebemo-nos das diferenças que fundamentam a divergência judicativa. Porém, se não quisermos resvalar numa jurisprudência dos sentimentos, somos levados a admitir que a fórmula da causalidade adequada não nos satisfaz, exactamente porque não se mostra apta a captar a divergência.

É apenas a maior ou menor probabilidade de ocorrência do evento intermédio que determinará a opção entre a alternativa responsabilidade ou não responsabilidade? E se o agente tivesse conhecimento de que o enfermeiro em questão, tendo um desaguado com a vítima, o pretendia matar há muito? E se não lidarmos com o resultado morte, mas unicamente, como no primeiro exemplo, com o agravamento da lesão física já verificada, importando isso um aumento do período de incapacidade temporária total para trabalhar? Sendo certo que só a combinação da eficácia dos dois eventos lesivos é de molde a determinar o período de baixa laboral a que o lesado se vê sujeito, será correcto afirmar-se, no estrito seguimento da causalidade adequada, que a imprevisibilidade do segundo comportamento rompe o nexo causal?

São algumas destas aporias que fazem com que, em concreto, e tal como constatado, os Tribunais dos vários ordenamentos jurídicos acabem por denotar um decidir com base no justo intuir quando confrontados com problemas referentes à causalidade. Não raras são as vezes em que, percepcionando a solução tida por materialmente adequada, forçam os critérios ao ponto de os conformar com a pré-compreensão que do caso apresentam. Partindo do nódulo central de uma teoria de que não querem abdicar, presos que estão a uma concepção causal da realidade, vão-na moldando sempre que tal se afigure consentâneo com a materialidade subjacente à hipótese *sub iudice*. E se nada nos move contra a atenção dada às especificidades enraizadas no modo de emergência do problema concreto, entendemos não ser sustentável uma ambivalência perigosa do ponto de vista do acerto decisório, pois que, tal como pode garantir soluções justas, pode resvalar noutras inconsonantes com o sentido normativo da imputação e a tele(nomo)logia da responsabilidade civil²⁴⁶.

²⁴⁵ Cf. ANTUNES VARELA, *Das obrigações...* cit., I, p. 897-898.

²⁴⁶ Para um elenco de críticas dirigidas à doutrina da causalidade adequada, cf., *inter alia*, HEINRICH LANGE, “Herrschaft und Verfall der Lehre vom adäquaten Kausalzusammenhang”, ... cit., p. 114 e ss.; BERNERT, “Die Leeformel von der Adäquanz”, ... cit., p. 421 e ss.; ULRICH HUBER, “Normzwecktheorie und Adäquanztheorie”, ... cit., p. 677 e ss.; WALTER LANZ, *Alternativen zur Lehre vom adäquaten*

Tanto mais é assim quanto as correcções a que se aludem se pautam, embora não sempre, por juízos de oportunidade. A introdução daquilo que no âmbito anglo-saxónico é conhecido por *policy considerations* reveste uma natureza nem sempre clara. Enquanto alguns autores preferem aderir a doutrinas animadas pela atenção dada ao escopo da norma violada – garantindo um enraizamento normativo que a este nível não pode ser descurado –, outros, consciente ou inconscientemente, ignoram a verdadeira intencionalidade em que radicam a decisão do caso concreto^{247 248}.

Kausalzusammenhang, 1974, p. 191 e ss.; RABEL, *Das Recht des Warenkaufs*, cit., p. 486 e ss.; HERMANN LANGE/GOTTFRIED SCHIEMANN, *Handbuch des Schuldrechts...* cit., p. 91; KNAPPE, *Das Problem der überholenden Kausalität*, ... cit., p. 72 e ss.

Cf., também, PAOLO FORCHIELLI, *Il rapporto di causalità...* cit., p. 108 e ss., apresentando um apontamento crítico acerca da causalidade adequada: comporta grandes dificuldades de aplicação; não se mostra compatível com o direito positivo italiano; suscita dúvidas do ponto de vista da equidade; é estranho aos princípios tradicionais da responsabilidade civil (Cf., especialmente, p. 110). No campo do direito penal, a causalidade adequada surge como uma tentativa de afastar a responsabilidade do agente com cujo comportamento concorre uma concausa fortuita; no campo do direito civil, a sua defesa é acompanhada paredes-meias com a preocupação de evitar uma responsabilidade do sujeito *ad infinitum*. Cf. nota 45, p. 111, afirmando que VON KRIES concebeu a doutrina para dar resposta aos problemas suscitados pelos delitos agravados pelo resultado. V. VON CAEMMERER, “Das Problem des Kausalzusammenhangs”,...cit., p. 401 e ss., que vem criticar a generalização que posteriormente se faz da doutrina (citado naquela nota).

²⁴⁷ Há ainda que fazer referência a um *tertium modum* de resolução da problemática. Na verdade, falamos de duas atitudes possíveis em face das insuficiências denotadas pela causalidade adequada. À proposta de um critério alternativo ou complementar da adequação, imbuído de uma intencionalidade especificamente jurídica, contrapusemos a posição menos sustentada de abertura não metodologicamente sufragada a considerações de oportunidade a contaminar o juízo decisório. Encontramos, porém, no pólo oposto da primeira, a atitude de todos aqueles que intencional e explicitamente optam por abdicar do juízo causal para o substituírem por um pensamento de matriz tecnocrática e funcional. Acerca desta proposta, teceremos, ulteriormente, as devidas considerações. Por ora, continuaremos o nosso périplo pelas doutrinas que, com as suas idiossincrasias, se mantêm fiéis a uma estrutura tradicional de abordagem do fenómeno, ainda que algumas se afastem da pura linguagem causal.

Note-se apenas que, apesar da referência singular à funcionalização do juízo, são várias as abordagens que, obnubilando a matriz ética do jurídico, necessariamente predicativa da responsabilidade civil, resvalam num pensamento espúrio à sua intencionalidade. Veja-se, *infra*, algumas referências específicas a este tipo de pensamento.

Deixaremos, igualmente, de lado a proposta encabeçada pelo realismo jurídico acerca da causalidade, retomando-a se pertinente.

Cf., ainda, LEON GREEN, “The causal relation issue in negligence law”, ... cit., p. 543-576. [Considera o autor que o tratamento do problema da causalidade tem obnubilado alguns dos aspectos fundamentais a que urge dar resposta. Assim, elenca os tópicos centrais que com ele se relacionam necessariamente. A saber: 1) a conduta do lesante contribuiu para a lesão? – *causal relation issue*; 2) estava a vítima protegida pela lei contra a conduta do lesante no que respeita à lesão concretamente sofrida? – *the duty issue*; 3) o lesante violou um dever imposto por lei em relação à lesão sofrida pela vítima? – *the negligence issue*; 4) qual a avaliação pecuniária dos danos sofridos pela vítima em resultado da lesão? – *the damage issue*. A propósito da *causal relation issue*, salienta GREEN que não se procura determinar os motivos, as causas, as razões do comportamento do lesante, nem tão pouco se indaga acerca de todas as causas que contribuíram para a lesão da vítima, sequer da real causa. O que se procura determinar é qual o contributo do comportamento do pretenso lesante para a ocorrência daquela lesão. Note-se que, segundo o autor, não é relevante a este nível saber em que medida o comportamento do lesante foi ou não culposo ou ilícito, porquanto, para ele, a causalidade seja um conceito neutro, “blind to right and wrong”. Na verdade, para o autor a causalidade é um conceito de facto (cf. p. 549), a partir do qual se deve perscrutar se houve ou não negligência. Sopesa, por isso, contra o que sustentam muitos autores, os termos do binómio culpa-causalidade. Já não parte da culpa ou do segmento de comportamento tido como culposo para saber se ele se projecta causalmente no dano vivenciado, mas ancora a aferição da culpa na prévia

determinação do contributo causal daquele comportamento (cf. p. 550). São suas as palavras “negligence must be based on causal relation, but causal relation can never be based on negligence in the air” (p. 551). Mais acrescenta que muitas vezes os tribunais se enredam na preocupação de demonstrar que não existe causalidade entre o comportamento negligente do réu e o dano sofrido pela vítima, quando o problema é outro. Aquele outro que passa por saber em que medida o risco que se concretiza está entre aqueles que o dever do lesante para com a vítima intentava obviar. Nessa medida, o autor lança mão de uma ideia de âmbito do dever violado (cf. p. 552). Adianta, ainda, haver outros casos em que se desvela a negligência do agente e em que o demandante foi lesado em virtude da conduta do réu, sem que haja, contudo, responsabilidade porquanto outros elementos, como a contribuição do próprio lesado ou a assunção do risco por parte dele, precludem a pretensão indemnizatória. E este é, segundo o testemunho do autor (cf. p. 552), um dos pontos mais dilemáticos da doutrina da causalidade, desde logo porque importa saber em concreto se pertence ou não ao *causal relation issue*.

LEON GREEN trata do problema da causalidade de uma forma compreensiva. O enfoque puramente causal parece ser reconduzido a uma questão material, em homenagem, importa referi-lo, à prática jurisdicional da *Common Law*, remetendo-se para ulteriores segmentos de valoração problemas atinentes ao dever e à polarização do dano que emerge no círculo de lesões que aquele visava postergar. Nessa medida, ao *causal relation issue* seguem-se outros, atrás mencionados. Considera, na verdade, o autor que a questão do *duty* é “a matter of law”, “a policy problem”. Aqui os problemas são de outra ordem. Cf., para um elenco deles, p. 564 e ss. Muitos resultam, consoante aí se pode ler, do facto de interagirem com a conduta do lesante outras condições ou causas de emergência do dano, provenham elas do lesado, de terceiros, de fenómenos naturais ou animais (*concurring, intervening, supervening, superseding, independent, dependent, proximate, remote, efficient*). Considera GREEN que estes elementos, sendo irrelevantes para responder à questão de saber até que ponto a conduta do lesante contribuiu para a lesão da vítima, assumem importância vital no que concerne à extensão do dever do lesante.

Ulteriores segmentos são, ainda, conforme enunciado, considerados por LEON GREEN. Destaque para a necessidade de responder à questão: “did the defendant violate his duty to the victim, i.e., was his conduct negligent?”. Entende o autor que aqui entra em jogo uma ideia de previsibilidade e aproveita o ensejo para esclarecer que muitas vezes o tópico é confundido com o da causalidade, porquanto se lance mão do mesmo critério para densificar a noção de causa próxima (cf. LEON GREEN, “The causal relation issue...”, ... cit., p. 570). Acresce que, segundo a lição aí expandida, o autor anglo-saxónico sustenta dever olhar-se para a especificidade do caso na aferição da culpabilidade que assim se matiza. Na verdade, para além da questão da previsibilidade vista da óptica do homem razoável, importa saber se o lesante falhou na adopção dos cuidados devidos para evitar a lesão (cf. p. 571). Saliente-se, ainda, que, de acordo com o parecer de LEON GREEN, enquanto ao nível causal se indaga pelas consequências naturais e prováveis, no tocante à negligência basta a mera possibilidade de lesão, tendo em vista o perigo concretamente delineado, a instar uma pessoa razoavelmente prudente a adoptar, *in casu*, determinadas medidas preventivas (cf. p. 571, nota 80).

Aproveitando o já longo excursus acerca da posição de GREEN, cuja importância justifica que nos tivéssemos alongado, sublinhamos a ligação estreita que é patenteada pelo autor entre a imposição de uma obrigação ressarcitória e a pertinência do dano ao risco que se pretendia obviar com o cumprimento, em concreto falhado, de um determinado dever de cuidado.

Mostrando que sob o epíteto *policy* se alojam diversas doutrinas, cujo único ponto comum é a oposição a uma impostação causalista do problema, cf. HART e HONORÉ, *Causation...* cit., p. 102.

²⁴⁸ A propósito do sentido exacto de *policy*, cf. HART e HONORÉ, *Causation...* cit., p. 103-104. Apresentam-nos os autores uma *summa divisio* entre dois grupos de pensadores. Por um lado, aqueles que radicam na ideia de *policy considerations* uma imensa variedade de ponderações em que o juiz deve atentar quando se pronunciar acerca da questão da existência e extensão da responsabilidade. Ocorre aqui uma atomização dos critérios, passando a função do juiz a ser a de tornar aceitáveis os julgamentos na sociedade, pelo que nunca os princípios gerais podem assumir o papel reservado a esse pensamento de cariz casuístico.

Por outro lado, os autores que interpretam as tradicionais noções causais considerando que elas encerram limitações de *policy* e não verdadeiramente questões de causalidade, devendo ser encaradas à luz da finalidade geral da responsabilidade civil e tendo em conta dos diversos tipos de conduta – dolosa ou negligente – que a pode desencadear.

Note-se, porém, que os autores se concentram na doutrina expandida nos sistemas da *Common Law*, tanto mais que, neste segundo grupo, chamam, exemplificativamente, à colação o pensamento de W. L. PROSSER [*Handbook of the law of torts*, ... cit. Vide, igualmente, W. PAGE KEETON/ WILLIAM LLOYD PROSSER/ DAN B. DOBBS/ ROBERT E. KEETON/ DAVID G. DOWEN, *Prosser and Keeton on the Law of Torts*, 5th edition, 1984]. Aí, conforme já tivemos oportunidade de salientar, depois de uma dimensão

O que assim fica dito permite extrair uma conclusão, a abrir um caminho de justificação para o nosso discurso subsequente. Constatada que fica a impraticabilidade do juízo dito causal com base na pura ideia probabilística²⁴⁹, urge repudiar uma solução casuística – com pouco ou nenhum assento no critério que a-problematicamente se erige como cimeiro – e perscrutar uma alternativa viável. Muito falta para chegarmos até ela.

Contudo, surge no horizonte discursivo uma nova etapa que, ligando-se directamente ao que ficou inscrito acima, nos leve a questionar em que medida a causalidade adequada pode ser substituída *in totu* ou em parte pela doutrina do escopo da norma violada^{250 251 252 253}.

factual da causalidade – normalmente reconduzida ao *but-for test* – procura-se limitar a responsabilidade com base na ideia de *proximate cause*. É neste contexto de determinação do sentido desta que se integram as *policy considerations* de que os autores curam, embora pontualmente refiram, também, a doutrina germânica da *Schutzzweck der Norm*.

²⁴⁹ Cf., para um elenco das questões que ficam por resolver com apelo à adequação, FLORENCE G'SELL-MACREZ, *Recherches...* cit., p. 100 e ss., que refere a) o problema da identificação do factor relevante, designado pelos motivos da demanda; b) determinação do potencial causal do factor relevante; c) determinação dos eventos-tipo, sendo certo que, e como também já sublinhámos, quanto maior for a generalização do resultado, mais aumenta a possibilidade de produção dele (cf. p. 104); d) identificação das generalizações que fundam a imputação causal de maneira a avaliar a frequência relativa da ocorrência dos tipos de eventos identificados (p. 105); e) definição dos critérios da adequação, a oscilar entre a probabilidade objectiva e o aumento das probabilidades (p. 106). Mais pormenorizadamente, a autora explicita que a determinação do cenário contrafactual é muito complicada, porque temos de construir um cenário hipotético para comparar o real aumento das probabilidades, ao mesmo tempo que refere a discutível fiabilidade do julgamento baseado na causalidade adequada, a qual não permite realmente ter em conta o que se passou, mas antecipar os efeitos possíveis dos actos (cf. p. 126/130).

²⁵⁰ Vislumbra-se, pelo que ficou dito, uma tendência de evolução – a despeito da falta de preocupação com a sincronia dos dados dialogantes – na matéria. De facto, os caminhos complementares ou alternativos a que se alude parecem denotar a consciencialização paulatina dos autores para a dificuldade que existe em, com base na linguagem causal, que importa do mundo físico um tipo de pensamento assente no esquema causa/efeito, se ajuizar normativamente.

Embora tendo como referente de crítica a doutrina da *proximate cause*, cf. HART e HONORÉ, *Causation...* cit., p. 96-97.

Note-se que os autores, balizados pelo estado da questão nos países da *Common Law*, não quadram tratar especificamente da doutrina da causalidade adequada nas páginas citadas. Partem mesmo da constatação de que tradicionalmente se assume que, uma vez feita a opção legislativa da determinação causal, esta se transmuta numa questão de facto (cf. p. 91). E clarificam que a tendência moderna é profundamente crítica dessa impostação das coisas.

Entre os problemas denotados pelas doutrinas causalistas, elencam alguns. A saber: 1) em muitos casos, não são capazes de fornecer uma luz guia acerca do modo como devem ser resolvidas as questões; 2) as suas soluções mostram-se abertamente insuficientes; 3) quanto mais rígidas as regras, mais elas exploram as tradicionais metáforas em torno da noção de causalidade; 4) as fórmulas adoptadas em juízo não só se mostram desprovidas de qualquer utilidade orientadora do decidente como verdadeiramente contêm, implícita ou explicitamente, referências a *principles of legal policy*; 5) é sempre possível considerar o dano previsível (e aqui salientamos a não identidade de termos, mantendo a versão original dos autores por uma questão de fidelidade ao texto e porque pensamos que a mesma crítica pode ser apontada à probabilidade), consoante o modo como o mesmo surja descrito (p. 98); 6) mesmo que apontem num dado sentido, não seria desejável tornar a responsabilidade dependente de princípios assentes no senso comum.

Sobre o problema da penetração de *policy considerations* no juízo de causalidade, cf. CHRISTIAN VON BAR, *The Common European...* cit., p. 481, considerando que elas são instrumentos preciosos quer na desvelação da ilicitude do comportamento, quer na determinação da causalidade, sendo tal observável em domínios como os que envolvem a indemnização de neuroses, dos danos puramente patrimoniais, entre

outros. Sublinhe-se, ademais, a integração, segundo o excuro do autor, das concepções morais dominantes na sociedade no fundo de reserva do que considera ser as *policy considerations*.

²⁵¹ Sublinhe-se que, não obstante o entusiasmo com que a perspectiva normativa da dita causalidade tem sido recebida, muitos autores ainda se mostram contrários a tal entendimento. E outros há que, reconhecendo a sua importância, vêem nela um mero auxiliar de resolução dos problemas concretos, não logrando substituí-la em absoluto, mas tão só complementá-la. Nesse sentido, cf. HART e HONORÉ, *Causation...* cit., p. 477; SINDE MONTEIRO, *Responsabilidade por conselhos...* cit., p. 270. Veja-se, ainda, a este propósito, THOMAS RAISER, “Adäquanztheorie und Haftung...”, ... cit., p. 463-464. Considera o autor, pese embora o reconhecimento da procedência de muitas críticas que se dirigem contra a causalidade adequada, que o critério da probabilidade como factor de limitação da responsabilidade deve permanecer indispensável, devendo ser mobilizada a ideia de finalidade da norma como instrumento auxiliar. Dito de outra forma, RAISER entende que a causalidade adequada não se mostra suficiente, mas adianta que isso não implica que ela não esteja contida noutros pontos de vista imputacionais. Veja-se, ainda, ERNST A. KRAMER, “Schutzgesetze und adäquate Kausalität”, ... cit. p. 346 (sustentando que a teoria da adequação conduz muitas vezes ao mesmo resultado que a doutrina do fim da norma, designadamente nas hipóteses de interrupção do nexo de causalidade, já que os danos inadequados são os que se inserem no risco geral de vida do lesado. Mais adianta que, indicando a teoria do escopo normativo uma posição teleológica, isto não quer dizer que ela deva substituir *in totu* o critério da adequação. Do mesmo modo, aduz que a teoria do aumento do perigo – *Gefahrenerhöhung* – conduz muitas vezes às mesmas soluções).

Abordando de forma aprofundada o problema, cf. ULRICH HUBER, “Normzwecktheorie und Adäquanztheorie”, cit., p. 677 e ss., em especial p. 678 e ss. Entre os principais argumentos que militam no sentido da conservação dos critérios da causalidade adequada, encontra-se aquele que nos diz que a finalidade da norma não é suficiente para o tratamento dos danos com os quais o lesante não podia razoavelmente contar, ao que acresce a indispensabilidade da teoria da adequação para lidar com a responsabilidade *ex vis* § 823 I BGB. Muitos olham para os dois critérios de modo complementar, entrando em cena a distinção entre a *haftungsbegründenden* e a *haftungsausfüllende Kausalität*. Assim, explica-nos HUBER que, “no quadro do § 823 I BGB, qualificamos como causalidade fundamentadora da responsabilidade o facto de o lesante colocar, através da sua acção, uma causa para a lesão dos bens jurídicos ali tutelados”. Concluindo que a causalidade adequada não adianta, a esse nível, nada a que já não fossemos conduzidos pela culpa, o autor indaga, subsequentemente, se a propósito da *haftungsausfüllende Kausalität* a adequação terá uma palavra a dizer. Constata, então, que a teoria do fim da norma, sozinha, não nos fornece um critério operativo, mas ela contém, num apelo à teoria da esfera ou do âmbito do perigo, o essencial para a decisão dos casos problemáticos. Note-se, ademais, que o autor defende que o juízo segundo a fórmula da esfera de risco (*Gefahrbereichsformel*) e o juízo de adequação (*Adäquanzformel*) conduzem a resultados distintos e incompatíveis.

²⁵² Uma precisão impõe-se a este ensejo. Na verdade, a falta de unicidade discursiva quando mergulhamos na doutrina do escopo da norma violada patenteia-se a vários níveis. Não só as formulações se mostram não coincidentes, falando-se quer de fim da norma, quer de conexão de ilicitude (*Rechtswidrigkeitzusammenhang*), como não há unanimidade no que tange ao carácter exclusivo ou complementar da doutrina. [Para uma distinção entre as duas doutrinas aqui chamadas à colação, cf. HERMANN LANGE/GOTTFRIED SCHIEMANN, *Handbuch des Schuldrechts...* cit., p. 102, considerando que a *Schutzzwecklehre* vai mais longe, na medida em que também se aplica a acções lícitas].

Enquanto alguns autores se mantêm fiéis a uma linguagem causal, procurando determinar a ligação entre o resultado lesivo e a conduta a partir de considerações atinentes à condicionalidade e adequação, embora corrijam as soluções a que aportam com base no apelo à normatização de que se faz referência, outros substituem de forma integral as anteriores enunciações por um critério novo.

Sem que nisso se esgote a problematidade que a envolve. Cf., num perfil sintético de abordagem dessas clivagens doutrinárias, ANA PERESTRELO OLIVEIRA, *Causalidade e imputação...* cit., p. 60 e ss. Trata-se, em primeiro lugar, da questão de saber se ela pode ou não ser mobilizada no seio da responsabilidade objectiva, pela falta de desvalor de conduta que aí se experimenta, e, em segundo, de saber se ela pressupõe ou não um duplo grau de valoração. Em rigor, a autora citada depõe no sentido de não se poder prescindir da indagação do carácter de *conditio sine qua non* do facto a que se pretende imputar o evento lesivo, dado que, aliás, a leva a concluir pela imprestabilidade da doutrina para fazer face aos problemas patenteados pela responsabilidade ambiental – cf. p. 61 [Note-se que, no que aos danos ambientais concerne, a autora é contundente na afirmação da “insusceptibilidade de tomar como base de imputação uma causalidade naturalística” – cf. p. 63]. Expressando a necessidade de não abdicar da *conditio sine qua non*, cf., ainda, GOMES DA SILVA, *O dever de prestar...* cit., p. 157.

7. A doutrina do escopo da norma violada. Formulação e crítica

A doutrina do escopo da norma violada desliga-se da linguagem causal e resolve o problema da delimitação dos danos a indemnizar, na sequência de um acto ilícito e culposo, a partir de considerações de tipo normativo, centradas na indagação da finalidade da norma violada²⁵⁴.

Depondo no sentido da complementaridade, já não entre a doutrina do fim da norma e a teoria da equivalência condicional, mas entre aquela e a ideia de causalidade adequada, cf. SINDE MONTEIRO, *Responsabilidade por conselhos...* cit., p. 270; PEDRO DE ALBUQUERQUE, *Responsabilidade processual...* cit., p. 150.

Mostrando as divergências quanto à terminologia com que vem conhecida a doutrina, cf. HERMANN LANGE/GOTTFRIED SCHIEMANN, *Handbuch des Schuldrechts...* cit., p. 101 e ss. (*Schutzzweck, Schutzbereich, Schutzrichtung, Normzweck, Normrelevanz, Normadäquanz*). Alertam os autores que, embora não existam propostas sobre o significado da diferenciação, as diferentes designações, podendo ser assumidas como sinónimas, servem para sublinhar certos aspectos da protecção.

²⁵³ Cf., também, no sentido da referida complementaridade entre a doutrina do escopo de protecção da norma e a doutrina da causalidade adequada, ANDREAS SPICKHOFF, *Gesetzesverstoß und Haftung*, Carl Heymanns, Verlag, Köln, Berlin, Bonn, München, 1998, p. 253-271. O autor, analisando o problema da responsabilidade no quadro da violação de disposições legais de protecção de interesses alheios, vem afirmar que a adequação pode surgir como uma limitação do critério da finalidade protectora. Do mesmo modo, aduz que a doutrina da adequação pode ter de ser corrigida pela consideração da finalidade de protecção da norma. Assim, diz-nos o autor que se podem imputar ao lesante, em certas situações, danos improváveis, bastando, para tanto, que a norma intencione obviar perigos especialmente graves que podem não ser estatisticamente prováveis. Vide, igualmente, THOMAS RAISER, “Adäquanztheorie und Haftung...”, ... cit., p. 463-464 e ERNST A. KRAMER, “Schutzgesetze und adäquate Kausalität”, ...cit., p. 346; THOMAS PROBST, “La causalité aujourd’hui”, ... cit., p. 16 (versão digitalizada).

Sublinhando a incompatibilidade dos resultados de cada uma das teorias – finalidade da norma e adequação –, cf. HERMANN LANGE/GOTTFRIED SCHIEMANN, *Handbuch des Schuldrechts...* cit., p. 102. Sobre o ponto, cf., ainda, JAN DIRK HARKE, *Allgemeines Schuldrecht*, Springer, Heidelberg, Berlin, 2010, p. 291 e ss. e DEUTSCH, *Allgemeines Haftungsrecht...* cit., p. 97.

²⁵⁴ Cf. RABEL, *Das Recht des Warenkaufs*, cit., p. 495 e ss., a quem se deve a paternidade da doutrina (note-se que o autor mostra a pertinência da teoria por referência, também, ao direito contratual, onde, a nosso ver, os termos do problema devem ser sopesados de outra forma. Cf. p. 496: “Der Verträge gibt die Pflichten an, er zeigt, welche Interessen des Gläubigers befriedigt werden sollen und verdeutlicht dadurch, welche Folgen der Nichterfüllung im Vermögen des Gläubigers der Schuldner gutzumachen hat“ e p. 497: „daß jede gesetzliche Pflicht oder Vertragspflicht bestimmten Interessen dient und daß nur der Schaden, der diesen geschützten Interessen zugefügt wird, dem Schuldner zugerechnet werden soll“); HERMANN LANGE, *Empfiehet es sich, die Haftung für schuldhaft verursachte Schäden zu begrenzen? Kann für den Umfang der Schadensersatzpflicht auf die Schwere des Verschuldens und die Tragweite der verletzten Norm abgestellt werden? Gutachten für den 43. Deutschen Juristtag*, Mohr, Tübingen, 1960, p. 38 e ss. (oferecendo um importante contributo para a consagração da doutrina); ESSER/SCHMIDT, *Schuldrecht ...* cit., I/I, p. 210 e ss., sustentando que o escopo da norma violada exprime uma divisão social do risco; JOSEPH G. WOLF, *Der Normzweck im Deliktrecht...* cit., p. 14 e ss. (o autor inclui a causalidade na anti-juridicidade, afirmando que não basta encontrar a causa do dano, tendo esta de ser uma causa ilícita); THOMAS RAISER, “Adäquanztheorie und Haftung ...”, ... cit., p. 462 e ss.; ULRICH HUBER, “Normzwecktheorie und Adäquanztheorie”, ...cit., p. 677 a 684 (o autor sustenta que a doutrina da causalidade adequada não tem qualquer justificação ao lado da doutrina do fim da norma violada e do que designa por teoria dos sectores de risco – *Gefahrbereichstheorie*); HANS STOLL, *Haftungsfolgen im bürgerlichen Recht...* cit., p. 400 [considera o autor que a doutrina do fim da norma tem vantagens, porquanto permite relacionar a solução encontrada com o fundamento da responsabilidade. Trata-se, no fundo, segundo o seu parecer, de uma especificação da ideia de adequação que continha já uma reminiscência deste pensamento, levando ao confronto do risco geral da vida com o risco adicionalmente criado pelo autor. Nessa medida, STOLL salienta que um entendimento normativo da teoria da adequação toca proximamente com a doutrina da finalidade da norma. Do autor, veja-se, igualmente,

Kausalzusammenhang und Normzweck im Deliktsrecht, Mohr, Tübingen, 1968]; WILBURG, *Die Element des Schadensrechts...* cit., p. 244 e ss.; ERICH SCHIECKEDANZ, “Schutzzwecklehre und Adäquanztheorie”, *Neue Juristische Wochenschrift*, 24. Jahrgang, Heft 21, 1. Halbband, 1971, p. 916 e ss. (explicitando que o BGH veicula a opinião segundo a qual a *Schutzzwecklehre* generalizou o pensamento subjacente ao § 823 II BGB, cuja previsão normativa se esgota na determinação dos bens jurídicos protegidos e dos modos de lesão, pelo que a finalidade da norma constitui um elemento do *Tatbestand* em apreço, não se podendo usar o escopo da norma para limitar a responsabilidade subsequente. Isto é, o *Schutzzweckgedanke* do § 823 II BGB diz respeito apenas à fundamentação da responsabilidade, não sendo possível a sua generalização); BYDLINSKI, *Probleme der Schadensverursachung...* cit., p. 63 e ss.; M. GRONDONA, “Responsabilità del medico, nesso di causalità, risarcimento del danno morale riflesso: la Cassazione fa il punto”, *Danno e responsabilità*, nº2, 2000, p. 157 a 165, aqui p. 162; PAOLO CENDON, “Condotte dolose e causalità giuridica”, *Persona e danno* (a cura di PAOLO CENDON), Giuffrè Editore, Milano, 2004, p. 5266 a 5298, em particular 5275; M. BARCELLONA, “Scopo della norma violata: interpretazione teleologica e tecniche di attribuzione della tutela aquiliana”, *Revista di Diritto Civile*, I, 1973, p. 311 a 371 (dando conta de que se estaria diante de uma interpretação teleológica da norma, que visava separar o risco especificamente criado pelo acto ilícito e o risco geral. Tal conseguir-se-ia, não através da qualificação do nexo causal, mas determinando o dano que a norma violada tinha como escopo evitar).

Acerca da posição de RABEL, e considerando a dicotomia entre a *haftungsbegründende Kausalität* e a *haftungsausfüllende Kausalität*, vide HEINRICH LANGE, “Herrschaft und Verfall...”, ... cit., p. 125 e ss. Note-se que, o autor, na apreciação da doutrina edificada por RABEL, releva as idiosincrasias de cada fundamento imputacional, atendendo, a par da responsabilidade contratual (cf. p. 125), à dualização entre o § 823 I e o § 823 II BGB (cf. p. 129).

Veja-se, ainda, LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts...* I, cit., p. 440 e ss., [considerando a doutrina ao lado da teoria da adequação e sublinhando que a importância dela é muitas vezes sobreestimada pelos seus defensores, já que releva, sobretudo, ao nível da responsabilidade pelo risco (*Gefährdungshaftung*, uma vez que o que importa é saber se o dano surge como resultado da materialização do risco, em virtude do qual a previsão normativa existe) e no campo contratual. No tocante à responsabilidade por culpa, é na área das normas de protecção que a doutrina se agiganta, para saber se as lesões atingem as pessoas que se encontram sob a protecção da norma e se o aparecimento dos danos era um dos perigos que ela visava evitar (cf. p. 443: discute-se aí qual a configuração exacta de tais normas de protecção, as quais devem tutelar os bens jurídicos que foram violados, só assim havendo imputação, pois, não sendo tal o caso, não é só a indemnização que fica excluída, mas o próprio *Tatbestand* fundamentador da responsabilidade deixa de ser preenchido. Acrescenta, contudo, que há situações em que devemos recorrer em simultâneo ao critério da adequação). Se pensarmos no § 823 I BGB, releva a ideia de efeito de protecção da norma quando, não havendo uma interferência directa com um dos direitos ou bens jurídicos absolutamente protegidos, a ilicitude da conduta, colocada em primeiro lugar na sequência causal que se procura edificar, ocorre por via da violação de uma obrigação de segurança no tráfego, perguntando-se, então, se os danos que avultam estão entre aqueles que se procurava prevenir – cf. p. 444 (Trata-se, e de acordo como o testemunho do autor, de uma problema diverso daquele que lida com os danos subsequentes, onde, sendo confrontados com a violação de bens jurídicos e direitos absolutamente tutelados, a protecção que a lei confere é a mais ampla possível. Sublinhe-se, ademais, um alerta do autor, que não dizendo directamente respeito à apreciação crítica da doutrina da causalidade adequada, não deixa de ser ilustrativo de algumas *nuances* com que se lida. Assim, diz-nos que há situações em que ocorre uma lesão da saúde da qual resulta, adequadamente, um dano à propriedade, e que o inverso é igualmente verdadeiro, isto é, hipóteses em que de uma lesão à propriedade resulta uma lesão da integridade física, havendo causalidade, como é o caso em que A esmaga os óculos de B que, ficando com uma capacidade visual diminuída, é atropelado. Sobre o ponto, ulteriores considerações serão expendidas. Por ora, urge esclarecer que LARENZ pretende sublinhar a necessidade de recorrer à ponderação de um nexo de causalidade adequada quando se tenha de lidar com danos remotos. No balanço da doutrina da *Schutzzweck der Norm*, aduz o autor que a teoria nos coloca diante de sérios problemas, até porque nem sempre é fácil determinar o âmbito de protecção da norma)]; LORENZ, “Fortschritte der Schuldrechtsdogmatik”, *Juristenzeitung*, 1961, p. 433 e ss., em especial p. 437 e ss.

Cf., igualmente, CEES VAN DAM, *European Tort Law...* cit., p. 272 e ss. O autor aduz que a teoria do escopo da norma se aplica às hipóteses dos §§ 823° II, 839° e 823 I, tanto quanto respeito aos deveres de segurança no tráfego (*Verkehrspflichten*), ao direito à empresa (*Recht am Gewerbebetrieb*) e ao direito geral de personalidade (*allgemeine Persönlichkeitsrecht*), e, com especial importância, aos casos de responsabilidade objectiva (já que limitar as consequências da responsabilidade pelo risco com base na previsibilidade implicaria introduzir na sua economia elementos atinentes à negligência).

Com base numa interpretação teleológica desta, perscruta-se a resposta para três segmentos problemáticos: quais os sujeitos que a norma visava tutelar?; que tipo de interesses eram por ela protegidos?; qual a forma de surgimento dos danos que ela proscrescia²⁵⁵?

V., ainda, WESTERMANN/BYDLINSKI/WEBER, *BGB: Schuldrecht, Allgemeiner Teil*, 6. neu bearbeitete Auflage, C.F. Müller, Heidelberg, München, Landesherg, Berlin, 2007, p. 244 e ss.

Entre nós, aderindo à doutrina, cf. MENEZES CORDEIRO, *Da responsabilidade civil...* cit., p. 535; MENEZES LEITÃO, *A responsabilidade do gestor...* cit., p. 326; GOMES DA SILVA, *O dever de prestar...* cit., p. 231. Veja-se, ainda, para outras considerações, SINDE MONTEIRO, *Responsabilidade por conselhos...* cit., p. 269; BRANDÃO PROENÇA, *A conduta do lesado...* cit., p. 450 (considerando que se trata de uma concepção teleológica, que parte da função das normas responsabilizantes e cuja “teorização é facilitada pela formulação de preceitos como o do nosso artigo 483º CC”)

Cf., também, a posição expendida por LEON GREEN, nos Estados Unidos, que, depois da consideração de um momento factual – da competência do júri, conforme a estrutura jurisdicional norte-americana –, entende remanescer uma questão normativa, no âmbito da qual se deve indagar se o interesse do demandante era ou não um dos protegidos pela norma violada e se o modo como era tutelado foi concretamente posto em causa com o comportamento do demandado – cf. *Rationale of proximate cause*, ...cit., p. 39 e ss. e 63 e ss. Do autor, cf., ainda, “The causal relation issue...”, ... cit., p. 552 e ss. Numa perspectiva crítica do trabalho de GREEN, considerando, inclusivamente, que o mesmo acabou por exercer influência determinante nos cultores da análise económica da causalidade, cf. WRIGHT, “Actual causation vs. probabilistic linkage...”, ... cit., p. 436. O autor chega a referir que os analistas económicos não se aperceberam da dívida intelectual para com os *legal realists*, entre os quais integra LEON GREEN. Refira-se, contudo, que o autor, ao sublinhar a antecipação de muitas das soluções economicistas pelos autores realistas, tem em mente, sobretudo, o trabalho de MORRIS. Para maiores desenvolvimentos sobre o ponto, cf., *infra*, as considerações expendidas a propósito da *law and economics* e outras correntes que derramam um enfoque particular sobre os problemas da causalidade.

Cf., ainda, WILLIAM L. PROSSER, “Proximate Cause in California”, ... cit., p. 369-425 e ROBERT H. COLE, “Windfall and Probability: a study of cause in negligence law”, ... cit., p.459-512 e 764-821 (sustenta o autor que a causa é assumida no sentido de assacar a responsabilidade por um evento lesivo e nessa medida nenhum motivo se desvela favorável para não serem os seus critérios concebidos como não causais – cf. p. 475. Considera serem quatro as funções adstritas à indagação dita causal: 1) saber em que medida o interesse lesado é legalmente protegido; 2) decidir em que medida o envolvimento do lesante justifica sujeitá-lo às regras de conduta e posteriormente a suportar os custos do seu não cumprimento; 3) determinar em que se traduz o *breach of duty*; 4) julgar em que medida a responsabilidade é uma sanção apropriada para fazer face ao comportamento do lesante nas particulares circunstâncias do caso. Posto o que nenhuma razão há para não normativizar a categoria).

No quadro do ordenamento jurídico holandês, cf. EWOND HONDIUS e CEES VAN DAM, “Niederlande”, VII, in CHRISTIAN VON BAR (hrsg), *Deliktrecht in Europa, Landesberichte: Dänemark, England, Frankreich, Griechenland, Italien, Jugoslawien, Niederlande, Norwegen, Österreich, Polen, Portugal, Schweden, Schweiz, Spanien, Türkei*, Carl Heymanns Verlag KG, Köln, Berlin, Bonn, München, 1994, p. 10. Apela-se, aí, a uma ideia de violação da norma, estabelecendo-se o critério de imputação segundo uma ideia de seriedade e probabilidade. No fundo, a responsabilidade deve estabelecer-se tomando em consideração o modo de emergência do dano, em consonância com o modelo ressarcitório erigido pelo art. 6:162 Abs 2, que prevê três tipos de conduta ilícita, e do art. 6:163 do novo código (cf. sobre o ponto, BRANDÃO PROENÇA, *Direito das Obrigações – Relatório sobre o programa, o conteúdo e os métodos de ensino da disciplina*, Publ. Universidade Católica, Porto, 2007, p. 79, falando, a propósito do último artigo citado, da “recepção, com fundamento responsabilizante, da doutrina do fim de protecção da normal”).

Rememore-se, ainda, que há autores que aderem à doutrina, sem colocarem de lado a teoria da causalidade adequada. Cf., *inter alia*, e na doutrina estrangeira, para além de outras referências já introduzidas, LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts...* cit. I, p. 445; HERMANN LANGE, “Adäquanztheorie, Rechtswidrigkeitszusammenhang, ...”... cit., p. 198 e ss.; BYDLINSKI, *Probleme der Schadensverursachung...* cit., p. 63 e ss.

²⁵⁵ Cf. M. HONORÉ, “Causation and remoteness of damage”, ... cit., p. 60.

Feito o cotejo com a situação *sub iudice*, assim se chegará à conclusão acerca da assimilação do âmbito de relevância concreta desta pelo âmbito de relevância hipotético da primeira, quedando-se a resolução do problema da causalidade numa particular forma – consentânea com a metodológica forma de encarar o fenómeno – de interpretação jurídica e de realização judicativo-decisória do direito^{256 257}.

Repare-se que não se trata, aqui, de uma mera questão teórica de preocupação com a correcta coloração a dispensar ao problema. Na verdade, inspirada na intencionalidade especificamente predicativa da juridicidade, a doutrina comporta consequências práticas de não pequena monta²⁵⁸. Designadamente, encaminha o

Cf., igualmente, HELMUT KOZIOL, “Causation under Austrian...”, ... cit., p. 12, reduzindo a duas as perguntas em que se traduz a indagação *causal* que tenha como critério orientador a finalidade de protecção da norma.

Para uma compreensão da importância da resposta a cada um dos segmentos elencados, cf. SINDE MONTEIRO, *Responsabilidade por conselhos...* cit., p. 249, para quem se deve perguntar quem a norma protege, o que protege e de quê protege; ANTUNES VARELA, *Das obrigações...* cit., I, p. 539.

Veja-se, igualmente, WOLFGANG FIKENTSCHER, *Schuldrecht*, ...cit., p. 755-756 e 775 e ss. (FIKENTSCHER/HEINEMANN, *Schuldrecht...* 10. Aufl., cit., p. 793 e ss.); RANIERO BORDON, *Il nesso di causalità...* cit., p. 84.

²⁵⁶ M. HONORÉ, “Causation and remoteness of damage”, ... cit., p. 61 fala de duas variantes da doutrina em apreço. Por um lado, a *Schutzzweck der Norm*, de que curamos em texto. Por outro lado, a *Rechtswidrigkeitszusammenhang*. Nesta última versão da teoria do escopo da norma, há que estabelecer uma conexão entre a conduta do agente e o dano, de tal maneira que se afigure anti-jurídico ocasioná-lo dessa forma.

Estabelecendo a mesma distinção, veja-se, ainda, STEPHAN PHILIPP FORST, *Grenzen deliktischer Haftung* ... cit., p. 15. Salienta, igualmente, o autor que, sendo uma verdadeira teoria da imputação e não da causalidade, pode ser concebida independentemente da adequação ou como um complemento dela (p. 16-17).

Cf., também, LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts...* cit. I, p. 446 e ss., falando da *Rechtswidrigkeitszusammenhang* (nexo de ilicitude ou conexão de ilicitude) entre o comportamento relevante em sede de responsabilidade e o dano. Trata-se de uma doutrina que surge estritamente relacionada com a doutrina do escopo de protecção da norma e diante da qual podemos chegar à conclusão que um comportamento é ilícito relativamente a uma pessoa e não a outra (cf. nota 81, p. 446, onde o autor liga a ideia àquela de comportamento lícito alternativo e adianta que com o nexo de ilicitude, ao relevar-se a responsabilidade pela norma violada, se está a chegar, no fundo, à teoria do fim da norma).

A propósito da *Relativierung des Rechtswidrigkeitssurteils*, cf. LANGE/SCHIEMANN, *Handbuch des Schuldrechts...* cit., p. 73 e ss.

Veja-se, ainda, VIEWEG, „Schadensersatzrecht“/J. Von Staudinger *Kommentar zum BGB*, De Gruyter, Berlin, 2005, p. 365 e ss., aqui p. 394, falando de *Schutzzweckzusammenhang*.

²⁵⁷ Cf. TRIMARCHI, *Causalità...* cit., p. 47. O autor, referindo-se à teoria do escopo da norma violada, sustenta que nela se continua a lidar com os conceitos de risco e probabilidade. Mas não agora a probabilidade abstracta e indeterminada da doutrina da causalidade adequada. Antes a probabilidade de que se cura agora se prende com a ilicitude da conduta.

Veja-se, ainda, no sentido do confronto entre a doutrina da causalidade adequada e do fim da norma, SINDE MONTEIRO, *Responsabilidade por conselhos...* cit., p. 271. Afirma o autor que o critério da adequação “verifica se um comportamento concreto aparece a um observador objectivo como perigoso em relação à verificação de um determinado dano”, enquanto a doutrina do fim da norma pretende saber “quais os danos que um legislador terá razoavelmente querido impedir através da estatuição de uma determinada norma de comportamento”. E continua, nesse cotejo, salientando que “a periculosidade é num caso analisada de uma forma concreta (adequação) e no outro de uma forma geral e abstracta (a partir da perspectiva do legislador)”.

²⁵⁸ Em sentido diverso, cf. E. A. KRAMER, “Schutzgesetze und adäquate Kausalität”, ... cit., p. 338.

decidente para soluções nem sempre coincidentes com aquelas a que somos chamados em sede de causalidade adequada. Ou permite, quando a sintonia se constate, obviar as sempre complexas tarefas de correcção da doutrina tradicional que, animadas pela correcta intuição do justo, não deixam de levantar dificuldades evidentes²⁵⁹.

Um exemplo simples torna clara a asserção²⁶⁰. Uma companhia de camionagem admite passageiros em excesso numa das suas viaturas. Ocorrido um acidente, um dos clientes feridos acaba por ser furtado por B, que se aproveita da situação para subtrair a sua carteira. Questionando-se se a companhia poderia ou não ser, em sede delitual, responsável pelo dano sofrido responde-se que a prevenção do mesmo não se integra entre os danos que a norma violada visava tutelar²⁶¹, excluindo-se, desta feita, a possibilidade de procedência de uma pretensão indemnizatória. No quadro da *adequação* seríamos levados a saber se o comportamento do terceiro que intercede entre a norma violada e o dano concretamente sofrido era ou não provável, dependendo a resposta das circunstâncias específicas do trajecto encetado pelo transporte público.

Note-se que, no exemplo apontado, a ilicitude é desvelada por meio da preterição de uma disposição legal – ou regulamentar – de protecção de interesses alheios. Com o que somos chamados à atenção para algumas das críticas que se abatem sobre a doutrina em apreço²⁶².

²⁵⁹ Cf., para o cotejo entre as diversas doutrinas, HERMANN LANGE, “Adäquanztheorie, Rechtswidrigkeit, Schutzzwecklehre und selbständige Zurechnungsmomente”, ... cit., p. 198 e ss.

²⁶⁰ O exemplo é colhido em HART e HONORÉ, *Causation...* cit., p. 103.

²⁶¹ Resposta diferente poder-se-ia obter em sede contratual, tendo em conta os deveres de protecção que se integrem no âmbito do acordo firmado pelas partes.

²⁶² Para um elenco dessas críticas, cf. TRIMARCHI, *Causalità...* cit., p. 47 e ss. O critério não é aplicável quando circunstâncias excepcionais determinaram um extraordinário agravamento de uma lesão inicialmente previsível. Se isto se torna inegável, para TRIMARCHI tal não é bastante para tornar inválido o critério que faz redundar a causalidade em algo idêntico à desvelação da ilicitude.

Note-se, no entanto, que, para o autor, o facto de o critério de delimitação da responsabilidade dever ser idêntico ao critério da ilicitude da conduta não é um princípio auto-evidente que se imponha pela força lógica. Para TRIMARCHI, é uma nota de utilidade que pode justificar a adopção do mesmo.

Neste ponto particular, afastamo-nos claramente da visão do autor. Sendo certo que, tal como ele, recusamos a força argumentativa da pura lógica – que, aliás, redundaria numa visão demonstrativa contrária à estrutura de raciocínio patenteada por aquela – não a substituímos por uma ideia de utilidade que, bem vistas as coisas, pode quadrar mal com a intencionalidade predicativa da juridicidade.

Saliente-se, ainda, que as críticas do autor nos levam a uma dupla constatação.

Por um lado, mostra-nos que, alicerçando-se a responsabilidade num acto ilícito e culposo, a delimitação dos danos indemnizáveis a partir do escopo da norma violada se vem afinal a traduzir na consideração da finalidade do dever genérico de não causação de danos em que se colima aquela. Na sua dimensão ampla, pouco nos transmitiria a este ensejo, resvalando na ideia de previsibilidade de que curavam outras versões da causalidade.

Por outro lado, o discurso do jurista parece estar orientado para a delimitação dos danos primários – isto é, do resultado lesivo – e não dos danos subsequentes.

A este propósito, *vide*, igualmente, por referência ao ordenamento jurídico italiano, RANIERO BORDON, *Il nesso di causalità...* cit., p. 87 (sublinhe-se que, para lá da dificuldade de aplicação da teoria num sistema caracterizado por uma cláusula geral como a do artigo 2043º CC italiano, o autor refere que se pode, por

Na verdade, se diante daquelas se torna, com recurso aos expedientes interpretativos, relativamente fácil a determinação do escopo que se procura, nem sempre a tarefa reveste similar simplicidade. Não se estranha, por isso, que a utilidade prática da doutrina se confine, na maioria dos ordenamentos jurídicos e na generalidade das abordagens doutrinárias que da temática se fazem, a algo próximo ao que, entre nós, se traduz na segunda modalidade de ilicitude delitual^{263 264 265}.

via dela, excluir a indemnização de danos injustos que devem merecer reparação); M. BARCELLONA, “Scopo della norma violata: interpretazione teleologica e tecniche di attribuzione della tutela aquiliana”, cit., p. 354 (falando do problema da exigência de normas de protecção específica de certos bens jurídicos)²⁶³ O artigo 483º CC, na esteira do modelo germânico, estabelece diversas vias de desvelação de ilicitude: a violação de direitos absolutos e a violação de disposições legais de interesses alheios, às quais se associa o abuso do direito, cumprindo a mesma função.

Cf., no direito tudesco, o §823º II BGB.

Para uma logrado esclarecimento da importância que a doutrina do escopo da norma violada cumpre neste âmbito, cf., *infra*, o que se disser sobre a segunda modalidade de ilicitude.

Note-se que os autores, tal como ficou preteritamente claro, aderem à teoria em termos sincopados, afirmando que a mesma é um expediente útil de correcção da doutrina da causalidade adequada neste âmbito, mas defendendo que a mesma não a pode substituir genericamente, por deixar sem resposta alguns problemas importantes.

Num sentido diverso, entendendo que a compatibilização entre a doutrina da adequação e a teoria do escopo da norma violada não é possível, porquanto elas se excluem reciprocamente, no âmbito da ilicitude idêntica à que entre nós se traduz na preterição de disposições legais de protecção de interesses alheios, cf. PETER BRUNNER, “Die Zurechnung der Schadensersatzpflicht bei Verletzung eines Schutzgesetzes gem §1311 ABGB”, *Österreichische Juristenzeitung*, 1972, p. 113-119. Para o autor as duas doutrinas conduziriam a resultados diversos na prática, não sendo possível coordená-las já que, ao estabelecer a norma de comportamento com base na qual se estabelece a imputação, o legislador teria substituído o ponto de vista do observador de que se lança mão, segundo a adequação, para aferir a probabilidade da ocorrência do dano. No fundo, anteciparia e fixaria previamente a concatenação que a causalidade adequada busca ao considerar proibidos certos comportamentos e ao tê-los por idóneos a gerar um determinado dano.

No mesmo sentido, embora com argumentos diversos, atinentes à ideia de que, no caso do que entre nós é conhecido pela segunda modalidade de ilicitude, considerando que o que está em causa não é a previsibilidade do dano, uma vez que a culpa se refere à violação da norma e já não ao resultado, pelo que a adequação também não se reportaria ao dano mas à norma, cf. ERWIN DEUTSCH, “Begrenzung der Haftung aus abstrakter Gefährdung wegen adäquater Kausalität?”, ... cit., p. 556 e ss. Ou seja, o que haveria de determinar era se aquela norma violada era ou não adequada a evitar aquele dano.

²⁶⁴ Na literatura germânica, a influência da doutrina do escopo da norma violada prende-se sobretudo com a responsabilidade alicerçada na ilicitude contida no §823 II BGB. E relativamente a esta, muitos autores restringem a eficácia aos danos primários, deixando de fora os danos subsequentes, em relação aos quais se teriam de convocar outros critérios de delimitação da conexão causal. Cf. TRIMARCHI, *Causalità...* cit., p. 46, nota 72, e, em consonância com uma nota anterior, LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts...* cit. I, p. 445; HERMANN LANGE, “Adäquanztheorie, Rechtswidrigkeitszusammenhang, Schutzzwecklehre und selbständige Zurechnungsmoment”, ...cit., p. 198 e ss. e LANGE/GOTTFRIED, *Handbuch des Schuldrechts*, Band I, ... cit., p. 76 e ss.; BYDLINSKI, *Probleme der Schadensverursachung...* cit., p. 63 e ss.

²⁶⁵ Sublinhe-se que a constatação crítica que trazemos a lume, levando-nos ao fraccionamento do problema da causalidade segundo as modalidades de ilicitude concretamente em causa, nos mostra, afinal, a natureza intrinsecamente normativa do problema, a quadrar mal com uma linguagem causalista e determinista que ainda hoje domina o espectro do pensamento jurídico, pelo que, em última instância, a mesma atinge, em ricochete, a própria teoria precedentemente apresentada.

Alerte-se, porém, que neste momento embrionário da investigação estamos ainda longe de comunicar, com esta asserção, uma posição definida. Na verdade, a pressuposição dos diversos enquadramentos doutrinários para o problema levar-nos-á a ter em conta a existência de mais do que um entendimento que, negando a unidade tradicionalmente predicativa da causalidade, penda entre a afirmação desta em termos

Afirmam os autores que a utilidade da teoria do escopo da norma violada depende da possibilidade de determinação precisa dessa finalidade^{266 267 268}. Ademais,

atomísticos (cf. LEON GREEN, *Rationale...* cit.) ou a sua recondução aos nichos dogmáticos de desvelação da obrigação ressarcitória (cf. TRIMARCHI, *Causalità...* cit.).

A propósito da assunção do risco como critério de desvelação da causalidade, considera GREEN existirem duas perspectivas. De um lado, os autores que lidam com a teoria do risco como uma variante da previsibilidade; do outro lado, os pensadores que lhe atribuem um estatuto independente (cf. LEON GREEN, “The causal relation issue...”, ... cit., p. 566-567). Seria este estatuto independente que HART e HONORÉ apodariam de atomista, porquanto implicasse a dependência da intuição do decidente (cf. HART e HONORÉ, *Causation...* cit., p. 256). Confrontado com tais críticas, GREEN vem afirmar que “in this theory it is not the consequences that defendant as a reasonably prudent person should have foreseen as within the risk of His conduct that controls the limitation of his liability, but the risks that the court, after the conduct has taken place and the injury has been suffered, considers should fall within the scope, ambit, zone, radius or orbit of the defendant’s duty under the law, leaving foreseeability as a jury formula for the determination of the violation of duty, the negligence issue (...) For under this theory of risks the court may take into consideration any one or more of the factors catalogued by the authors, plus the economic and moral environments, the difficulties of administration, the former decisions of the courts, statutes and any all other pertinent factors brought to the court’s attention, as they affect the parties litigant as well as the public good and on this basis the court can determine for what risks (...) the defendant should be held responsible”. No fundo, o que o autor pretende salientar é o não demérito de uma posição que reconhece o pendor constitutivo da actuação do decidente, não se preocupando, por irrealizável metodologicamente, em cingi-la ao pronunciamento declarativo de regras eivadas de uma grau de certeza própria das ciências ditas exactas (cf. p. 568). Independentemente do posicionamento ulterior acerca do entendimento de LEON GREEN, o qual, adiantamentos *avant la lettre*, não será absolutamente coincidente com o esquema imputacional que pretendemos traçar, sempre se haverá de dizer, neste ponto, que a desconfiança concitada pela remissão para o livre desenvolvimento da normatividade por parte do juiz só terá razão de ser quando este seja legitimado a lançar mão de uma racionalidade espúria à juridicidade. Donde, e sem confusão conceptual, o risco que aqui se corre não é outro que não o que decorre da tecnocratização do direito, a postular uma noção de risco que se afaste das notas da exigibilidade pessoal com que ousaremos contaminá-lo. Mais se diga, além disto, que, quando apodámos de atomista a posição de LEON GREEN, o nosso propósito foi tão-só o de mostrar que o autor não escora o seu modelo numa prévia taxonomia das hipóteses susceptíveis de desencadear uma pretensão indemnizatória, remetendo para a contemplação casuística, ainda que não privada de arrimos argumentativos, do problema.

²⁶⁶ Cf. M. HONORÉ, “Causation and remoteness of damage”, ... cit., p. 61.

Cf., igualmente, HART e HONORÉ, *Causation...* cit., p. 109 e LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts...* cit. I, p. 445.

²⁶⁷ Note-se que o modo como se concebem as doutrinas normativas de resolução do problema da causalidade é variável. Consoante ficou denotado pela exposição levada a cabo no final do ponto anterior, alguns autores, pretendendo operar uma leitura sistemática desarraigada da lógica do mundo físico, interpretam os problemas da proximidade do dano ou da adequação à luz de *policy considerations*, apresentando, assim, uma perspectiva macroscópica de concepção da doutrina do escopo da norma violada. Contrariamente, numa visão restrita da doutrina, ela cingir-se-á à indagação da concreta teleologia de uma norma violada, através da qual se desvela a ilicitude do acto, e constituirá uma complementação correctiva dos resultados causais a que se possa eventualmente chegar.

Mais se diga que a pluralidade de perspectivas com que a este nível somos confrontados não é captada pelo esquema dual vertido em nota. Cf. M. HONORÉ, “Causation and remoteness of damage”, ... cit., p. 63, onde, sob a designação de *relevance theory*, nos é apresentada a posição de todos aqueles que resolvem normativamente o problema da causalidade, não tendo em conta o escopo da norma violada, mas a finalidade geral de prevenção que reconhecem à responsabilidade civil. Sobre elas diga-se, também genericamente, que, não só falta a comprovação da plausibilidade de autonomização da finalidade, como correm o risco de resvalar para uma abordagem centrada na eficácia ou eficiência. Maiores críticas a este posicionamento serão tecidas *infra*.

Refira-se, contudo, o legado de TRIMARCHI, *Causalità* ...cit. O autor, partindo da consideração das finalidades da responsabilidade civil, encabeça uma proposta de resolução do problema da causalidade que as erige em critério de orientação do decidente. Tal justifica uma bipartição da categoria – separando a responsabilidade subjectiva e a responsabilidade objectiva – e uma correcção das soluções a que se chega com a perspectiva tradicional. Animado por uma racionalidade informada por uma matriz também

sustenta-se que ela não consegue dar o salto em frente, deixando o jurista confrontado com as mesmas dificuldades que experimentava quando tentava resolver os problemas no quadro das doutrinas probabilísticas²⁶⁹, v.g., as questões referentes aos danos ulteriores ou ao agravamento deles, sobretudo quando um terceiro interfere no desenrolar dos acontecimentos^{270 271}.

Algumas ideias podem, a partir do que ficou dito, ser avançadas com um propósito dialógico nítido que nos permita sedimentar alguns pontos tidos por fulcrais na dilucidação do nódulo problemático que temos em mãos.

Aquilo que identificámos como a doutrina do escopo da norma violada não constitui um todo uniforme. Desde logo, são perceptíveis dois sentidos para a teoria: um restrito e um amplo.

economicamente cunhada, o autor não cai nos excessos da *law and economics*, não fazendo da imputação uma categoria espúria à juridicidade.

²⁶⁸ Muitos são os autores que, em face das dificuldades de determinação da finalidade de protecção, optam por restringir a aplicabilidade da doutrina às situações de violação de uma disposição legal. Veja-se, a este propósito, o contributo de HERMANN LANGE e GOTTFRIED SCHIEMANN, *Handbuch des Schuldrechts...* cit., p. 113 e ss., na matéria. Sendo certo que os bens jurídicos previstos no § 823 I BGB são objecto de uma protecção absoluta, não sendo tutelados apenas contra certas condutas em especial, impõe-se a resposta a uma série de questões: contra que é edificada a obrigação de comportamento?; que bens jurídicos protege?; quem é o titular da protecção?; será que um terceiro deve beneficiar com ela ou não?

V., igualmente, na obra citada, p. 127, considerando que a doutrina da finalidade de protecção pretende resolver os problemas que a doutrina da adequação não consegue clarificar. No entanto, ela continua a conduzir-nos a zonas de problematicidade crescente. Designadamente, “devemos ter em conta a finalidade da específica norma violada ou do dever de conduta ou devemos ter em conta um conjunto de regras, sistema e estrutura da responsabilidade civil”?

²⁶⁹ Cf. HART e HONORÉ, *Causation...* cit., p. 109. Os autores dizem-nos que o escopo que podemos encontrar para uma norma não será nunca suficientemente pormenorizado para permitir a resposta a estas perguntas, pelo que haverá sempre de recorrer aos princípios gerais de limitação da responsabilidade. Na obra, para uma crítica às insuficiências da teoria do escopo da norma violada, cf., ainda, p. 477-478.

²⁷⁰ Entre nós a doutrina continua a mostrar-se muito crítica da teoria do fim da norma violada. ANTUNES VARELA, embora admita que ela possa configurar um precioso auxiliar na resolução das dúvidas concitadas pela causalidade adequada, entende que não logra poder substituí-la em bloco (cf. *Das obrigações...* cit., p. 902). Aliás, em abono da verdade, importa salientar que o insigne civilista nem sequer admite a sua adopção como critério precípua de resolução do problema da causalidade no âmbito contratual ou no seio da segunda modalidade de ilicitude.

Quanto ao primeiro, afirma que, no respeitante à violação de deveres acessórios de conduta, “não se afigura possível proceder a uma criteriosa selecção dos danos provenientes da sua inobservância, para distinguir os que devem e não devem ser indemnizados pelo obrigado, sem recorrer ao nexo de causalidade entre o facto constitutivo de responsabilidade e o dano”.

No que tange ao segundo segmento, esclarece o autor que “importa realmente saber se o lesado figura entre os titulares dos interesses protegidos pela disposição infringida e se a lesão se deu no círculo de interesses tutelados pela norma. Simplesmente, não se torna necessário recorrer nesses casos à teoria do fim da protecção legal para eliminar a responsabilidade do agente; esta falha logo através do requisito da ilicitude, por não haver a violação típica de interesses objectivamente descrita na lei”.

Cf., ainda, HART e HONORÉ, *Causation...* cit., p. 477-8.

²⁷¹ No mesmo sentido, cf. LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts...* cit. I, p. 444-445. Veja-se, entre nós, novamente, e no seguimento da nota anterior, ANTUNES VARELA, *Das obrigações...* cit., I, p. 903.

O primeiro, fazendo ecoar o pensamento de todos aqueles que restringem o sentido da doutrina à procura dos interesses tutelados por uma norma erigida para protecção de particulares, seja qual for o concreto modo de erupção e conformação da mesma, se assumido na perspectiva unitária de resolução do problema da causalidade, mostrar-se-á manifestamente insuficiente. Nem é necessário, para atestar a crítica, o recurso à doutrina que a edifica. Basta, na verdade, para o efeito olhar atentamente para os dados jurisprudenciais e o concreto modo de emergência dos problemas na realidade. Ficaria, apenas, como fica, por demonstrar a pertinência do tratamento unitário do problema de que curamos.

O segundo sentido, mais amplo, traduz a posição de quantos recusem olhar para o problema da causalidade segundo os pré-conceitos do mundo da *physis*, para derramar sobre ele a intencionalidade que especificamente predica os problemas juridicamente relevantes. Muitos são os tratamentos normativos dispensados, neste quadro, à causalidade. Em comum têm o facto de não se aterem a uma específica norma, mas de partirem da intelecção de normas superiores e de princípios para, mobilizando-os à luz das especificidades do caso concreto, lograrem obter uma resposta para o problema da imputação – entendida em termos objectivos e a complementar os outros requisitos subjectivos ou não como a culpa, a ilicitude e o risco. Acolhe-se, a coberto do escopo da norma violada – aqui entendida em sentido amplo –, uma série de princípios e mobiliza-se o sistema para, de forma plurifacetada, responder aos diversos segmentos colocados a cargo do que tradicionalmente era identificado pela causalidade.

A ser aceitável alguma perspectiva, não pode deixar de ser a segunda, o que implica, afinal, uma total alteração do modo de conceber o problema. Não estando, por ora, em condições de avançar com argumentos que confirmem ou infirmem a ideia, sempre se relembra o que ficou dito quando iniciámos este pequeno excuro em torno da doutrina do escopo da norma violada.

Feito o cotejo com a situação *sub iudice*, assim se chegará à conclusão acerca da assimilação do âmbito de relevância concreta desta pelo âmbito de relevância hipotético da primeira, quedando-se a resolução do problema da causalidade numa particular forma – consentânea com a metodológica forma de encarar o fenómeno – de interpretação jurídica e de realização judicativo-decisória do direito.

Sendo este o método guia do decidente quando confrontado com a violação de uma particular disposição legal de protecção de interesses alheios, a redundar na ilicitude desencadeadora de uma pretensão indemnizatória, importa não esquecer que o

sistema não se restringe às normas tipificadas pelo legislador e que, mesmo quando existam, elas não podem ser interpretadas na sua abstracção, nem tão pouco no simples cotejo com o caso concreto, tendo de ser, sob pena de incompreendermos a intencionalidade normativa da normatividade, remetidas para os princípios em que se alicerçam²⁷².

Donde, com o ânimo da sustentação metodológica, é possível inferir duas conclusões, a potenciar novamente a abertura do nosso percurso dialógico. Por um lado, se a simples contemplação do caso concreto nada nos diz, torna-se impossível resolver o problema da causalidade do puro ponto de vista factual. Mas, ainda que o mesmo seja orientado, na busca da solução justa, pelos critérios erigidos pela doutrina no sentido de interpretar o disposto no artigo 563º CC, esta, na sua missão de elaborar modelos práticos de decisão, não pode colher a interpretação proposta nos postulados causalistas do mundo natural. Em rigor, a doutrina da causalidade adequada afasta-se deles ao propor uma noção de adequação estribada nos índices cognitivos do observador experimentado e nos conhecimentos efectivamente patenteados pelo agente. Contudo, não deixa de estar presa ao denunciado esquema imputacional causa/efeito^{273 274}.

²⁷² Cf., acerca dos diversos momentos em que analiticamente se cinde o esquema metódico de realização judicativo-concreta do direito, por mediação da norma, por todos, CASTANHEIRA NEVES, *Metodologia Jurídica...* cit., p. 156 e ss.

²⁷³ A aparente contradição do que foi por nós dito esvanece-se se tivermos em conta o quadro filosófico que influencia o modo como se concebe o requisito. Na verdade, contrariamente ao que sucede na *Common Law*, onde os autores tratam muitas vezes o problema da causalidade na óptica do senso comum (cf. HART e HONORÉ, *Causation...* cit., p. 432), o lastro filosófico que influi na conformação da causalidade ao nível continental leva a afirmar que o requisito quadra mais com a questão dos limites da imputação do que com a busca da explicação causal do dano a justificar a indemnização. Acontece que no momento em que historicamente se delinearam os sistemas ressarcitórios – quer o de matriz gaulesa, quer o de matriz germânica – o pensamento filosófico era ainda dominado por uma visão determinista do mundo. Cf. o pensamento de STUART MILL e de HUME. E a responsabilidade civil era vista – num entendimento ainda não totalmente superado – como uma limitação à liberdade, encarada em termos negativos. Donde, o mecanicismo se compatibilizava na perfeição com um quadro informado pelo cotejo de esferas de acção, independentes entre si.

²⁷⁴ Note-se que há dois dados que, inequivocamente, atestam o carácter normativo da doutrina da causalidade adequada. Por um lado, a possibilidade de se estabelecer a concatenação causal a partir de uma omissão, afastando-se o mecanicismo da ideia de que só os movimentos físicos no mundo exterior poderiam ser vistos como relevantes a este ensejo. Sobre o ponto, cf. ENNECCERUS-LEHMANN, *Recht der Schuldverhältnisse*, ... cit., p. 70.

Sobre o problema da omissão e do modo como elas devem ser encaradas do ponto de vista da causalidade adequada, cf., porém, TRAEGER, *Kausalbegriff...* cit., p. 61 a 73. Relativamente àquelas, o autor defende que se deva falar de transcendência da omissão e não de causalidade, dadas as dificuldades com que qualquer teoria da causalidade se depara quando com elas confrontada (cf., ainda, *Das Problem der Unterlassungsdelikte im Straf- und Zivilrecht*, 1913, p. 20-66)

Por outro lado, o facto de, na sindicância da causalidade, se prestar atenção ao grau de cognição do agente.

Esbate-se, de facto, a dicotomia kantiana entre a imputação e a causalidade, identificada com o mundo natural.

Pelo que se pergunta se este não deverá ser definitivamente abandonado convocando-se os princípios normativos, na sua interacção, para nos dizerem em que medida determinado dano se liga ao comportamento do lesante ou eventual lesante, sendo certo que tais princípios, ao mesmo tempo que fornecem um recorte próprio à situação *sub iudice*, predicam a solução com as notas intencionalmente distintas da teleo(nomo)logia da responsabilidade civil²⁷⁵.

Para uma apurada compreensão destes dados problemáticos, aqui analisados em sentido inverso, cf. HART e HONORÉ, *Causation...* cit., p. 435. Dizem-nos os autores que, traduzindo-se a distinção patenteada no aforismo *Kausalität ist blind; Finalität sehend*, muitos juristas tudescos defendem que, no tratamento das questões de que curamos, o que releva é saber se o dano foi causado pela actuação exterior do agente, não importando a indagação de aspectos psicológicos subjectivos, a ter em conta no momento da aferição da culpa.

Ao constatar-se, através do correctivo introduzido pela doutrina da causalidade adequada, a aproximação a uma ideia de imputação, pergunta-se por que razão não se há-de repensar em termos normativamente mais densos a problemática. Do mesmo modo que se inquire se não será mais consentâneo, não só no plano dos princípios, como também com os dados sistemáticos já constituídos, a bipartição da indagação causal nos dois momentos que temos vindo a referir.

Cf., porém, PEREIRA COELHO, “O nexa de causalidade...”, ... cit., p. 129. O autor entende que a omissão não relevaria de modo diverso para efeitos de determinação do nexa de causalidade. Reconhecendo a longa controvérsia que versou sobre o tema, considera que ela foi fruto do entendimento segundo o qual, sendo a omissão naturalisticamente nada, não poderia ser causa do que quer que fosse. Sucede que o autor vem mostrar que a omissão só interessa para o direito enquanto omissão de um dever e, portanto, se para o mundo físico ela se consubstancia no nada, para o jurista ela é alguma coisa.

Não ficamos convencidos com a argumentação aduzida pelo autor. Pelo contrário, julgamos que ela contém no seu seio a negação do que se procura atestar. Na verdade, a omissão é algo para o direito porque é assumida num sentido valorativo. Ora, se assim é, se *ab initio* ela surge inteligida à luz de uma específica intencionalidade que reclama como referente de sentido a susceptibilidade de o sujeito – enquanto pessoa – assumir deveres, então não pode fazer sentido manter-se a ligação entre ela e os prejuízos ocorridos em termos causalistas. Não porque ela seja nada e portanto não seja passível de se desenhar mentalmente um processo causal, mas porque ela só é alguma coisa num sentido imputacional, donde leva ínsita um dado aspecto da ligação que se reclama. Sobre o problema da omissão, porque central na desconstrução que se leva a cabo, teceremos ulteriormente maiores considerações.

Cf., ainda, sobre o problema LARENZ, *Lehrbuch...* cit. I, 434 e ss., onde o autor aduz tratar-se, não da fixação de uma causalidade, mas da objectiva imputação do dano ao lesante, pela consideração da obrigação que sobre ele impendia de evitar o resultado. Não obstante, o autor adere à doutrina da causalidade adequada; VAZ SERRA, “Obrigação de indemnização...”, ... cit., p. 108 e ss.; HONORÉ, “Causation and remoteness of damage”, ... cit., p. 11 e ss, em especial 13 e ss. Para o autor, sempre que haja o dever de agir não se deve estabelecer uma distinção entre uma acção e uma omissão, podendo assumir-se que esta foi causa do dano. Segundo ele, “se entendermos que causar algo significa iniciar ou alterar a sequência física dos eventos, uma omissão não pode causar nada. Mas é arbitrário confinar a investigação causal à questão de saber porque é que um evento foi iniciado ou alterado e não questionar porque é que uma sequência causal não foi iniciada”. No fundo, o que o autor denuncia é a prisão de alguns entendimentos a um conceito naturalista de acção e causa que se atém à sindicância da última no seu envolvimento com movimentos do mundo exterior.

VAZ SERRA vem mostrar que as omissões, “em rigor, não podem ser causa de um resultado, pois uma simples omissão, que é um nada, não pode ter qualquer efeito. O que aqui interessa, porém, é o aspecto jurídico das coisas e, neste aspecto, as omissões podem ser havidas como causa de um dano, pois importa que o autor da omissão seja, em determinados casos, considerado como causador do dano e responda por ele”.

Sobre o problema da omissão na sua relação íntima com o problema da causalidade, veja-se *infra* o que consideraremos a esse propósito e, ainda, ulteriores referências bibliográficas.

²⁷⁵ A inquirição devia ser complementada com uma outra, qual seja a de saber se, mesmo aceitando – independentemente dos contornos exactos com que surja desenhada – a doutrina do escopo da norma violada, ela deve ser articulada com a teoria da *conditio sine qua non*.

8. Da fisicidade da *conditio sine qua non* ao sentido imputacional da causalidade. Ordem de sequência.

O que ficou dito não permite, ainda, extrair conclusões firmes acerca do modo como deve ser concebida a categoria causal. Mas viabiliza alguns passos no caminho a seguir.

Na verdade, descortinamos linhas de inteligibilidade do pressuposto delitual por detrás da profusão de teorias com que, nos diversos ordenamentos jurídicos, nos confrontamos.

Em consonância com as finalidades *ab initio* atribuídas ao requisito, e sem embargo das críticas oportunamente desferidas contra cada uma daquelas formulações, invocam-se sobretudo, numa relação de alternatividade ou de complementaridade, duas posições que vêm dar resposta a questões de índole diversa.

Falamos, claro está, quer da doutrina da *conditio sine qua non*, quer da teoria da causalidade adequada e da necessidade de explicar a emergência do dano e de, posteriormente, limitar normativamente o dever de indemnizar²⁷⁶.

Nessa indagação podemos ter como ponto de partida o dano produzido e procurar determinar se ele foi causado pelo demandado e se do ponto de vista normativo este deve ser responsabilizado ou, invertendo os termos da equação, prescrutar que

Cf., quanto ao ponto, embora numa perspectiva muito específica, o comentário de ANDRÉ PEREIRA ao Acórdão de 24 de Outubro de 1995 do STJ, in *Digest...* cit., p. 44 e ss. O caso relata-se em breves traços: A é proprietário de uma discoteca que funciona entre as 22h00 e as 04h00 do dia seguinte. B demanda-o, com fundamento na violação do seu direito de personalidade ao repouso e à integridade física, uma vez que a discoteca provoca ruído, leva a que haja pessoas a passar na rua aos berros, barulho de carros e motociclos. O Tribunal considerou que o nível de ruído produzido está dentro dos limites legalmente permitidos, mas analisa a relação entre a existência e funcionamento da discoteca e o barulho produzido pelos visitantes. Pode dizer-se que a discoteca não produz directamente o dano, o qual é causado indirectamente: na sua génese estão os factos que são desencadeados pela existência daquele lugar de diversão nocturna. Nessa medida, o seu funcionamento é condição *sine qua non* dos factos perturbadores do sono do lesado. ANDRÉ PEREIRA conclui, neste ensejo, que é muito difícil encontrar sentenças que se refiram explicitamente àquela condição, sendo igualmente complexo distinguir os raciocínios baseados nela daqueles que envolvem o escopo de protecção da norma violada, porque os dois juízos são incidíveis, pese embora fale, ao nível da sindicância deste último, dos critérios da probabilidade, da adequação, do senso comum e do âmbito de protecção da norma.

Ora, independentemente do que possa ser dito posteriormente, a propósito da manutenção ou não da indagação condicional, há duas notas que, desde já, se mostram prestimosas. Em primeiro lugar, a incidibilidade dos dois juízos, a que alude o autor, não é de molde a determinar a confusão criteriológica. Em segundo lugar, e em jeito interrogativo, não estaremos, afinal, diante de uma situação que impõe a análise dos limites de uma esfera de risco erigida pelo proprietário da discoteca? A resposta ao problema exige uma reflexão para a qual ainda não estamos dotados dos necessários quadros de inteligibilidade, remetendo-se, por isso, para posteriores páginas a resposta a que queremos chegar.

²⁷⁶ Cf. FLORENCE G'SELL-MACREZ, *Recherches...* cit., p. 11.

danos deve o autor da conduta ilícita e culposa, para nos centrarmos na responsabilidade subjectiva, indemnizar.

Sobressaindo de forma mais vincada num caso que noutro o pendor imputacional da categoria, o certo é que as doutrinas que visitámos nunca abandonaram os segmentos problemáticos aqui chamados à liça.

Marcados por um forte pendor determinista, os cultores da *condicionalidade sem a qual* acreditaram não só garantir a correspondência entre a previsão normativa e o conjunto de factos a que era reduzido o caso concreto, viabilizando a aplicação da primeira ao segundo, como introduziram uma limitação à responsabilidade^{277 278}.

A impostação viria, contudo, a mostrar-se improcedente. Não curamos, agora, da imprestabilidade axiológico-normativa dele, mas, num plano mais superficial, da impossibilidade de através do apelo ao determinismo se captar a realidade humana, domínio onde as relações causais são dispersas e onde apenas se pode falar de doses mistas de previsibilidade e imprevisibilidade²⁷⁹.

E se o primeiro embate que a condicionalidade necessária sofre ocorre no plano científico com o reconhecimento da admissibilidade de excepções para todas as leis da natureza, e, conseqüentemente, da existência de fenómenos submetidos a meras probabilidades, a causalidade adequada caracteriza-se pela tentativa de ser uma doutrina generalizante que parte da análise de um factor individual, o comportamento do

²⁷⁷ É, por isso, fácil encontrar a ponte entre o pensamento positivista e a defesa da teoria da *conditio sine qua non*. Sem embargo de ulteriores densificações, tornemos claro o raciocínio. A norma legal determina, em abstracto, que aquele que causa um dano a outrem, de forma ilícita e culposa, deve indemnizá-lo. O que se procura, com a construção do requisito, é garantir que quem responde pelo prejuízo é o seu autor. Ora, a causa há-de corresponder ao sentido físico-natural do termo, por ser esse o mais natural. Importa, contudo, tecer alguns esclarecimentos adicionais. Em primeiro lugar, a justificação singela que aqui se apresenta, rememorando a conceptualização e a interpretação exegética de outros tempos, não deve ser sobrevalorizada, dado tratar-se de uma impostação radical do pensamento positivista, em fase de absoluta superação. Em segundo lugar, urge sublinhar que, ao captar sob o prisma lógico a realidade, a teoria acaba por encerrar-se sobre si mesmo, não ponderando o caso na sua especificidade, mas olhando para ele como um correlato também lógico da hipótese normativa, para o que elabora – enquanto premissa menor – os factos a que a norma se há-de aplicar.

²⁷⁸ Veja-se, *supra*, as posições dos autores que defendem constituir a doutrina uma limitação à indemnização.

²⁷⁹ A expressão é de FLORENCE G'SELL-MACREZ, ao analisar a tentativa de transposição do modelo nomológico das ciências exactas, elaborado pelo círculo de Viena, para o mundo dos contactos humanos, tentativa essa protagonizada por MAX WEBER, inspirado pelos juristas que elaboram a doutrina da causalidade adequada – cf. *Recherches...* cit., p. 92.

lesante²⁸⁰, ao mesmo tempo que atende à mera previsão do efeito que uma conduta terá sobre a vontade de outro sujeito²⁸¹.

Só que o que poderia ter sido uma tentativa lograda de relevar a intencionalidade da acção humana, simultaneamente livre e responsável, vem afinal a mostrar-se também ela falha na missão a que se propunha. É que, independentemente das concretas aporias com que somos confrontados, qualquer das cambiantes com que macroscopicamente possamos olhar para a adequação concita dúvidas: ou ela se orienta pelo objectivismo consentâneo com a indagação causal e acaba por resvalar num juízo estatístico-probabilístico que não dista verdadeiramente do sentido probabilístico com que a condicionalidade *sine qua non* pode ser olhada; ou ela se deixa contaminar com notas de subjectivismo, mas não consegue ultrapassar as dificuldades com que o modelo ressarcitório sempre se confrontou.

Em tudo isto vai implícita a dualidade com que o fenómeno probabilístico pode ser pensado²⁸². Reduzida a um jogo de probabilidades, a adequação pode, de facto, exprimir ou a frequência de aparecimento de um acontecimento, aproximando-se de uma formulação matemática e estatística, ou pode transpirar “um grau de crença racional”²⁸³, não traduzindo esta graduação outra coisa senão as diversas soluções em matéria de índice de cognição para aferição daquela.

Paralelamente, somos instados a percorrer uma escala no modo como entendemos a categoria. De um extremo, encontramos uma veste lógica e científica, que se assume como uma explicação verdadeiramente causal e apenas vem substituir a condicionalidade *sine qua non* no carácter aporético de que padece; do outro extremo, deparamo-nos com um meio de identificação do responsável jurídico, numa clara aproximação ao sentido imputacional que é vincado pelos defensores da teoria do escopo da norma violada²⁸⁴.

²⁸⁰ Cf. FLORENCE G'SELL-MACREZ, *Recherches...* cit., p. 94.

²⁸¹ Basta pensar, para compreendermos a afirmação, nos casos que ficariam cunhados por causalidade psicológica, ou seja, em todas as hipóteses nas quais a conduta do sujeito A tem como pretensão efeito o comportamento do sujeito B, o qual gera directamente o dano.

²⁸² Cf., uma vez mais, FLORENCE G'SELL-MACREZ, *Recherches...* cit., p. 55 e ss.

²⁸³ Cf. FLORENCE G'SELL-MACREZ, *Recherches...* op. cit., loc. cit.

²⁸⁴ Cf., a este propósito, WOLFGANG B. SCHÜNEMANN, “Unzulänglichkeit der Adäquanztheorie?...", ... cit., p. 22 e ss. A leitura atenta do texto do autor leva-nos a pensar numa dualidade relativamente ao modo como é configurada a causalidade adequada. Ela pode, por um lado, surgir como uma teoria imputacional: partindo da *conditio sine qua non*, vai procurar derramar o cunho da juridicidade sobre aquela condição. Assim, não só funciona como uma limitação da responsabilidade, como se assume com um cariz normativo-imputacional. Simplesmente, ou se converte numa fórmula vazia ou se reduz a um cálculo probabilístico que não capta a verdadeira intencionalidade do jurídico. Por outro lado, ela pode surgir como requisito mínimo de compreensão do nexu causal: estimam-se as probabilidades, substituindo ou

Só que nem a correcção almejada se mostra lograda, como se constata pelas deficiências criteriológicas denotadas, nem se cumpre o desiderto imputacional pretendido por alguns autores. O sentido da responsabilidade que deve estar vertido no pressuposto dito causal não pode ser relevado por um mero jogo de prognose probabilística, que não dista sobremaneira do juízo operado pela condicionalidade sem a qual²⁸⁵; e a acentuação do aspecto atributivo não se pode ater ao que o agente concretamente conhecia ou devia conhecer, porquanto somos conduzidos a uma confusão com a culpa²⁸⁶, deixando sem resposta a preocupação que leva a forjar a categoria²⁸⁷.

A crítica aqui inscrita não nos leva, de forma automática, a abraçar a teoria do fim da norma. Se o fizéssemos, aproblematicamente, estaríamos a obnubilar as insuficiências de que também padece. Há, pois, de tentar encontrar uma resposta séria para a imputação delitual.

Antes de avançarmos, importa perceber, no contexto de um esquema ressarcitório, qual o papel efectivamente desempenhado pelo requisito *causalidade*, ao mesmo tempo que urge complementar a sincronia discursiva com a diacronia do fenómeno.

complementando a *condicionalidade sine qua non*, mas sem se atribuir um cunho imputacional ao juízo entretecido. Funciona, aqui, como um mero ponto de partida.

Em oposição, LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts...* cit. I, p. 352, onde se evidencia que este segundo sentido só é atribuído à *conditio sine qua non*.

²⁸⁵ Sobre o ponto, veja-se novamente FLORENCE G'SELL-MACREZ, *Recherches...* cit., p. 173 e ss.

²⁸⁶ Se é verdade que normalmente a crítica se dirige ao critério da previsibilidade, potenciador da miscigenação entre a causalidade a culpa, não é menos certo o que dissemos acerca da aproximação entre aquela e a probabilidade aferida com base no que o agente devia conhecer.

A este propósito, veja-se o que nos diz FLORENCE G'SELL-MACREZ, *Recherches...* cit., p. 115 e ss. Se bem que integrada num ordenamento jurídico onde o modelo delitual dominante difere do de inspiração iheringiana, a autora não hesita em dizer-nos que, “ao permitir comparar a probabilidade objectiva do dano apreciado *a posteriori* e a previsibilidade do agente e aquilo que o agente efectivamente previu, a causalidade adequada tem um papel incontestável na qualificação da *faute*”, relacionando o problema com o grau de cognição de que se deve partir.

²⁸⁷ Não é à toa que muitos juristas vêm dizer que, intervindo na decisão judicativa a culpa, deixa de fazer sentido a problematização da causalidade fundamentadora da responsabilidade. Simplesmente, não só não é a ausência de um critério seguro que elimina o problema que se tem de enfrentar, como não podemos ignorar que, ao deixá-la sem tratamento, muitas das questões remetidas para a delimitação da obrigação de indemnizar ganham uma dificuldade acrescida.

CAPÍTULO III

Evolução histórica do papel do nexo de causalidade como pressuposto da imputação delitual: do direito romano ao hodierno pluralismo de perspectivas

9. A lição do Direito Romano

9.1. Primeira aproximação à *Lex Aquilia*

As doutrinas a que aludimos no ponto expositivo anterior formam, *grosso modo*, um tríptico com que podemos captar o tratamento que tem sido dispensado à causalidade enquanto pressuposto do surgimento de uma pretensão indemnizatória procedente. E não escondem, na multiplicidade de enunciados que encerram, o aceso debate que se vai tecendo sob a capa do requisito, sobre o qual já foi prognosticado a assunção do papel de dínamo propulsor do estudo sistemático que no século XXI se queira fazer da responsabilidade civil²⁸⁸.

²⁸⁸ DONALD G. GIFFORD, “The Death of causation: mass products torts’ incomplete incorporation of social welfare principles”, ... cit.. Afirma o autor que se o debate, no século XIX e XX, gravitou em torno da culpa, no século XXI, a controvérsia situar-se-á no tópico da causalidade. Note-se, porém, o diferente enfoque com que o estudioso norte-americano lida com a problemática. Na verdade, longe de preocupações de tipo normativo, são sobretudo os fundamentos modelares do sistema que ali são questionados, sendo o dualismo em torno da exigência ou não de culpa que predicou os séculos

A perspectiva apresentada, embora espelhe o panorama nacional e internacional acerca do tema, padece de falhas que obscurecem o sentido mais fundo do problema. Na verdade, capta sob denominadores comuns realidades muito diversas, alicerçadas em racionalidades também elas díspares, ao que acresce o imediato enfoque sincrónico que, deixando na sombra a desejável complementaridade diacrónica, pode tolher o entendimento mais denso, e como tal viabilizador de uma legitimidade discursiva de grau mais elevado, quer do papel que à causalidade se reserva, quer do modo como ele deve ser cumprido.

Eis, pois, a nossa missão subsequente, na clara admissão de que, como em todos os domínios culturais, a margem de progressão no futuro é condicionada pelo conhecimento do passado, porquanto seja este, de facto, o único capaz de nos comunicar a *ratio* de soluções cristalizadas no tempo, obviando a repetição, desnudada de sentido, de arrimos criteriológicos que deixam de ser operativos face à intencionalidade jurídica que no nosso tempo histórico se desvela ou se mostram insuficientes diante da complexidade do fluir dos acontecimentos no todo real e social.

Ora, considerando o instituto da responsabilidade civil através da lupa da historicidade, dir-se-á que ressoa, desde tempos imemoráveis, a preocupação de conter a sanção dentro de certos parâmetros. Erra, contudo, quem pense que o desiderato se manteve inalterado de então para cá. A modernidade, de que a pós-modernidade não é mais do que exasperação, trouxe a lume a necessidade de salvaguardar, pela restrição das indemnizações, quer a actuação do dia-a-dia de assomos paralisadores, quer uma liberdade incompreendida pelos termos ficcionistas em que a mesma é pensada. *In illo tempore*, a preocupação com os excessos de responsabilidade correspondia mais puramente a um ideário de justiça que se começava a traçar, com o paulatino afastamento da *vindicta privata*.

Em bom rigor, porém, há que salientar que o que hoje vem conhecido por *causalidade ou nexa de causalidade* começou por não existir na sua autonomia dogmática. Sem que aqui nos deixemos embrenhar por considerações de índole filosófica, que nos levariam a dialogar com compreensões que oscilam entre um apontamento material e metafísico, determinístico e probabilístico, empirista ou

precedentes suplantado, hodiernamente, pela querela que opõe os defensores de uma visão ortodoxa da responsabilidade civil àqueles outros que, ancorados em racionalidades de índole diversa, sustentam o enfraquecimento do requisito, ou mesmo a sua eliminação. Sobre a passagem de uma causalidade individual a uma causalidade de tipo colectivo, cf., *infra*, as notas explicitadoras da abordagem que os arautos da análise económica do direito fazem do tema.

idealista, uma vez que, e não desconhecendo que o discurso jurídico se deixa contaminar pela impositação jus-filosófica, o que nos ocupa agora é tentar perceber qual o papel que àquela foi dispensado na economia responsabilizadora.

E se assim é, então, não será difícil compreender que, longe do sistematismo jusracionalista, nos ordenamentos jurídicos clássicos não houvesse lugar à conceptualização que ulteriormente se conheceu. Toda a estrutura do discurso do jurisprudente – e com isto mergulhamos já no quadro do direito romano – parecia contrapor-se a isso, pela mobilização de uma racionalidade de índole analógica e pela estrutura casuística do direito.

Com o diagnóstico queremos, no entanto, significar mais. Aquele mais que, indo para além da aparência comunicada pelo perfunctoriamente percebido, consegue discernir que a diferença a que se alude resulta sobretudo do diverso modo como os problemas são encarados na sua materialidade.

Recuando a montante do direito romano em que, por breves momentos nos centrámos, podemos dizer que a responsabilidade começou por não ser polarizada no indivíduo, mas no grupo ou comunidade, não estando, na retaliação que se seguia a uma qualquer lesão perpetrada, evitado o excesso, nem se almejando o equilíbrio sancionatório. A responsabilidade civil, tal como ela vai hoje pensada, na distância que a separa da sua congénere penal, era incompreendida²⁸⁹. Na génese aglutinadora das duas realidades, era o próprio monopólio do poder público na aplicação das sanções que devem acompanhar a reacção a um comportamento desvalioso que se desconhecia, só através de um lento trajecto se transferindo para as mãos do monarca a função, que era, nesses primórdios, sobretudo punitiva, embora já orientada pela ideia de equilíbrio a partir do momento em que se assume a Lei de Talião como critério e limite da retribuição, a fazer equivaler a proporção à identidade²⁹⁰.

O olho por olho e dente por dente Bíblicos surgiriam, no mundo romanístico, consagrados na Lei das XII Tábuas, onde se limitava a sua relevância à ausência de acordo entre ofensor e ofendido, abrindo-se as portas a um percurso gradativo de patrimonialização da reacção delitual, lentamente a cindir-se em penal e civil, para o

²⁸⁹ Cf., a este propósito, FRANCESCA LAMBERTI, « Principio responsabilità a Roma ? », *Labeo Rassegna di Diritto Romano*, Jovene, 45, Napoli, 1999, 1, p. 128 a 131.

²⁹⁰ Cf. SANTOS JUSTO, *Direito Privado Romano II, Direito das Obrigações*, Coimbra Editora, Coimbra, 2ª edição, 2006, p. 120: “inicialmente, os *delicta* teriam sido actos lesivos dos interesses de um grupo gentilicial ou de indivíduos que suscitavam a vingança privada do grupo ou de pessoas individuais contra os seus autores. Depois o Estado regulou a *vindicta* impondo sucessivamente que a reacção do ofendido ou do grupo não superasse materialmente as consequências do acto ilícito; e que a vingança fosse substituída pelo direito de a vítima exigir, do autor do acto, uma soma em dinheiro a título de pena”.

que muito terá contribuído a *lex Poetelia Papiria de nexis*, sem que nos esqueçamos do âmbito de relevância com que ela vem informada.

Note-se, porém, e sem preocupações de maior na descoberta da gênese do modelo ressarcitório, que esta ideia não é, à época, mais do que embrionária. Como salienta ANTONIO LA TORRE, a plenitude da ideia de ressarcimento ainda estava para vir. E é num contexto socio-económico menos primitivo que se começa a desenhar “timidamente no direito romano” a noção: “a exigência de relacionar o delito (causa) à valoração económica do dano por ele produzido (efeito) faz emergir o fundamento do *il quod interest* (interesse do equivalente pecuniário da coisa)”^{291 292}.

Com isso, aventamos nós, estava lançado o primeiro pilar de problematização da causalidade. Sem que, contudo, ela se transmutasse no centro nevrálgico do debate dos juriconsultos romanos. Duas notas parecem justificar a a-problematicidade com que a categoria era tratada. A apontar, aliás, para os dois segmentos funcionais por nós *supra* identificados logo que mergulhámos no estudo dela.

Se com ela se pretende ligar o comportamento de um sujeito aos danos subsequentes, a partir dos quais se há-de determinar o montante indemnizatório, para o que também concorrem, hodiernamente, outros nódulos problemáticos atinentes já não ao nexa que se pretende erigir, mas outrossim e especificamente à questão da determinação daquele *quantum*, então falece *a priori* a razão da sua construção doutrinal em Roma, pois que o sucedâneo patrimonial seria fixado *a forfait* pela norma²⁹³.

²⁹¹ Cf. ANTONIO LA TORRE, “Genesi e metamorfosi della responsabilità civile”, *Roma e America. Diritto romano comune. Rivista di diritto dell’integrazione e unificazione del diritto in Europa e in america latina*, 8/1999, p. 71. Vide, ainda, FRANCESCO GALGANO, *Trattato di diritto civile*, vol. 3... cit., p. 105 e ss.

Sobre a gênese histórica do *quod il interest*, veja-se também, com amplo desenvolvimento que suplanta o nosso horizonte discursivo, PAULO MOTA PINTO, *Interesse contratual negativo...* cit., p. 89 e ss.

²⁹² Para uma explicação heterodoxa da ascensão e queda da ideia de retaliação no quadro responsabilizatório, cf. FRANCESCO PARISI, “The genesis of liability in ancient law”, *American Law and Economics Review*, vol. 3, nº1, 2001, p. 33 (http://www.law.gmu.edu/assets/files/publications/working_papers/00-27.pdf). A heterodoxia a que se alude prende-se com o recurso à lógica coasiana para explicar a transição de um sistema punitivo para um sistema compensatório e inviabiliza, pelo cunho economicista com que a matéria vem tratada, a nossa adesão ao pensamento do autor. *Infra* teremos, aliás, oportunidade de denunciar os deméritos de uma perspectiva funcionalizada de abordagem do fenómeno jurídico que, transmutando a justiça em eficácia, não é outra senão a que o autor chama à colação ainda que com o pano de fundo histórico.

²⁹³ Veja-se, porém, D. 9.2.21 ULPIANUS: *Ait lex: " quanti is homo in eo anno plurimi fuisset". quae clausula aestimamur habet damni, quod datum est. § Annus autem retrorsus computatur, ex quo quis occisus est: quod si mortifere fuerit vulneratus et postea post longum intervallum mortuus sit, inde annum numerabimus secundum iulianum, ex quo vulneratus est, licet celsus contra scribit. § Sed utrum corpus eius solum aestimamus, quanti fuerit cum occideretur, an potius quanti interfuit nostra non esse occisum? et hoc iure utimur, ut eius quod interest fiat aestimatio.* E concentremo-nos no último dos parágrafos

citados, onde ULPIANUS questiona se apenas devemos ter em conta o valor do corpo do escravo quando ele é morto ou se devemos estimar também os outros interesses do proprietário em que não perdesse a vida. Para concluir que a regra aponta que também estes devam ser tidos em conta.

Continua, porém, a perspectivar-se a questão sob a óptica do cálculo do dano e não propriamente da causalidade.

No mesmo sentido, cf. D. 9.2.22 PAULUS: *Proinde si servum occidisti, quem sub poena tradendum promisi, utilitas venit in hoc iudicium*, evidenciando-se que os benefícios que se obteriam com o escravo devem ser tidos em conta e bem assim as qualidades específicas do escravo, tal como a depreciação dos bens que remanescem, como no caso de morrer um cavalo de uma quadra que operava conjuntamente (§ *Item causae corpori cohaerentes aestimantur, si quis ex comoedis aut symphoniacis aut gemellis aut quadriga aut ex pari mularum unum vel unam occiderit: non solum enim perempti corporis aestimatio facienda est, sed et eius ratio haberi debet, quo cetera corpora depretiata sunt*).

Veja-se, também, uma importante referência ao que hodiernamente poderia ser visto na perspectiva da problematização dos danos morais ou mais amplamente extrapatrimoniais: D. 9.2.23 PAULUS: *Si servum meum occidisti, non affectiones aestimandas esse puto, veluti si filium tuum naturalem quis occiderit quem tu magno emptum velles, sed quanti omnibus valeret. sextus quoque pedius ait pretia rerum non ex affectione nec utilitate singulorum, sed communiter fungi: itaque eum, qui filium naturalem possidet, non eo locupletiore esse, quod eum plurimo, si alius possideret, redempturus fuit, nec illum, qui filium alienum possideat, tantum habere, quanti eum patri vendere posset. in lege enim Aquilia damnum consequimur: et amisisse dicemur, quod aut consequi potuimus aut erogare cogimur* (O valor afectivo de um escravo não deve ser tido em conta. Do mesmo modo que, quando morre um filho sobre o qual se exerça a *pater potestas*, não deve ser tido em conta. Mas o problema é saber qual o seu valor. SEXTUS PEDIUS afirma que essa avaliação não deve ser levada a cabo com base em afectos e benefícios, mas sim de acordo com princípios gerais. A sublinhar a introdução no debate da possibilidade extensão da indemnização quer ao dano emergente, quer ao lucro cessante.)

Dando conta do problema, cf. SANTOS JUSTO, *Direito Privado Romano II*, ... cit., p. 133, nota 11. Afirma aí o romanista que “o maior valor que a *res* teve no último ano podia conduzir a uma condenação elevada: v.g., se o *servus* morto tivesse sido nomeado herdeiro naquele tempo, o autor do dano seria condenado pelo valor do *servus* e da herança. Também o *servus* que integrasse uma companhia de músicos tinha um valor superior, atendendo à depreciação do grupo formado pelos seres vivos. GAUS 3,212”

Sobre a questão, e para maiores desenvolvimentos, veja-se o que *infra*, no ponto expositivo subsequente, teremos oportunidade de afirmar.

Adiante-se, contudo, que o problema passa pelo correcto entendimento do que é o *damnum* ao nível da *Lex Aquilia*. Saber se ele corresponde ao depauperamento ou ao dano material de um objecto é algo que tem dividido os romanistas, sem que, contudo, isso desmereça o segundo vector alternativamente por nós considerado. Nesse sentido, cf. SANTOS JUSTO, “*Lex Aquilia*”, *Estudos em honra de Ruy de Albuquerque* (coord. JORGE MIRANDA), vol. I, Coimbra Editora, Coimbra, 2006, p. 13-52 (aqui p. 17, 18 e nota 20). Na verdade, considera o autor que o dano corresponde a “uma perda patrimonial sofrida pelo proprietário”, invocando para a dicotomia relativamente à lesão material da coisa o facto de se empregar a expressão *damnum* e não *nocere* ou *noxa* que, na época clássica, corresponderia à segunda, mas compatibiliza o entendimento com a noção de *causalidade* explicada pela necessidade de “a actividade danosa (*occidere, urere, frangere, rumpere*) [pressupor] um contacto material entre a *res* e o agente, que a *iurisprudencia* traduziu na expressão *corpore et corpori*” (cf. p. 18).

Sublinhe-se, ainda, a autonomização de um outro elemento no âmbito da *lex Aquilia*: a *aestimatio*, ou seja do “*pretium corporis* através do qual se protegia a propriedade”. (cf. *op. cit. loc cit.*). Note-se que será na ligação entre esta e o dano que se situará o *busilis* da questão no tocante à quantificação daquele para efeitos ressarcitórios. Jogando-se aqui a própria finalidade da lei, é neste ponto que se mostrará, a um tempo, quer o carácter inovador da jurisprudência romanista, quer a cisão entre o cálculo do *quantum indemnizatório* e o problema da causalidade propriamente dito.

Do autor, cf., ainda, *As acciones do dano aquiliano*, Edisofer, Libros Jurídicos, Madrid, 2005, p. 573-575. Refira-se, a título de anúncio, que os exemplos avançados e a controvérsia assinalada apontam para uma evolução no seio do próprio direito romano que, a seu tempo tomada em devida conta, permitirá equacionar outros arrimos problemáticos atinentes à causalidade.

Para uma diferença entre o *damnum dare* e o *damnum facere*, cf. CARLOS CANNATA, “Il terzo capo della Lex Aquilia”, *Bulletino dell’Istituto di Diritto Romano Vittorio Scialoja*, vol. 37-38, 1996, p. 114-115. O binómio parece apontar para a dicotomia anteriormente referida entre o dano como lesão material da *res* e o dano como perda patrimonial. A apontar, também, para diferentes consequências em sede de causalidade.

Se com ela se interroga pela ligação entre a acção do agente sobre a coisa e a destruição ou deterioração que resulta²⁹⁴, será a simplicidade da tecitura social a determinar uma menor complexidade no tratamento da autoria da lesão e bem assim a restrição do âmbito de relevância da previsão legislativa às situações de contacto corporal a concorrer sinergicamente para o estado da questão que se observa²⁹⁵.

Note-se, num assomo esclarecedor das conclusões que expendemos antecipadamente, que não estamos – porque longe da exclusividade da investigação histórica – a referir-nos senão àquela que representaria, precocemente, um modelo do que actualmente é conhecido pela responsabilidade extracontratual, da qual recebe, aliás, o nome – a *Lex Aquilia de Damno*, plebiscito rogado em 287 ou 286 a. C²⁹⁶ – e que resulta já de um longo processo evolutivo^{297 298 299}.

²⁹⁴ Cf. ANTONIO LA TORRE, “Genesi e metamorfosi...”, ... cit., p. 75. Note-se, porém, que a formulação do autor parece apontar claramente no primeiro sentido, deixando antever alguns dos problemas com que os jurisconsultos romanos tiveram de lidar e que hoje podem ser ancorados, não *in totu*, mas em parte, no problema do cálculo do dano.

²⁹⁵ Cf. NILS JANSEN, “Conditio sine qua non in general: historical report”, *Digest...* cit., p. 10 e ss. Adianta o autor que os juristas romanos não garantiam uma pretensão indemnizatória sem descobrir uma relação causal entre o comportamento do lesante e os danos resultantes. No entanto, nem eles, nem os juristas do direito comum identificaram esse requisito como um elemento independente da responsabilidade. Em vez de uma discussão abstracta, trataram os problemas da causalidade em termos de senso comum e discutiram a questão segundo uma lógica de atribuição ou sob o signo da culpa. Mais adianta que assistimos ou a uma discussão acerca da culpa ou a uma interpretação dos verbos contidos na *Lex Aquilia*. Veja-se, também, p. 12: rememorando ULPIANUS, D.9,2,7,5 (A forçou demasiado o escravo que não estava nas melhores condições físicas e morreu, tendo sido considerado responsável), JANSEN aduz que os jurisprudentes romanos anteciparam a regra do *eggshell-skull-rule* ao mesmo tempo que mostra que a *Lex Aquilia* não pressupõe mais requisitos para além do *occidere*. Nesse sentido, adianta que a mera *conditio sine qua non* poderia ser suficiente para estabelecer a responsabilidade, embora advirta que os romanos jamais teriam concebido o problema nesses termos.

Veja-se, ainda, com amplo desenvolvimento sobre o tema, CONSTANTIN KRUSE, *Alternative Kausalität im Deliktsrecht: eine historische und vergleichende Untersuchung*, Verlag, Berlin, 2006, p. 6 e ss. (mostra o autor que, no direito romano, o lesante tem de ter causado o dano, de tal modo que, sem o seu comportamento, ele não teria surgido. Adverte, contudo, que o entendimento não foi explicitado pelos jurisprudentes e que a *conditio sine qua non* era aplicada sem consciência disso); D. NÖRR, “Kausalitätsprobleme im klassischen römischen Recht: ein theoretischer Versuch Labeos”, *Festschrift für F. Wieacker zum 70. Geburtstag*, Göttingen, 1978, p. 115

²⁹⁶ Sobre a datação da *Lex Aquilia* e as dúvidas que a mesma comporta, não se gerando a esse propósito consenso na doutrina, cf. SANTOS JUSTO, “Lex Aquilia”, cit., p. 16; ID., *As acciones do dano aquiliano*, Edisofer, Libros Juridicos, Madrid, 2005., 573; REINHARD ZIMMERMANN, *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Juta & Co. Ltd., Joanesburgo, 1992, p. 955-957 (apresentando-se inúmeros argumentos que, lidando com o uso terminológico do legislador e as mutações do contexto histórico na antiga Roma, permitem apontar ora no sentido de uma data, ora no sentido de outra); CARLOS AUGUSTO CANNATA, “Sul testo originale della lex Aquilia: premese e ricostruzione del primo capo”, *Studia et Documenta Historiae et Iuris*, LVIII, 1992, p. 195-201; HONORÉ, “Linguistic and social context of the lex Aquilia”, *The Irish Jurist*, 7, 1972, p. 145 e ss.; FRANCA LA ROSA, “Il valore originario di iniuria nella lex aquilia”, *Labeo, Rassegna di Diritto Romano*, ano 44, n°3, 1998, p. 370 e ss.; GUARINO, “La data della lex aquilia”, *Labeo, Rassegna di Diritto Romano*, ano 14, 1968, p. 120 e ss.; NÖRR, *Causa mortis. Auf den Spuren einer Redewendung*, München, 1986, p. 124 e ss.

²⁹⁷ Depondo no sentido com que anunciamos a *Lex Aquilia* em texto, cf. ANTONIO LA TORRE, “Genesi e metamorfosi...”, ... cit., p. 74.

Sobre ela, cf., igualmente, ANTÓNIO SANTOS JUSTO, *Direito Privado Romano* ...cit., p. 126 e ss.; ANTÓNIO SANTOS JUSTO, “Lex Aquilia”, ... cit., p. 13-51; ID., *As actiones* ... cit.; RENÉ ROBAYE, “Remarques sur le concept de faut dans l’interprétation classique de la lex Aquilia”, *Revue Internationale des Droits de l’Antiquité*, tome 38, 1991, p. 333-384; CARLO AUGUSTO CANNATA, “Sul testo originario della lex aquilia: premesse e ricostruzione del primo capo”, cit., p. 194-214; ID., “Il terzo capo della lex Aquilia”, *Bulletino* ... cit., p. 111-146; O. E. TELLEGEN-COUPERUS, “The tenant, the borrower and the lex Aquilia”, *Revue Internationale des Droits de l’Antiquité*, tome 42, 1995, p. 415-426; FRANCA LA ROSA, “Il valore originario di iniuria nella lex Aquilia”, ... cit., p. 366-376; ALESSANDRA BIGNARDI, “Gai 3.219 e il principio del *damnum corpore datum*”, *Archivio Giuridico Filippo Serafini*, vol. 220, fasc. 4, 2000, p. 487-540; GIUSEPPE VALDITARA, “Dalla lex Aquilia all’art. 2043 del Codice Civile”, *Seminários Complutenses de Derecho Romano*, nº15, 2003, p. 247 e ss.; CRIFÒ, “Danno”, *Enciclopedia del Diritto*, XI, Milano, 1962, p. 615 e ss.

²⁹⁸ Para outras considerações acerca da *Lex Aquilia*, cf. NILS JANSEN, *Die Struktur des Haftungsrechts*, Mohr Siebeck, 2003, p. 202 a 266, dando conta da lenta evolução que a mesma sofreu ao longo dos tempos, permitindo a construção de um modelo delitual com determinados contornos de que ainda hoje somos herdeiros e procurando, numa perspectiva estrutural e conjuntural, justificar a patrimonialidade que haveria de predicar a mesma. Veja-se, também, p. 222 e 266, onde nos confrontamos com a ideia de que lentamente o âmbito de aplicação do plebiscito se alargou, transformando-se numa lei para compensar todos os prejuízos resultantes de danos físicos e lesões pessoais.

Do autor, veja-se, igualmente, “*Conditio sine qua non in general: historical report*”, *Digest...* cit., p. 9 e ss.

²⁹⁹ Outras poderiam ser as nossas considerações se não nos restringíssemos ao domínio delitual. Na verdade, há que ponderar, no seio da violação contratual, algumas especificidades atinentes ao cálculo da indemnização. Refira-se que tal problema mantém a sua autonomia em face da conformação do tópico da causalidade, mas não deixa de ser importante, a este ensejo, pela influência recíproca que as questões apresentam, darmos conta de alguns pontos. Para tanto, vejamos, uma vez mais, o que nos diz ZIMMERMANN, *The Law of Obligations...* cit., p. 825 e ss., que aqui acompanharemos de muito perto. Analisando as consequências da violação de um contrato no período do direito romano, o autor mostra como, ao contrário do que sucede na vigência do BGB – e, acrescentamos nós, no ordenamento jurídico português –, a reconstituição natural não era tida como o remédio preferencial ou sequer como uma via de demanda ao dispor do credor lesado, sendo a condenação no pagamento de uma quantia pecuniária a única forma de obter a reintegração do interesse violado. Haveria, pois, que determinar o *quantum* da soma pecuniária, dependendo a sua fixação do tipo de acção que fosse mobilizada. Continuando a acompanhar os ensinamentos do autor, constatamos que uma primeira solução passaria por arbitrar a indemnização objectivamente, atribuindo ao lesado o valor da coisa (*quod in veritate est*) – cf. Ulp. D. 2,7,5,1. Solução diversa impunha-se no caso das obrigações incertas, onde o juiz tinha de calcular, atendendo às circunstâncias do caso, o que seria equitativo entregar ao lesado (*quidquid ob eam N^m N^mA^oA^o dare facere oportet ex fide bona*).

Acrescenta, ainda, o autor, nas páginas seguintes (cf. p. 826) que o *il quod interest* não era uma forma encaputada da teoria da diferença. Tomava-se, para o cálculo da indemnização, como ponto de partida o valor do objecto, podendo incluir-se nela, também, os lucros cessantes e os danos consequenciais.

Uma importante limitação foi introduzida pela *Lex Sancimus* (C.7,47,1), a qual, sendo objecto de profunda discussão doutrinal posterior, viria a ser interpretada no sentido da previsibilidade: o devedor só seria obrigado na medida do risco a que se submeteu, tendo em conta o que podia prever. Outra limitação da indemnização foi consagrada em Paulus D. 19.1.21.3, que permite estabelecer a cisão entre interesses *circa rem* e *extra rem*. Aprofundada pelos glosadores, chega-se à conclusão que só o dano directo (interesse *circa rem*) pode ser indemnizado no caso de um *non factum*, estendendo-se aos interesses *extra rem* (danos consequenciais) sempre que estejamos na presença de um cumprimento defeituoso. Assim, seria responsável pela morte de todo o gado o vendedor de um animal infectado com uma doença contagiosa que contaminou todo o rebanho.

Veja-se, ainda, p. 196 e ss., onde a propósito do comodato, depósito e penhor, ZIMMERMANN adverte que é relevante saber em que medida a coisa foi usada para um fim diferente do acordado contratualmente, uma vez que nessa hipótese o devedor seria responsável por todas as consequências subsequentes (*versanti in re illicita, omnia imputantur quae ex delicto sequuntur*).

Como se pode constatar, os problemas, sendo conexos, não se confundem na sua pureza. Em primeiro lugar, estamos aqui no estrito domínio negocial, ultrapassando o nosso âmbito de análise. Em segundo lugar, o que se questiona são os limites da indemnização que, sendo conformada no quadro da economia contratual, obedece a uma teleologia diversa. Mas não podemos deixar de sublinhar duas notas prestimosas a este ensejo. Assim, não é só a génese da ideia de previsibilidade que é posta a nú, como

Prevê a mesma três capítulos. A saber:

I – *Quando alguém, com injúria, matar um escravo ou animal doméstico quadrúpede, deve pagar ao dono o valor máximo que eles atingiram, esse ano, no mercado;*

II – *O adstipular que, enganando o stipulador, aceitasse o dinheiro deste deveria pagar-lhe outro tanto*³⁰⁰;

III – *Se alguém, com injúria, provocar a um escravo, a uma escrava ou a um quadrúpede alheios outro dano, que não o da morte, deve pagar, ao dono, o preço que a coisa em questão atingiria, nos trinta dias subsequentes*³⁰¹.

Trata-se, e voltando-nos uma vez mais para as palavras de LA TORRE, de uma concepção rigidamente materialista do ilícito³⁰², já que a conduta surge descrita de uma forma vinculada e o nexos de causalidade limitado à ligação material corpo-corpo,

aparece o gérmen de uma ideia de risco, ainda que confinada a um estrito domínio dogmático com uma intencionalidade problemática própria.

³⁰⁰ Sobre o cap. II da *Lex Aquilia*, cf. ZIMMERMANN, *The Law of Obligations...* cit., p. 954.

Veja-se, ainda, CARLO CANNATA, “Il terzo capo...”, ... cit., p. 128, considerando que ele caiu em desuso, e p. 129.

³⁰¹ A própria literalidade do preceito não gera unanimidade. Assim, embora pareça que na versão originária a expressão latina correspondesse aos “trinta dias subsequentes”, interpretações posteriores vieram alterá-la no sentido de se substituir *erit* ou *fuerit* por *fuit*. Em causa estaria a coerência sistemática entre o primeiro e o terceiro capítulo da *lex*. Nesse sentido, cf. ZIMMERMANN, *The Law of Obligations...* cit., p. 963; GEOFFREY MACCORMACK, “On the third chapter of the *lex aquilia*”, *The Irish Jurist*, 5, 1970, p. 169 e ss.; SANTOS JUSTO, “*Lex aquilia*”, cit., p. 16, nota 15 (que, embora não se referindo à problemática, traduz a expressão latina para “... seja condenado a pagar ao dono o valor dessa coisa nos últimos trinta dias”).

Saliente-se que o problema ganha particular importância prática. De um lado, é o valor da coisa que pode não ser o mesmo retrospectiva e prospectivamente. De outro, ela colima-se com a própria aferição do valor da *res*. Na verdade, também não é indiferente saber se apenas temos em conta o valor venal ou se há-de ser mensurado o interesse do proprietário na coisa lesada. Para quem encontre, nas subtis diferenças entre o primeiro e o terceiro capítulo, a consagração de uma fórmula da diferença, a apontar para a relevância, em matéria de dano, não do objecto lesado ou da globalidade do valor dele, mas da diferença entre o valor da coisa e a redução que ela sofreu depois da interferência lesiva, então justificar-se-ia o hiato temporal de 30 dias para que, durante esse período, se pudesse averiguar do desenvolvimento da lesão. Dando conta da interpretação, mas apontando as suas fragilidades, cf. ZIMMERMANN, *The Law of Obligations...* cit., p. 964.

Referindo-se ao problema, mas considerando que o emprego de *fuit* exclui qualquer consideração do significado que o bem tenha no património do seu proprietário e da utilidade que eventualmente possa vir a ter no futuro, cf. GIUSEPPE VALDITARA, “Dalla *lex aquilia*...”, ... cit., p. 249. Veja-se, porém, o desenvolvimento do pensamento do autor a p. 268 e ss., explicitando a passagem da finalidade penal e reipersecutória para uma finalidade reintegrativa da *lex aquilia*.

Sobre o problema da reconstrução do texto da *lex aquilia*, veja-se, ainda, CARLOS CANNATA, “Sul testo originale della *lex aquilia*...”, ... cit., em especial, no que ao terceiro capítulo diz respeito, p. 211. Para maiores desenvolvimentos, do autor, cf., também, “Il terzo capo della *lex aquilia*”, ... cit., p. 111-146. Como fontes para a reconstrução do terceiro capítulo, aquele que considera levantar maiores dificuldades, o autor convoca Gai 3,217; I. 4,3,13; D. 9,2,27,5; D. 9.2.29.8.

Veja-se, ainda, DAUBE, “On the use of the term *damnum*”, *Collected Studies in Roman Law*, I, Frankfurt, 1991, p. 330.

³⁰² Cf. ANTONIO LA TORRE, “Genesi e metamorfosi...”, ... cit., p. 77.

ficando ainda fora da sua alçada quer o dano provocado sem um contacto físico directo³⁰³, quer as condutas omissivas³⁰⁴.

A limitação do dano ressarcível ao *corpore-corpori* justificava a pequena importância dada à causalidade^{305 306}.

Contudo, a nossa análise não se pode circunscrever a estes dados. Fazê-lo era negar, afinal, a estrutura do *ius romano* e o labor pretoriano no alargamento do âmbito da responsabilidade por danos, pela concessão de acções, que estenderam a relevância daquela aos danos não causados por acções corpóreas, aos danos sofridos por quem não fosse proprietário³⁰⁷ e aos danos físicos perpetrados por pessoas livres^{308 309}. Ao mesmo

³⁰³ Determinante seria, portanto, a diferença entre matar e dar a morte. Cf. HONORÉ, “Causation and remoteness of damage”, *International Encyclopedia...* cit., p. 30 e ss.

Sobre a mobilização do conceito *matar* no direito romano aquiliano, veja-se a explicitação de ULPIANUS: D. 9.2.7: § “*Occisum*” *autem accipere debemus, sive gladio sive etiam fuste vel alio telo vel manibus (si forte strangulavit eum) vel calce petiit vel capite vel qualiter qualiter.*

O alargamento posterior seria já obra do labor jurisprudencial e da atribuição de uma *actio in factum* – § *Celsus autem multum interesse dicit, occiderit an mortis causam praestiterit, ut qui mortis causam praestitit, non Aquilia, sed in factum actione teneatur. unde adfert eum qui venenum pro medicamento dedit et ait causam mortis praestitisse, quemadmodum eum qui furenti gladium porrexit: nam nec hunc lege Aquilia teneri, sed in factum.*

Note-se, porém, o preciosismo que se segue: § *Sed si quis de ponte aliquem praecipitavit, celsus ait, sive ipso ictu perierit aut continuo submersus est aut lassatus vi fluminis victus perierit, lege Aquilia teneri, quemadmodum si quis puerum saxo inlisset.*

Veja-se, ainda, a distinção entre ministrar veneno a uma mulher ou fornecer-lho para que o faça: D. 9.2.9 ULPIANUS: *Item si obstetrix medicamentum dederit et inde mulier perierit, labeo distinguit, ut, si quidem suis manibus supposuit, videatur occidisse: sin vero dedit, ut sibi mulier offerret, in factum actionem dandam, quae sententia vera est: magis enim causam mortis praestitit quam occidit.*

Sobre o ponto veja-se a posição de NILS JANSEN, “Conditio sine qua non in general: historical report”, *Digest...* cit., p. 11, considerando que a diferença entre matar e dar a morte era importante apenas por razões processuais e que uma pessoa podia também ser responsabilizada pelas consequências indirectas das suas acções.

Acerca do caso em que o senhor deixa morrer o escravo, cf. CONSTANTIN KRUSE, *Alternative Alternative Kausalität im Deliktsrecht ...* cit., p. 6, citando o fragmento do Digesto D. 9,2,9,2.

³⁰⁴ Cf. ANTONIO LA TORRE, “Genesi e metamorfosi...”, ... cit., p. 77. Acresce que, como o autor sublinha, a legitimidade para a *actio legis Aquiliae* confinava-se ao proprietário da coisa destruída ou deteriorada, negando-se a qualquer lesado diferente do *dominus*.

Donde assertivamente depõe no sentido da sua insuficiência, por excesso, no que respeita ao critério de imputação do dano, e por defeito, no que concerne à noção puramente material de ilícito, no facto e no nexa causal.

Será este, também, um dos pontos a desenvolver, ainda que não exaustivamente, subseqüentemente.

³⁰⁵ Testemunhando no mesmo sentido, ao afirmar que os problemas relativos à causalidade não eram sistematicamente discutidos, embora alguns emergissem em conexão com a *Lex Aquilia*, cf. HONORÉ, “Causation and remoteness of damage”, *International Encyclopedia...* cit., p. 30 e ss.

³⁰⁶ Cf. CONSTANTIN KRUSE, *Alternative Kausalität...* cit., p. 6, considerando que a exigência da causalidade estava já definida pelo elemento do *Tatbestand* delitual *occidere*, tendo de se verificar uma lesão directa do corpo.

³⁰⁷ Cf. D. 9.2.11 ULPIANUS: § *An fructuarius vel usuarius legis Aquiliae actionem haberet, Iulianus tractat: et ego puto melius utile iudicium ex hac causa dandum.* Veja-se, igualmente, D. 9.2.12 PAULUS: *Sed et si proprietatis dominus vulneraverit servum vel occiderit, in quo usus fructus meus est, danda est mihi ad exemplum legis Aquiliae actio in eum pro portione usus fructus, ut etiam ea pars anni in aestimationem veniat, qua nondum usus fructus meus fuit* e D. 9.2.17 ULPIANUS: *Si dominus servum suum occiderit, bonae fidei possessori vel ei qui pignori accepit in factum actione tenebitur* (o proprietário

tempo que era, contrariando o que sustentámos anteriormente, pôr em causa a importância do estabelecimento da ligação entre a lesão material do bem jurídico protegido e o comportamento do lesante. Ora, não só depusemos no sentido da imperiosa presença desse primeiro segmento causal no tempo histórico que é o nosso, como a emergência, ainda que embrionária, de uma nota de desvalor associada à *iniuria*, orientando-se “o conceito de dano injusto (...) na direcção do sujeito activo”³¹⁰, não obstante o carácter objectivo com que aquela surge edificada, tornaria imprescindível a sua consideração³¹¹. O que curiosamente nos permite retirar, da análise histórica de qual se extirpa um pendor enciclopédico, uma conclusão de não pequena monta. Pois que, a despeito do que se generalizou entre os estudiosos da matéria, é este e não a ligação ao dano subsequente o pólo que predica a causalidade delitual *ab initio*.

passa a poder ser demandado se matar um escravo que esteja na posse de boa fé ou na detenção de um terceiro).

³⁰⁸ Cf. D. 9.2.13 ULPIANUS: *Liber homo suo nomine utilem Aquiliae habet actionem: directam enim non habet, quoniam dominus membrorum suorum nemo videtur. fugitivi autem nomine dominus habet.*

³⁰⁹ Cf. ANTÓNIO SANTOS JUSTO, *Direito Privado Romano II*, cit., p. 135 e ss.

³¹⁰ Cf. ANTONIO LA TORRE, “Genesi e metamorfosi...”, ... cit., p. 75.

Veja-se, entre outros exemplos do desvalor que anda já associado à ideia de *iniuria*, **D. 9.2.3 ULPIANUS**, *Si servus servave iniuria occisus occisave fuerit, lex Aquilia locum habet. iniuria occisum esse merito adicitur: non enim sufficit occisum, sed oportet iniuria id esse factum*; **D. 9.2.4 GAIUS** *Itaque si servum tuum latronem insidiantem mihi occidero, securus ero: nam adversus periculum naturalis ratio permittit se defendere. § Lex duodecim tabularum furem noctu deprehensum occidere permittit, ut tamen id ipsum cum clamore testificetur: interdum autem deprehensum ita permittit occidere, si is se telo defendat, ut tamen aequae cum clamore testificetur*; **D. 9.2.5 ULPIANUS**. *Sed et si quemcumque alium ferro se petentem quis occiderit, non videbitur iniuria occidisse: et si metu quis mortis furem occiderit, non dubitabitur, quin lege Aquilia non teneatur. sin autem cum posset adprehendere, maluit occidere, magis est ut iniuria fecisse videatur: ergo et Cornelia tenebitur. § Iniuriam autem hic accipere nos oportet non quemadmodum circa iniuriarum actionem contumeliam quandam, sed quod non iure factum est, hoc est contra ius, id est si culpa quis occiderit: et ideo interdum utraque actio concurrit et legis Aquiliae et iniuriarum, sed duae erunt aestimationes, alia damni, alia contumeliae. Igitur iniuriam hic damnum accipiemus culpa datum etiam ab eo, qui nocere noluit. § Et ideo quaerimus, si furiosus damnum dederit, an legis Aquiliae actio sit? et Pegasus negavit: quae enim in eo culpa sit, cum suae mentis non sit? et hoc est verissimum. Cessabit igitur Aquiliae actio, quemadmodum, si quadrupes damnum dederit, Aquilia cessat, aut si tegula ceciderit. Sed et si infans damnum dederit, idem erit dicendum. Quodsi impubes id fecerit, Labeo ait, quia furti tenetur, teneri et Aquilia eum: et hoc puto verum, si sit iam iniuriae capax. § Si magister in disciplina vulneraverit servum vel occiderit, an Aquilia teneatur, quasi damnum iniuria dederit? et Iulianus scribit Aquilia teneri eum, qui eluscaverat discipulum in disciplina: multo magis igitur in occiso idem erit dicendum. proponitur autem apud eum species talis: sutor, inquit, puero discenti ingenuo filiofamilias, parum bene facienti quod demonstraverit, forma calcei cervicem percussit, ut oculus puero perfunderetur. Dicit igitur Iulianus iniuriarum quidem actionem non competere, quia non faciendae iniuriae causa percusserit, sed monendi et docendi causa: an ex locato, dubitat, quia levis dumtaxat castigatio concessa est docenti: sed lege Aquilia posse agi non dubito*

³¹¹ Sobre a problemática da configuração do direito romano da responsabilidade civil como um instituto de índole objectiva ou subjectiva, ou mais concretamente sobre o papel que à culpa foi ou não reservado no tratamento dos casos submetidos as *actiones aquiliae*, depõem alguns autores no sentido da prescindibilidade da culpa no seu seio. Unanimidade parece haver em torno da aferição dela segundo um padrão de normalidade. Sem que se possam, contudo, ignorar referências à culpa que vão sendo feitas. Cf. D. 9.2.44 ULPIANUS: *In lege Aquilia et levissima culpa venit. § Quotiens sciente domino servus vulnerat vel occidit, Aquilia dominum teneri dubium non est.*

Vide, infra, ulteriores considerações acerca da questão.

Tornando explícito o que porventura possa ter ficado implícito: a consideração da causalidade não visa, ao nível da *Lex Aquilia*, determinar o *quantum* indemnizatório, uma vez que ele é firmado no plano normativo, mas garantir que o ressarcimento será assegurado pelo autor do dano, o qual surge conotado negativamente pela sua ligação ao comportamento daquele que actua sem estar a coberto de um direito³¹².

Estávamos, porém, longe da abstracção conceptualizante que adiante iremos conhecer e de que somos herdeiros directos. A causalidade era tão-só material e o juízo entretecido para a descobrir situar-se-ia, segundo parecer de HONORÉ, próximo da *conditio sine qua non*^{313 314}, a indiciar a predominância de uma matriz fáctica de abordagem do problema, consonante com a corporeidade que predicava os comportamentos juridicamente relevantes.

Mas, se num primeiro momento, o previsto normativamente apenas se derramava sobre a conduta que se consubstanciava num comportamento corpóreo físico com incidência sobre a coisa³¹⁵, ainda assim a criação jurisprudencial parece apontar linhas de solução de casos problemáticos que anunciam o que modernamente viria a ser conhecido por quebra do nexo de causalidade. Quem o afirma é HONORÉ, em análise de alguns fragmentos do *Digesta*³¹⁶, sem que se desvelassem, contudo, soluções

³¹² Cf., na explicitação do conceito de *iniuria*, ANTONIO LA TORRE, “Genesi e metamorfosi...”, ... cit., p. 75.

³¹³ Cf. HONORÉ, “Causation and remoteness of damage”, *International Encyclopedia...* cit., p. 30 e ss.

³¹⁴ Depõem em sentido contrário outros estudiosos da matéria. Sobre a controvérsia, veja-se, seguidamente, a explicitação que procuraremos trazer a lume a propósito da causalidade no direito romano. Veja-se, também, o depoimento de NILS JANSEN, inscrito *supra*.

³¹⁵ Cf. ANTONIO LA TORRE, “Genesi e metamorfosi...”, ... cit., p. 75, nota 60.

³¹⁶ Cf. HONORÉ, “Causation and remoteness of damage”, *International Encyclopedia...* cit., p. 31. Cita-se aí, *inter alia*, D. 9.2.II.3, dando conta do caso do escravo que, tendo sido lesado, morre prematuramente pela queda de um edifício, excluindo-se a responsabilidade. Veja-se, contudo, também no estudo do autor, a referência a outro fragmento do *Digesta* onde se colhe, embora com reflexos penalistas, uma solução inversa: D. 9.2.51.

Na nossa pesquisa, deparámo-nos sobre o ponto com o seguinte fragmento, lidando com a mesma problemática: D. 9.2.15 ULPIANUS: § *Si servus vulneratus mortifere postea ruina vel naufragio vel alio ictu maturius perierit, de occiso agi non posse, sed quasi de vulnerato, sed si manumissus vel alienatus ex vulnere periit, quasi de occiso agi posse Iulianus ait. haec ita tam varie, quia verum est eum a te occisum tunc cum vulnerabas, quod mortuo eo demum apparuit: at in superiore non est passa ruina apparere an sit occisus. sed si vulneratum mortifere liberum et heredem esse iusseris, deinde decesserit, heredem eius agere Aquilia non posse.* (quando um escravo é ferido mortalmente e depois perde a vida através da queda de um edifício, de um naufrágio ou de um simples golpe, antecipando a morte, só pode haver responsabilidade pelo ferimento e não pela morte. Se, no entanto, ele foi ferido e depois vendido, e morreu posteriormente em virtude da ferida, JULIANUS entende que uma acção pode ser proposta com base na morte pelo primitivo proprietário. Esta diferença existe na medida em que ele foi morto no momento em que foi ferido, embora isso só se torne evidente num momento posterior, mas no caso da queda do edifício não é discernível se a morte lhe foi dada no momento do ferimento ou não).

Cf., a esse propósito, MARTIN GEBAUER, *Hypothetische Kausalität und Haftungsgrund*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2007, em análise dos fragmentos de ULPIANUS D. 9,2,11,3; D. 9,2,15,1; D. 9, 2,51 pr. e de JULIANUS 9,2,51,1, onde busca os alicerces históricos da causalidade hipotética.

conformadoras de um nível de pensamento que se apartasse da materialidade com que a causalidade ia pensada³¹⁷.

As nervuras problemáticas ganham novo fôlego com a inclusão da omissão no âmbito de relevância aquiliana³¹⁸. E se mais uma vez é ao “casuísmo jurisprudencial romano, atento à realidade prática e colimado ao *aequum et bonum*”³¹⁹, que se fica a dever o mérito, nem por isso se pode depor no sentido da tematização não fisicista da causalidade^{320 321}.

³¹⁷ Veja-se, porém, D. 9.2.11 ULPIANUS: *Item Mela scribit, si, cum pila quidam luderent, vehementius quis pila percussa in tonsoris manus eam deiecerit et sic servi, quem tonsor habebat, gula sit praecisa adiecto cultello: in quocumque eorum culpa sit, eum lege Aquilia teneri. Proculus in tonsore esse culpam: et sane si ibi tondebat, ubi ex consuetudine ludebatur vel ubi transitus frequens erat, est quod ei imputetur: quamvis nec illud male dicatur, si in loco periculoso sellam habenti tonsori se quis commiserit, ipsum de se queri debere.* (várias pessoas estão a jogar com uma bola. Esta é atirada com demasiada força, indo embater em alguém que apara a barba ao escravo. Em virtude disso, o último acaba por ser ferido. Considera-se que o barbeiro deve ser responsabilizado se aquele lugar era um lugar onde habitualmente se praticava o desporto mencionado) e mais à frente § *Item cum eo, qui canem irritaverat et effecerat, ut aliquem morderet, quamvis eum non tenuit, Proculus respondit Aquiliae actionem esse: sed Iulianus eum demum Aquilia teneri ait, qui tenuit et effecit ut aliquem morderet: ceterum si non tenuit, in factum agendum.* (A provoca um cão, levando-o a atacar B. Segundo PROCULUS, ele deve ser responsabilizado *vis lex aquilia*; já para JULIANUS, só o será se detiver o cão. Caso contrário, ele deverá ser responsabilizado através de uma *actio in factum*.)

³¹⁸ Cf. VALCAVI, “On juridical causation in civil liability due to non-performance and unlawful conduct”, ... cit., p. 34 e ss. (versão digital do artigo), considerando que, num segundo momento, o direito romano dá relevo às omissões (*corpori ma non corpore*), através da concessão de uma *actio in factum o utilis ad exemplum legis aquiliae*.

³¹⁹ A expressão é de PINTO BRONZE, in *Lições de Introdução ao Direito*, 2ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2006, p. 760-761.

³²⁰ Extravasando um pouco o nóculo central das lucubrações expendidas neste ponto, e adiantando alguns apontamentos posteriores, importa salientar o carácter actualista do direito romano quando concretiza o conceito de *iniuria*. Na verdade, pese embora reduza o pressuposto à ausência do direito, não deixa de apontar soluções inovadoras, sobretudo em matéria de participação em actividades desportivas, convocando, para a desresponsabilização de um dos intervenientes que lesa o opositor, uma certa ideia de adequação social. Veja-se, dando conta da particularidade, ANTONIO LA TORRE, “Genesi e metamorfosi...”, ... cit., p. 79.

Saliente-se, em abono do rigor, que não se lida aí com a causalidade mas com a qualificação do acto como ilícito ou não. A inscrição desta nota justifica-se, pois, unicamente por duas vias, cuja inteligibilidade será remetida para momento posterior: 1) mobilizando a ideia de adequação social, acaba por se situar paredes-meias com a génese do que viria a ser o substrato da doutrina da causalidade adequada. Sobre o ponto, e estabelecendo a relação entre as duas visões, ulteriores esclarecimentos serão prestados; 2) não deixa de ser interessante a reproblemática do tópico se mobilizarmos, como memória pré-disponível, a posição de todos os autores que conformam o nexo de causalidade como um verdadeiro nexo de ilicitude.

³²¹ Cf., a este ensejo, ULPIANUS, D. 9,2,27, 9: um de dois escravos de um proprietário de uma quinta fez uma pequena fogueira e outro adormeceu quando devia guardar a referida fogueira. O dono da quinta demandou o dono dos escravos, porque o fogo, entretanto, alastrou a toda a quinta. Veja-se o comentário de NILS JANSEN, “Damage caused by omission. Historical report”, *Digest...* cit., p. 103: considera o autor que a *actio legis Aquiliae* só seria garantida excepcionalmente em casos de mera omissão. Estas só dariam lugar a responsabilidade em casos excepcionais, quando estivessem conexas com uma acção positiva. Ademais refere o autor que a questão da causalidade não era tratada por referência à omissão, mas no contexto da culpa.

Paradigmático disso é a diferença que se constata entre a legitimidade para a *actio* ao abrigo da *Lex Aquilia* e aquela que apenas permite a reacção através de uma *actio in factum*.

Só que se a *décalage* permite ao jurista perceber que a base da analogia que se estabelece continua a ser, na pureza do consagrado pela *legis*, a corporeidade do nexa que se almeja edificar, nem por isso nos agrilhoa, dando antes nota da não circunscrição do direito ao legislado. Em homenagem ao carácter criativo da judicatura pretoriana, crê-se não se errar se adiantarmos que o direito aquiliano era já outro no final da época justiniana, comportando novos problemas e prevendo soluções também elas inovadoras que, se não acompanhadas, desmentirão o sentido simplificado que ficou inscrito em texto. Pelo que se impõe que a atenção se dedique, a breve trecho, ao problema da causalidade no quadro do direito romano.

9.2. Os problemas resultantes da *interpretatio* e da *applicatio* da *Lex Aquilia*

SANTOS JUSTO não hesita em elencar as principais nervuras problemáticas suscitadas em torno da interpretação da *Lex Aquilia*. Diz-nos o autor que “pacífica é apenas a importância da responsabilidade aquiliana (...). Tudo o resto – e é quase tudo – é controverso: a data, a necessidade, a finalidade, o conteúdo, os elementos do dano aquiliano (...), o carácter penal e reipersecutório da *actio legis Aquiliae*, os instrumentos da sua extensão (a *interpretatio* e a integração, com especial evidência para a natureza da *actio utilis* (...)) etc”³²².

Se a muitas já nos referimos e outras deixámos transparecer da transcrição de fragmentos do *Digesta*, não deixa de ser importante a sua sistematização. Cumpre a tarefa um duplo objectivo didáctico-expositivo. De um lado, permite clarificar o discurso. Do outro, é chave para o rigor, porquanto a causalidade não possa, as mais das vezes, ser pensada no isolamento da sua radical especificidade³²³.

Bem se compreenderá que não nos dediquemos a todos com a mesma atenção. Mais do que a reconstrução histórica do papel que a *Lex Aquilia* cumpre na evolução da responsabilidade civil como um todo, interessa-nos determinar como se lidava então com o problema da causalidade. Para o que se haverá de compreender a inserção sistemática do pressuposto ressarcitório no todo de onde emerge.

³²² Cf. SANTOS JUSTO, “Lex Aquilia”, cit., p. 14 e *As actiones ...* cit., p. 571.

³²³ Nesse sentido, cf. ZIMMERMANN, *The Law of Obligations...* cit., p. 990.

Ainda que profícuo, não será, igualmente, nosso propósito analisar detalhadamente os diversos elementos da responsabilidade aquiliana *ab origine*. Rememorá-los-emos – *damnum, iniuria, causalidade*³²⁴ – tão só para deles extrair os pontos de inteligibilidade da última categoria, aquela que verdadeiramente nos importa. E mais diremos, em jeito de anúncio, que atentaremos não só ao que é firmado no texto da lei como àquilo a que a actividade pretoriana nos conduziu.

Muitos são, de facto, os pontos controversos na compreensão da responsabilidade civil no direito romano. Qual o papel reservado à culpa na sua economia? Como calcular a indemnização? Qual o critério de determinação do valor da coisa a partir do qual se desenhariam os contornos daquela? Qual o verdadeiro sentido da *iniuria*? Qual o âmbito de cada uma das *actiones* com base nas quais se poderia requerer o ressarcimento do dano sofrido?

Qualquer uma das indagações apontadas daria, se exaustivamente tratada, lugar a um desenvolvimento não consentâneo com o tema da nossa dissertação, pelo que elas aflorarão única e naturalmente como instrumentos de compreensão do que foi, nesse tempo longínquo, o nosso mote discursivo. Uma causalidade que se anuncia parca de sentido filosófico e orientada exclusivamente para a materialidade da acção, ganhando contornos mais vincadamente problematizantes a partir do momento em que se passa da acção directa à acção indirecta como fundamento aquiliano. A permitir, podemos também adiantá-lo, estabelecer uma ligação que nos será muito cara entre ela e a concepção de acção de que se cura.

9.3. Os elementos da responsabilidade aquiliana. Em especial, a causalidade.

A *Lex Aquilia* – descontada que seja a consideração do capítulo II – contemplava duas situações danosas juridicamente relevantes.

À morte de escravo, escrava ou quadrúpede doméstico juntava-se, em termos de relevância aquiliana, o dano perpetrado em escravo ou quadrúpede alheio³²⁵.

³²⁴ SANTOS JUSTO acrescenta, como também já deflui da exposição precedente, um quarto: a *aestimatio*. Cremos, contudo, que a mesma se situa a jusante da responsabilidade, focalizando-se agora o nosso olhar a montante, posto que orientados pela questão “quando é que, no quadro do direito romano, alguém tinha o dever de indemnizar outrem?”

³²⁵ Esbarramos, pois, com a primeira grande dificuldade, a bifurcar-se numa dupla. Na verdade, importa saber quais os animais quadrúpedes que podiam ser tidos em conta para os devidos efeitos. E mais amplamente, interessava saber se também as coisas inanimadas poderiam ser consideradas. Sobre o ponto, cf. ZIMMERMANN, *The Law of Obligations...* cit., p. 976. Veja-se, ainda, SANTOS JUSTO, citando D. 9,2,27,5 “em relação às restantes coisas, excepto o escravo e o animal doméstico mortos, se alguém

Descoberto que está o *damnum*, enquanto pressuposto tanto mais central quanto mais se acentue o carácter ressarcitório da *actio*³²⁶, era necessário que o mesmo fosse causado pelo demandado naquela. Mas aquilo que hoje poderia ser entendido num sentido causalista conhece em Roma um sentido interpretativo estrito. Vejamos. O que se procurava não era um critério que garantisse determinar quando é que o escravo ou o quadrúpede tinha sido morto. O busílis da questão passava por saber que comportamentos poderiam ser reconduzidos ao *occidere* ou, mais explicitamente, quando é que se poderia considerar que uma pessoa tinha morto o escravo ou animal³²⁷.

ZIMMERMANN refere-se acutilantemente a esta problemática: “a *lex aquilia* não tornava o demandado responsável por ter causado a morte do animal, antes descrevendo o comportamento antijurídico com o termo *occidere*”³²⁸. No fundo, o que o autor pretende sublinhar é que, no quadro da estreiteza inicialmente comunicada pelo direito romano, não bastava provocar a morte, sendo fulcral, portanto, a subtil diferença entre aquele vocábulo e *mortis causam praestare*³²⁹. Por outras palavras, a morte teria de ser

tiver feito dano a outro, por ter queimado, quebrado ou rompido com injúria, seja condenado a pagar ao dono o valor dessa coisa nos últimos trinta dias” – “*Lex Aquilia*”, ... cit., p. 16, nota 15. Não hesita, por isso, o autor, na página seguinte, em definir o *damnum* como “a morte de escravo, escrava ou quadrúpede dum rebanho (cap. I); ou no ferimento de escravo ou animal, na morte de quadrúpede sem rebanho ou na destruição ou deterioração de res inanimada (cap. III)”

³²⁶ Não é pacífica a finalidade e sentido da *lex aquilia*. Sobre o ponto, cf. ZIMMERMANN, *The Law of Obligations*... cit., p. 969 e ss.; GIUSEPPE VALDITARA, “*Dalla lex aquilia*...”, ... cit., p. 248 e ss. Entre as principais finalidades que podem ser descobertas encontra-se a defesa da propriedade e um sentido penal da *actio*, desvelável na noxalidade, na intransmissibilidade do lado passivo, na solidariedade cumulativa. Contudo, os desenvolvimentos jurisprudenciais na matéria acabam por acentuar o carácter ressarcitório dela, deixando-nos a braços com novos problemas no que concerne à causalidade.

³²⁷ Cf. ZIMMERMANN, *The Law of Obligations*... cit. p. 977. Note-se que, estabelecendo o cotejo com o actual § 823 I BGB, ZIMMERMANN conclui estar-se hoje nos antípodas. São suas as palavras “if a delinquent who finds himself trapped by a police squad runs away, and one of the policeman chasing him falls to his death, the delinquent is usually taken to have injured the policeman’s life, although, strictly speaking, he has merely caused his death”. Entende ainda residir aqui o foco de problematidade com que os juristas hodiernamente se digladiam, procurando critérios de limitação do dano.

³²⁸ V., também, CONSTANTIN KRUSE, *Alternative Kausalität*... cit., p. 28, tecendo considerações acerca do *occidere* como um comportamento (*Verhalten*). Fazendo apelo à posição de JULIANUS, sublinha que “matar” deve ser entendido de acordo com o potencial que a conduta encerra para a produção do resultado e não tendo em conta o resultado em si mesmo. Segundo o testemunho de KRUSE, o jurisprudente romano não se orientaria pelo resultado, isto é, negaria uma posição *erfolgsorientiert*.

³²⁹ Cf., uma vez mais, CONSTANTIN KRUSE, *Alternative Kausalität*... cit., p. 6 e ss, considerando que a responsabilidade se estenderia mais tarde aos casos de *casum mortis praestare*, para os quais foi concedida uma *actio utilis*, e mostrando que os conceitos serviriam para uma demarcação entre a causalidade directa e a causalidade indirecta.

No mesmo sentido e uma vez mais, cf. NILS JANSEN, “*Conditio sine qua non in general. Historical Report*”, *Digest of European Tort Law*... cit., p. 9 e ss., evidenciando a importância da cisão entre matar e *causam mortis praestare*, mas sublinhando que aquela relevância era sobretudo processual, atendendo ao tipo de acção que era atribuída ao lesado, e evidenciando que para juristas como CELSUS e ULPIANUS o lesante podia ser responsável pelas consequências indirectas da sua acção.

causada pela força e por meio da acção directa e corporal do lesante sobre a vítima³³⁰, isto é, impunha-se que o dano fosse uma consequência directa da acção física do demandado³³¹, lançando-se para os casos de acção indirecta mão da *actio in factum*³³².

Analogamente, no que tange ao terceiro capítulo da *lex*, o âmbito de relevância dele ficava circunscrito às acções materiais e directamente causadoras do dano. *Corpore suo damnum dare* era ainda o conceito chave que orientaria o jurista³³³ na interpretação das noções de *urere*, *frangere*, *rumpere*³³⁴.

Mas, os problemas não diminuíram. Antes pelo contrário, a complexidade comunicada pelo capítulo III da *Lex* abriu as portas à extensão do âmbito de relevância dela mesmo ao nível do que tradicionalmente vem identificado com a simples interpretação da lei, posto que a possibilidade de ser cometida directamente uma acção sobre um dado objecto que, permanecendo incólume, se repercuta num outro, que se deteriora, levou os jurisconsultos romanos a fazer equivaler o *rumpere* ao *corrumpere*,

³³⁰ Sobre o ponto, veja-se uma vez mais ZIMMERMANN, *The Law of Obligations...* cit., p. 978. Alerta-nos o autor que nem sempre se podem ler as palavras dos jurisconsultos romanos na sua linearidade. De tal modo que nem sempre o emprego da força foi requerido. Pense-se no caso da morte provocada pela administração de veneno, sendo inclusivamente irrelevante saber se a pessoa foi forçada a ingeri-lo ou persuadida a tal.

³³¹ Cf. ZIMMERMANN, *The Law of Obligations...* cit. p. 979: “the death must have been brought about by the wrongdoer with his own body (...)”.

³³² Sobre as diferentes acções de que se podia lançar mão, consoante a finalidade que se almejava, cf. SANTOS JUSTO, “Lex Aquilia”, ... cit., p. 25 e ss. Fala o autor das acções do pretor, distinguindo no seu seio a *actio ficticia*, a *actio in factum*, a *actio translativa*, a *actio ad exemplum*, a *actio utilis*. Do autor, veja-se, ainda, SANTOS JUSTO, “A *actio ficticia* e a *actio utilis*”, *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Rogério Soares*, Coimbra Editora, Coimbra, 2002, p. 1135 e ss. Como se poderá constatar aí, a finalidade de recurso a uma das acções pretorianas determina a forma dela. Pode ler-se, a propósito da *actio in factum*, que através dela se pretendia integrar as lacunas do *ius civile* “inintegráveis com a *fictio* nem com recurso à analogia”. Isto, por si só, parece depor no sentido da inexistência de analogia entre a acção danosa directa e aquela outra indirecta que, através da *actio in factum*, se pretendia sancionar. Sem que, contudo, a conclusão seja líquida, por duas ordens de razões. Em primeiro lugar, como também depõe SANTOS JUSTO (cf. “Lex Aquilia”, ... cit., p. 35), não há unanimidade no que tange à concessão de uma *actio* quando em causa estivessem os danos *non corpore corpori*. “Enquanto alguns jurisconsultos concediam uma *actio utilis*, outros referem uma *actio ad exemplum* e outros, ainda, falam duma *actio in factum*”. Se isso não fosse bastante, sempre haveria de recordar que a estrutura do direito romano, baseando-se nos *exemplus*, estava eivada de uma racionalidade de tipo analógico, não deixando a mesma de estar presente ainda que a acção concedida a não convocasse em primeira instância. Donde se pode concluir, pensamos que não destituídos de razão, que na base da concessão das *actiones* mencionadas está ainda a analogia com o preceituado na *lex aquilia*, pelo que é o substrato material e corpóreo que serve de filão argumentativo agregador das diversas hipóteses *sub iudice*.

³³³ Sobre o ponto, veja-se, ainda, ZIMMERMANN, *The Law of Obligations...* cit., p. 984.

³³⁴ Não se tome a formulação no sentido da afirmação do perfeito paralelismo entre os dois capítulos da *lex aquilia*. Referindo-se a essa problemática, CARLOS CANNATA, “Il terzo capo...”, ... cit., p. 126. Veja-se, também, JOLOWICZ, “The original scope of Lex aquilia and the question of damages”, *Law Quarterly Review*, vol. XXXVIII, 1922, p. 220-230 (aqui 221). Na página seguinte, refere explicitamente que o paralelismo entre o primeiro e o terceiro capítulo não é completo. Salienta o autor que *frangere* implicava quebrar em pedaços; *urere*, queimar; *rumpere*, sendo embora uma palavra neutral, pelo menos indica uma destruição parcial.

que identifica muito mais a deterioração, a quebra de qualidade do que a pura lesão material da coisa.

Quem o constata é, mais uma vez, ZIMMERMANN, no quadro do apurado estudo que levou a cabo a propósito da concepção delitual na antiga Roma³³⁵, mostrando que já

³³⁵ Cf. ZIMMERMANN, *The Law of Obligations...* cit., p. 984 e ss., dando conta da posição de CELSUS e da equiparação levada a cabo pelo jurisconsulto entre *rumpere* e *corrumpere*, com o que se tornava irrelevante a indagação acerca do tipo de resultado físico que ocorreu. A limitação continuava a operar-se por via do carácter directo ou não da acção que tinha dado origem à deterioração constatada. Se não houvesse a suficiente ligação, então, o jurista deveria ser encaminhado para o âmbito de uma *actio in factum*. Do autor, cf. p. 985.

Saliente-se, ainda, que o alargamento interpretativo do vocábulo *rumpere* não poderia significar a ausência de limitação. E por isso, sem contrariar o seu próprio testemunho, ZIMMERMANN alerta-nos para o facto de se terem de cumprir dois requisitos a propósito do resultado que se obtém. De um lado, haveria de ser constatável a deterioração da coisa (não importando, conseqüentemente, a lesão física do objecto que o tornasse mais valioso); do outro, importava que houvesse uma alteração na substância do bem, o que acarretaria dificuldades acrescidas sempre que, por exemplo, um determinado objecto fosse lançado ao rio, sem destruição ou danificação. Cf. p. ZIMMERMANN, *op. cit.*, p. 986.

Usando agora o nosso verbo, saliente-se a actualidade da problemática, já não em virtude do carácter tipificado do dano, mas outrossim pela necessidade de se desvelar a ilicitude por via do resultado lesivo – entroncado na preterição de direitos absolutos –, como sucede em todos os sistemas de inspiração iheringiana, de que o nosso faz parte, e bem assim, naqueles casos em que a *faute* dispensa a dupla sindicância, pela problemática que envolve, neles, a descoberta de um nexos de causalidade. Não é à toa, aliás, que se tematiza a questão da violação do direito de propriedade quando não haja lesão física da coisa, mas tão só se afectem os elementos externos que interferem na utilização que dela se faça, a entroncar na moderníssima problemática dos danos puramente patrimoniais.

Do mesmo modo que não se ignora a ligação entre o modo como o problema vai posto pelos jurisconsultos romanos e aquele que, ocupando a mundividência dos juristas actualmente, vem sendo conhecido, agora a propósito do dano, pela possibilidade ou não de se indemnizar o dano da perda de uso. Não se identificando os termos em equação, sempre se dirá haver sintonia entre eles.

Note-se, ademais, que o que aqui fica impresso permite mostrar a tenuidade da linha de fronteira entre a predicação do resultado como ilícito e os arrimos que transpiram da questão causal.

Mais se diga sobre a equiparação entre *rumpere* e *corrumpere* que ela releva menos em sede de compreensão da causalidade dita fundamentadora da responsabilidade, caso a dicotomia fosse já conhecida em Roma, do que a propósito do cálculo da indemnização e, como tal, da causalidade preenchedora da responsabilidade. Na verdade, como bem vimos, continua a ser exigida a afectação da substância da coisa. Sem que, no entanto, se possa reputar a questão de anódina quando referida ao primeiro pólo de problematização. Pois que a corporeidade da lesão começa paulatinamente a ser posta em causa.

Sobre o alargamento do terceiro capítulo da *lex aquilia*, no sentido de incluir nela a mera desvalorização da coisa, cf., tomando como referente de argumentação o exemplo do animal que aborta em virtude da actuação do demandado, CARLOS CANNATA, “Il terzo capo...”, ... cit., p. 133 e ss. A sua tarefa é, com apelo às fontes romanistas, reconstruir o terceiro capítulo da referida *lex*. Entre outras questões, aflora o problema de saber se ele inclui, na sua previsão normativa, a desvalorização da coisa não acompanhada da sua eliminação ou destruição. CANNATA considera que a inclusão da hipótese no âmbito de relevância da norma constituiria uma antinomia, porquanto ali se preveja uma única sanção, sendo um absurdo que o montante da condenação seja igual quer haja, quer não haja destruição da coisa. Por isso, a solução que faz equivaler o *rumpere* ao *corrumpere*, considerando relevante a conduta que, não produzindo a destruição da coisa, a desvaloriza, não poderia estar contida no sentido originário daquela, mas teria resultado do labor jurisprudencial. É a prática que alarga o sentido literal do preceito, contemplando a destruição de qualquer coisa inanimada, e erigindo-o em norma geral aquiliana (cf. p. 128).

Várias são as interpretações possíveis para a compatibilização dos termos aparentemente em dessintonia. Entre elas, salientem-se três referidas a p. 121 e ss.: 1) a incoerência desapareceria ao nível da prática judiciária, porquanto no caso de desvalorização/deterioração da coisa a condenação seria fixada tendo em conta o correspondente à perda de valor que aquela teria causado, calculada como se tivesse tido lugar no momento em que, nos trinta dias precedentes, a coisa tenha atingido um maior valor; 2) a condenação reportar-se-ia ao futuro e não ao passado, pelo que se poderia ter em conta o dano concretamente causado

ao nível da interpretação da *lex*, ao que se juntaria o alargamento da concessão de uma miríade de acções pretorianas, se caminha para lá do carácter material e directo da lesão³³⁶.

A abertura à acção indirecta, ao mesmo tempo que contorna problemas atinentes ao justo, parece instar o jurisprudente a uma consideração detida acerca do nexó de causalidade^{337 338 339}. E justifica a conclusão liminar de SANTOS JUSTO, quando afirma

e sofrido, que podia variar entre um mínimo de zero e um máximo igual ao valor da coisa; 3) falando de um valor referido a um período de trinta dias, ele não podia ser nem o valor do mercado, nem o valor da desvalorização, mas significaria o dano que o proprietário sofreu desde que ele fosse da espécie de perda que o ferimento causou.

Refira-se que a segunda tese é de DAUBE, “On the use of the term *damnum*”, ... cit., p. 283 e ss., já citado a outro propósito.

Dois notas avultam, portanto, como necessárias. A questão da equiparação aludida importa consequências ao nível da compreensão do dano, como lesão física da coisa ou como prejuízo patrimonial, ao mesmo tempo que surge paredes-meias com aquela outra problemática do cálculo da indemnização. Aspectos como o momento temporalmente determinante para o efeito ou o padrão de referência a ter em conta avultam no espectro do jurista. A implicar, como se comprova pela terceira doutrina elencada, a reproblemática da causalidade, uma vez que hodiernamente ela surge sobretudo pensada por referência aos danos subsequentes.

Pela importância do ponto, o mesmo será desenvolvido *infra*, de modo autónomo. Veja-se, ainda a propósito do ponto, JOLOWICZ, “The original scope of the *lex aquilia* and the question of damages”, ... cit., p. 220-230.

Cf, também, embora não se referindo à problemática ao nível do direito romano, mas salientando que a própria noção de danificar implica uma ideia de causalidade, mesmo que a ela não recorramos explicitamente, na medida em que postula uma relação entre uma conduta e um dano/lesão que se produziu, ANTONY HONORÉ, “Causation in the law”, *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, cit.

³³⁶ A este propósito, cf. NILS JANSEN, “Damage caused by psychological influence”, *Digest...* cit., p. 193 e ss., em comentário ao fragmento de PAULUS, D. 21, 1, 43, 2: um escravo foi persuadido por uma terceira pessoa a fugir do seu dono. A questão que se colocou passava por saber até que ponto o escravo devia ser legalmente tratado como *fugitivus*, mesmo que ele não tivesse fugido se não fosse o conselho da terceira pessoa. À interrogação oferece-se uma resposta afirmativa, sendo que o problema emerge no contexto da responsabilidade do vendedor pelos defeitos do objecto vendido. Entre os defeitos acerca dos quais o comprador deveria ser informado estava o facto de o escravo ser fugitivo, uma vez que isso alterava o seu valor. Mas a questão tinha também impacto ao nível extracontratual, conforme esclarece JANSEN: o primitivo proprietário poderia querer demandar aquele que influenciou a fuga, lançando para isso mão de uma *actio de servo corrupto*. A questão causal não era, contudo, problemática, facto que era evidenciado por ser suficiente para a responsabilização do sujeito, mesmo no quadro da *Lex Aquiliae*, a simples influência psicológica.

³³⁷ Para um elenco das situações problemáticas a que se fazia face, já não mediante a *interpretatio*, mas lançando mão de uma acção pretoriana, cf. SANTOS JUSTO, “*Lex Aquilia*”, ... cit., p. 34 e ss.: morte de um escravo ou quadrúpede à fome, danos causados ou sofridos por animais excitados, dano causado a um servo persuadido a subir a uma árvore ou a descer a um poço, dano causado por medicamento ou veneno, dano causado por fogo que se estende à *res* alheia.

³³⁸ Note-se estarem em causa dois critérios, como bem nota ALESSANDRA BIGNARDI, “Gai 3.219 e il principio del *damnum corpore datum*”, ... cit., p. 493. De um lado, é a exigência de que o dano seja corpóreo *damnum sia corpori*, a contender especificamente com a interpretação do capítulo III e a equiparação do *rumpere* a *corrumpere*. Do outro, a imperiosa presença do *corpore datum*, a comunicar a necessidade de uma “relação imediata entre aquele que é responsável e o evento”. Cada um deles responde, pois, a necessidades diversas: “l’uno riguardando il danno e l’altro il nesso causale” (Cf. p. 494). Note-se que a autonomia de que fala BIGNARDI não pode ser atomisticamente considerada, posto que a desmaterialização do dano arrasta consigo novos problemas concernentes ao nexó causal. Pelo que o alargamento hermeneuticamente viabilizado para a expressão *rumpere* não pode deixar incólumes as soluções que os autores foram forjando.

“a ideia de causalidade, que na *Lex Aquilia* traduz uma ligação física, imediata e directa, dum acção qualificada (*occidere, urere, frangere, rumpere*) à *res* danificada, que a jurisprudência expressava com os vocábulos *corpore et corpori*, perdeu este sentido estrito e estendeu-se à causa indirecta, mesmo omissiva, deslocando-se a ideia de *damnum facere* para *damnum dare*”^{340 341}.

É pois mister perceber qual o recorte final que a causalidade conheceu no quadro do direito romano. Não se crê, contra o que poderia resultar do anúncio, que tenha havido uma verdadeira tematização da categoria³⁴². É certo que, para avultar a responsabilidade, tem de existir uma qualquer ligação entre o comportamento e o resultado. Não menos verdadeira é a exigência de qualificação dela, mas, e voltando a ZIMMERMANN, ao nível do direito romano, tal não implicou “qualquer conceptualização ou a aplicação de noções lógicas ou filosóficas”³⁴³. Mais especificamente, e continuando a acompanhar os ensinamentos do autor, “mesmo a frase *causam mortis praestare* foi usada mais no sentido da linguagem comum do que como veículo de recepção do debate grego acerca da causalidade. E a ideia de *conditio sine qua non*, embora conhecida e mobilizada para estabelecer a causalidade, não surge nos textos sobre a *lex aquilia*”³⁴⁴. No fundo, o que era discutido era “em que medida o específico modo como a lesão surgiu justificava ou não a aplicação da *lex* ou apenas de uma *actio in factum*”³⁴⁵. Ora, entende ZIMMERMANN que a resposta a esta questão não depende de considerações atinentes à causalidade, não se ficando a dever a estreiteza aquiliana à

³³⁹ Acerca da lição romana sobre a causalidade, cf. CONSTANTIN KRUSE, *Alternative Kausalität im Deliktsrecht – Eine historische und vergleichende Untersuchung*, Verlag, Berlin, 2006, p. 6 a 44, em especial p. 29.

³⁴⁰ Cf. SANTOS JUSTO, “Lex Aquilia”, ... cit., p. 46.

³⁴¹ A este propósito, cf. o testemunho de VALCAVI. Procurando argumentar no sentido da irrelevância jurídica da causalidade material, quer porque ela pode inexistir (como no caso das omissões), quer porque ela coincide com a causalidade jurídica no seio do facto que funciona como antecedente causal, VALCAVI aduz que, para o jurista romano, o mais importante eram as condutas ligadas a um evento natural e ao contacto físico do agente com a coisa (*corpore corpori*), mas, “mesmo aqui, no centro da relação causal está o dano e não a *ruptio* (o evento físico)”. Cf. “On juridical causation in civil liability due to non-performance and unlawful conduct”, ... cit., p. 34 e ss. (na versão digital do artigo).

³⁴² Neste sentido, cf. ZIMMERMANN, *The Law of Obligations*... cit., p. 988 e ss.

Veja-se, ainda, a este propósito, CONSTANTIN KRUSE, *Alternative Kausalität im Deliktsrecht*... cit., p. 29.

³⁴³ ZIMMERMANN, *The law of Obligations*... cit., p. 991.

³⁴⁴ ZIMMERMANN, *The law of Obligations*... cit., p. 991.

Sobre o ponto, cf., ainda R. WILLVONSEDER, *Die Verwendung der Denkfigur der condition sine qua non bei den römischen Juristen*, Boehlau Verlag, Dusseldorf, 1984, p. 12 e ss.

Veja-se, ainda, NILS JANSEN, “Conditio sine qua non in general”... cit., p. 12, em comentário ao fragmento de ULPIANUS D. 9,2,7,5: o lesante agrediu um escravo que não estava na sua melhor condição física e, em consequência, o segundo morreu, tendo aquele sido considerado responsável, com base no argumento de que diferentes coisas são letais para diferentes pessoas. Segundo JANSEN, a decisão parece denotar em certo sentido que a *conditio sine qua non* seria suficiente.

³⁴⁵ ZIMMERMANN, *The law of Obligations*... cit., p. 991.

incapacidade de os juristas romanos conceberem o conceito indirectamente^{346 347}. Remete, portanto, a apurada solução dos casos sobrevividos à interpretação da letra da lei, sendo esta que comunica o desiderato restritivo, já que qualquer dos verbos utilizados implicaria que a morte ou a lesão tivesse sido causada pelo lesante³⁴⁸.

A lição do insigne jurista torna-se evidente se tivermos em conta a estrutura romana da responsabilidade aquiliana. Na verdade, não se focaliza o olhar no resultado morte ou lesão, mas outrossim na conduta do agente, a qual surge matizada pela nota de violência³⁴⁹. Parte-se desta para averiguar se o resultado a que chega é bastante ou não para desencadear a reacção prevista, e, de permeio, para indagar se ela surge entretecida com as notas predicativas que permitam a sua assimilação pelos comportamentos descritos na prescrição legislativa.

A problematicidade da matriz responsabilizadora aquiliana avulta, porém, mesmo que não conscientemente, maior do que aquilo que parece transparecer do excuro apresentado. Basta pensar, para tanto, em alguns dos exemplos que podemos confrontar quando contemplamos as fontes romanísticas. Rememoremos, na verdade, o célebre caso do escravo que é ferido e antes de morrer acaba por ser atingido por um edifício em ruínas, negando-se aí a responsabilidade pela morte tão-só porque não se poderia saber se a morte ocorreu ou não, na simplicidade linguística do jurista daquele tempo, longe das lucubrações filosóficas e científicas, no momento do ferimento^{350 351}.

³⁴⁶ ZIMMERMANN, *The law of Obligations...* cit., p. 991.

³⁴⁷ Cf., ainda, CONSTANTIN KRUSE, *Alternative Kausalität...* cit., p. 6 e ss. O autor considera que determinante para a imputação do resultado seria a interpretação dos conceitos legais. Mais concretamente, o verbo *occidere* incluiria a acção (*Handlung*), o resultado (*Erfolg*) e a causalidade (*Kausalität*) como elementos vinculativos. Segundo os seus ensinamentos, a causalidade não teria sido tematizada neste período.

³⁴⁸ Cf. a este propósito ALESSANDRA BIGNARDI, “Gai 3.219 e il principio del *damnum corpore datum*”, cit., p. 488. Apresenta aí a tese segundo a qual a exigência do requisito *damnum corpore datum* teria origem jurisprudencial, não decorrendo directamente do texto legislativo originário.

³⁴⁹ No mesmo sentido, cf. ALESSANDRA BIGNARDI, “Gai 3.219...”, ... cit., p. 495 e ss.

³⁵⁰ Cf. *supra* o exemplo de ULPIANUS.

³⁵¹ Casos problemáticos haveria, de certo. A eles fazia-se face, ainda e sempre, lançando mão da interpretação de *occidere*. Era, de facto, assim, que se lidava com as situações de causalidade concorrente (cf. ZIMMERMANN, *The law of Obligations...* cit., p. 992) e bem assim com aquelas que implicavam o que modernamente vem designado por interrupção do nexo de causalidade. Veja-se, a este propósito, o exemplo citado em texto e recolhido do *Digesta*, no qual o jurista é confrontado com o caso do escravo que, sendo ferido, vem a morrer por ser entretanto atingido por um edifício que desaba. Dando também conta do exemplo, ZIMMERMANN, *op. cit. loc. cit.*

A este ensejo, v., também, CONSTANTIN KRUSE, *Alternative Kausalität...* cit., p. 28 e ss. Citando dois fragmentos do *Digesta* (D. 9,2,11,2 e D. 9,2,11,3), referentes, respectivamente, a casos de causalidade alternativa e de interrupção do nexo de causalidade (também conhecida por causalidade ultrapassante), KRUSE mostra que, naquele período, no caso de responsabilidade alternativa, se entende que todos os potenciais lesantes devem responder pelo dano, sendo outra a solução predisposta por ULPIANUS para os casos de causalidade antecipada. Já para JULIANUS, a solução deveria ser idêntica nas duas situações (cf. D. 9,2,51 e D.9,2,51,1). Para o último autor citado, a semelhança entre os dois casos determinaria a

Mostra isto duas coisas. Por um lado, a *causalidade* era pressuposto da *actio legis aquiliae*. Por outro, ela não era decidida com base numa concepção causalista sendo antes remetida para o plano hermenêutico da interpretação das expressões textuais³⁵². De acordo com o que nos diz GIUSEPPE VALDITARA, o termo *occidere* usado

identidade de soluções. Em suma, ULPIANUS e JULIANUS concordam quanto à responsabilização de todos os potenciais lesantes no caso de causalidade alternativa, mas já dissidem no tocante à causalidade ultrapassante. Na verdade, como se salientou, ULPIANUS nega a possibilidade de responsabilidade dos diversos intervenientes no evento (apenas deveria ser sancionada a causalidade da última acção causal), porque, quando a contribuição causal dos diversos intervenientes for clara, apenas aqueles que efectivamente geraram o dano podem ser responsabilizados, já que os outros não cometeram um *occidere*. Cf. NILS JANSEN, “Damage caused by less than all possibly harmful events outside the victim’s sphere. Historical report”, *Digest of european tort law*, vol. I, ...cit., p. 353.

Cf., ainda, na obra de KRUSE, p. 44 e ss., onde o autor aduz que o conceito de responsabilidade pela acção de JULIANUS não é, por si só, adequado a clarificar por que razão no caso de causalidade alternativa e causalidade ultrapassante todos devem ser responsabilizados. Em causa estaria, então, não uma distribuição dos riscos, mas uma ideia de pena privada a que não seria alheia o carácter penal que revestia a *Lex Aquilia*. Por outro lado, procurar-se-ia salvaguardar o interesse dos proprietários, ao mesmo tempo que não se olvidaria o ponto de partida para a imputação de que se cura. Afinal, “todos intervieram no *maleficium*”. Não se trata, aí, de uma solução desenvolvida especificamente para este caso, mas de uma prática jurisdicional apta a resolver todas as situações em que vários agentes, conjuntamente, cometem um crime e que se justifica, não só pela necessidade de “vingança” que é exigida pela vítima, como também pelo imperioso objectivo de prevenção geral de futuros danos.

KRUSE conclui, de facto, que a solução em matéria de causalidade alternativa resulta do carácter penal da *Lex Aquilia*, tanto no exemplo oferecidos por ULPIANUS (D. 9,2,11,2), como naqueloutro imortalizado por JULIANUS (D. 9,2,51,1). Se esta conclusão é válida para tais situações, ela pode ser transposta, *mutatis mutandi*, para as hipóteses de causalidade ultrapassante ou anteciapda.

No fundo, o que se consegue antever por força desta exposição de KRUSE que acompanhamos é que – e porque os juristas romanos estavam “conscientes de que a responsabilidade por causalidade alternativa não pode fundar-se numa conexão naturalística entre uma acção e um resultado” – o requisito causal não assume importância preponderante no quadro da *Lex Aquilia*.

Sobre o ponto, cf. J.S. KORTMANN, “Ab alio ictu(s): Misconceptions about Julian’s view causation”, *Journal of Legal History*, 20, 1999, p. 95 e ss.

Veja-se, ainda, NILS JANSEN, “Damages caused by several successive, but independent events outside the victim’s sphere. Historical Report”, *Digest...* cit., p. 479 e ss., em comentário a JULIANUS, D. 9,2,51, pr. 51-2: um escravo foi lesado e é certo que morreria da lesão, mas é subsequentemente morto por um outro evento, questionando-se se ambos os lesantes devem ser responsabilizados pela morte. JULIANUS considera que sim, partindo para o efeito de uma interpretação do conceito de *occidere*. Este implica “uma relação causal entre o acto lesivo e a morte e uma acção lesiva praticada pelo lesante com as suas próprias mãos”, pelo que – e continuando a acompanhar a explicitação de JANSEN – ambos os elementos estão presentes não só quando a morte é consequência da conduta do lesante, mas também quando uma lesão é infligida de modo que se prove ser fatal. Nesta medida, são os dois responsáveis, embora sejam diferentes os montantes dos danos a que se obrigam. Tal como KRUSE também já tinha mencionado, JULIANUS traça, portanto, a analogia com as situações de causalidade alternativa incerta. E na linguagem de JANSEN, tal justifica-se para o autor porque também na hipótese em análise a *conditio sine qua non* é incerta, já que o escravo teria morrido se o segundo agente não tivesse actuado. Diversa a opinião de CELSUS – *apud* JANSEN... cit., loc. cit. – para quem o primeiro lesante é tão-só responsável pelo ferimento, mas não pela morte, já que um ulterior evento teria impedido a sua acção de ser tornar efectiva

³⁵² Cf. GIUSEPPE VALDITARA, “Dalla lex aquilia all’art. 2043 del Codice Civile”, ... cit., p. 259, afirmando que “para a *Lex Aquilia* a decisão sobre se um determinado acto era causa directa ou indirecta do dano não dependia de um abstracto conceito de causalidade, mas era estritamente ancorada na interpretação de um dos *verba* qualificadores da *fattispecie* típica. Por outro lado, a lei não estabelecia quando um evento deveria considerar-se consequência de um certo comportamento, mas indicava qual o tipo de comportamento relevante; a interpretação da lei individualizava pois as características que deveria revestir determinado comportamento para se considerar causa do dano.” E acrescenta que a consagração do termo *occidere* traduz uma opção clara por um particular nexos de causalidade: causalidade material imediata e directa.

pela lei pressupunha já uma dada concretização causal, consagrando a causa material eficiente, ou seja, apontando para a relevância do último acto fatal e excluindo a intermediação de factos alheios³⁵³.

E se o mesmo se pode dizer dos termos contidos no capítulo III, nem por isso o último autor citado deixa de chamar a atenção para as nervuras problemáticas que parecem decorrer ao nível jurisprudencial da mobilização do pressuposto causal, dizendo, então, que os juriconsultos romanos terão consagrado algo próximo à moderna doutrina da causa suficiente e desconsiderado outros factores meramente condicionais, ao mesmo tempo que parecem apontar no sentido da desresponsabilização em face de situações de interrupção da concatenação exigida^{354 355}.

Insatisfaz, porém, que se fique preso a este nível de considerações. Repare-se que o argumento central de justificação do modesto papel assumido pela causalidade em Roma passa pela natureza apriorística da resolução do problema em sede interpretativa. O que, por si só, impõe uma breve explicitação. Na verdade, sabemos-lo hoje, não é possível interpretar a norma em abstracto, antes requerendo-se o cotejo com os casos concretos que a mobilizam. Do mesmo modo, os jurisprudentes romanos, com a sua técnica dos *exempla*, não o ignoravam, embora não o assumissem de forma racionalizada, pelo que, em bom rigor, o que está em causa não é a pressuposição legiferante da causalidade, como se o que fica decidido a montante pelo legislador já não importe ao julgador, mas outrotanto a raiz materialista e corpórea da acção e do dano. Ao que se alia a simplicidade do acontecer real.

Simplesmente esta não é imutável e, fazendo emergir novos problemas, acabou por convocar soluções que ultrapassaram o primitivo sentido literal da *lex aquilia*, pressupondo-se aproblematicamente que este se desvela no autismo da consideração

Veja-se, igualmente, CONSTANTIN KRUSE, *Alternative Kausalität...* cit., p. 6 e ss.

³⁵³ Cf. GIUSEPPE VALDITARA, “Dalla lex aquilia...”, ... cit., p. 259. Veja-se, também, PAOLA ZILLOTTO, *L'imputazione del danno aquiliano tra iniuria e damnum corpore datum*, CEDAM, Padova, 2000 e D. NÖRR, “Kausalitätsprobleme...”, ... cit., p. 115 e ss.

³⁵⁴ Cf. GIUSEPPE VALDITARA, “Dalla lex aquilia...”, ... cit., p. 260. Saliente-se que, no cotejo entre a solução plasmada hodiernamente no ordenamento jurídico italiana e aquela que era comunicada pelos juriconsultos romanos, VALDITARA alerta para o facto de estes terem em conta o escopo da norma, qual seja a de reprimir as situações que segundo a normalidade fossem aptas a causar o dano.

³⁵⁵ Mais se diga que, sempre que não fosse possível discernir quem teria causado o dano, a solução passava pela responsabilização dos diversos agentes. O ponto não é, contudo, como se viu pacífico. Cf. *supra* os fragmentos do *Digesta* de ULPIANUS e JULIANUS e o tratamento que KRUSE dispensa à problemática da causalidade alternativa na Roma antiga.

Apontando este aspecto, cf. GIUSEPPE VALDITARA, “Dalla lex aquilia...”, ... cit., p. 260. Veja-se também o acompanhamento que se fez de alguns fragmentos do *Digesta*. Para outras considerações, cf. ULPIANUS, D. 9,2,11,1; ULPIANUS, D. 9,2,11,4; ULPIANUS, D. 9,2,11,2; ULPIANUS, D. 39, 2, 24, 4; JULIANUS, D. 9,2,51, pr. 51, 2; ULPIANUS, D. 43, 24, 7, 4; e as anotações de NILS JANSEN, em *Digest...* cit. p. 9 e ss.; p. 103 e ss.; p. 193 e ss.; p. 265 e ss.; p. 353 e ss.; p. 390 e ss. de que já demos conta.

textual. E com isso é a pureza da materialidade quer do dano, quer da acção que acabam por ser postas em causa, paulatinamente. Exemplo paradigmático é a já mencionada equiparação entre o *rumpere* e o *corrumpere*³⁵⁶. Claro que, também não o esquecemos, a abertura não correspondia, *mutatis mutandi*, à abdicação do mínimo de incidência física sobre a coisa. Mas a evolução não se queda nesta situação, passando, por meio das já referidas *actiones* do pretor, a responsabilizar-se acções indirectas e, inclusivamente, omissões.

Só que, se tal garante a expansão da questão causal, o ponto de partida para a construção do juízo decisório era ainda material. E na equiparação que se pretendia estabelecer, a causalidade era, afinal, chamada a cumprir o papel de imputação do evento a um determinado sujeito³⁵⁷.

Assim sendo, ecoam duas questões que não deixam de ser inquietantes. De um lado, como se articula, então, a causalidade com a culpa ao nível do direito romano? Do outro, em que medida a desmaterialização do dano vai implicar uma alteração na forma como se concebe o ressarcimento a determinar a chamada à liça, nesse recorte, da própria causalidade^{358 359?}

³⁵⁶ Referindo-se à evolução a que se faz referência em texto, cf. GIUSEPPE VALDITARA, “Dalla lex aquilia...”, ... cit., p. 262. Note-se que a exposição do autor entronca directamente na problemática do nexo de causalidade em Roma, porquanto afirma, previamente, que a assunção do princípio da *conditio sine qua non* ficaria sempre dependente da superação do requisito da corporeidade do dano que só poderia alcançar-se depois de se ultrapassar a ideia de tipicidade da acção lesiva (cf. p. 261).

³⁵⁷ Acerca do papel que a causalidade no direito romano, veja-se, ainda, FORCHIELLI, *Il rapporto di causalità...* cit., p. 38 e ss., citando PAULUS (D., 19, 1, 21, 3: *Cum per venditorem steterit, quo minus rem tradat, omnis utilitas emptoris in aestimationem venit, quae modo circa ipsam rem consistit: neque enim si potuit ex vino puta negotiari, et lucrum facere, id aestimandum est, non magis quam si triticum emerit, et ob eam rem, quod non sit traditum, familia eius fame laboraverit: nam pretium tritici, non servorum fame necatorum consequitur*) e evidenciando a distinção que o jurisconsulto romano fazia dos danos *circa rem* em relação a todos os outros eventuais danos sofridos pelo comprador, que não seriam ressarcíveis. Dá-nos, igualmente, conta da ambivalência interpretativa com que o fragmento do *Digesto* foi olhado ao longo dos tempos. Paradigmático disso parece ser a problemática que envolve o lucro cessante, indemnizável no período romanístico, segundo a maioria da doutrina, mas não pela totalidade dos autores. Nota de destaque, ainda, para a aparente contradição de outros escritos, que parecem reconhecer claramente a ressarcibilidade dos danos reflexos e mediatos – cf. ULPIANUS, D. 9, 2, 22, pr., *apud* FORCHIELLI, *op. cit.*, p. 39, nota 39 – bem como para o facto de numerosos autores encontrarem no primeiro excerto citado o germen da doutrina da causalidade adequada. Trata-se, contudo, de matéria atinente ao mundo contratual, com as especificidades que lhe são próprias. Sem embargo disso, preste-se especial atenção ao fragmento de ULPIANUS. Aqui o jurisprudente romano assume que quem lesa um escravo alheio há-de indemnizar também os danos que o proprietário sofre por o escravo não poder cumprir uma obrigação. Trata-se de uma nota consentânea com o que ficou dito em texto, em dois momentos precisos: por um lado, o direito à indemnização é alargado à medida que a *lex aquilia* vai sendo interpretada; por outro lado, o pensamento da *conditio sine qua non*, não tendo sido tematizado ou teorizado, acaba por estar presente neste período histórico. Isto sem embargo de a solução do autor poder ser compreendida a outra luz que não a da contrafactualidade.

³⁵⁸ Implicará tal que nos debrucemos sobre o próprio conceito de dano ao nível do direito romano. Em debate estará a alternativa: dano como lesão material da coisa ou dano como o prejuízo patrimonial infligido ao proprietário do bem?

9.4. Culpa e causalidade. A dilemática relação entre os dois termos que se intui no direito romano.

Se há relação controversa no seio dos pressupostos ressarcitórios é aquela que se estabelece entre a culpa e a causalidade. Confundidas quantas vezes, cumprem papéis diferentes, que se tendem a esbater quando se reserve também para o segunda uma função de imputação de um determinado evento a um certo sujeito.

A compreensão da índole tendencialmente aporética com que o binómio foi acolhido em Roma implica que, previamente, se vinque aquilo que ficou implícito anteriormente: que à causalidade – entendida, então, no sentido corpóreo do princípio *damnum corpore datum* – foi destinada uma missão de circunscrição das situações aptas a receber a chancela de desvaliosas e dignas de desencadear a legitimidade processual activa.

O nosso percurso torna-se, assim, claro. Vejamos. Concluímos, fundadamente, apoiando-nos para o efeito em inúmeros depoimentos, que o nexo causal, não ascendendo à categoria de conceito abstracto, vinha pensado em termos de conexão suficiente e matizada com as notas predicativas da materialidade que eram comunicadas pelos *verba* utilizados no texto da *Lex Aquilia*.

Dá-se posteriormente o alargamento do seu âmbito, primeiro por via da *interpretatio*, depois pela concessão das *actiones in factum*, aqui entendidas num sentido muito amplo. O que justificava, pois, que, ainda que com base em remédios processualmente distintos, se autorizasse, por via do labor pretoriano, soluções que pareciam estar vedadas pela determinação da *lex*? Dir-se-ia, *en passant*, estar em jogo um pensamento de cariz analógico. O que, sem desmerecer, pouco nos comunica, posto

Sobre o ponto, cf. ALESSANDRA BIGNARDI, “Gai 3.219...”, ... cit., p. 490 e ss. Salienta a autora que o problema não faria sentido de frente da natureza dos comportamentos originariamente relevantes, dado que a conduta típica prevista, *occidere, frangere, rumpere, urere*, implicaria a eliminação do bem alheio (cf. p. 491). Parecemos, por isso, ter razão quando afirmamos que o problema ganha nova densidade diante da equiparação entre *rumpere* e *corrumpere*, a implicar que se indague em que medida, desmaterializando-se o dano, o nexo causal deve referir-se ao prejuízo ou ao evento. Nesse sentido, também a autora, a páginas 492, embora se debruce aí sobre teses diversas que procuram explicar o alargamento não por esta via, mas por aquela da inclusão das lesões provocadas a animais e escravos no terceiro capítulo da *lex*.

Salienta BIGNARDI que, aliás, o requisito da materialidade do dano só faz sentido quando se alarga a tutela para nela abarcar os comportamentos que não implicavam a eliminação do bem.

E com isso ganha-se um duplo critério de contenção da responsabilidade. Como já anteriormente tínhamos referido, remontando ao estudo da autora, o dano tem de ser material (*damnum corpori*) e materialmente infligido (*corpore datum*). Se o primeiro diz respeito ao dano e o segundo ao nexo de causalidade, nem por isso se deixa de perceber a estreita relação que entre eles se estabelece. (cf. p. 493)

³⁵⁹ A desmaterialização do dano pode ser intuída na alteração da expressão *damnum dare* para *damnum alteri factum*. Cf. GIUSEPPE VALDITARA, “Dalla lex aquilia...”, ... cit., p. 247

que a analogia já não seria aí imediata, mas mediata, pela ausência de constrangimento físico em todos aqueles casos em que o comportamento que avulta é uma omissão. Ou dito de outro modo, a passagem de um plano para o outro insta-nos, se quisermos ser consequentes, a descobrir o *tertium datum* que garanta a sobrevalorização das semelhanças por detrás das diferenças, já que estas são discerníveis no aspecto perfunctório da estrutura do problema.

Ao fazê-lo, estaremos em simultâneo a indagar o que era a causalidade aí, nesse causismo prático que tanto contribuiu para a inovação na procura do justo.

Acompanhemos, por breves momentos, o pensamento de BIGNARDI. Cindindo, como aliás já demos nota, o critério do *damnum corpore datum* em dois arrimos criteriológicos, atinentes ora ao dano – com a exigência de corporeidade dele –, ora à causalidade – com a imperiosa necessidade do carácter directo e imediato da actuação do lesante sobre a vítima –, a autora considera que o jurista romano, originariamente, partiria da análise da conduta e não do resultado³⁶⁰ e que todos os comportamentos elencados seriam expressão de uma actividade física conotada com a violência³⁶¹. Era o carácter penal, que entretecer a *lex aquilia ab initio*, a depor nesse sentido e a permitir que a conduta se libertasse da necessidade de ser considerada em função da directa conexão com o resultado³⁶², tornando-se, então, num elemento de valoração. Ou seja, a violência passa a ser assumida como *iter* fundacional na tarefa de individualização dos comportamentos, parâmetro mais genérico na fundamentação do carácter anti-jurídico do acto, viabilizando que o evento seja considerado em si e não em termos funcionalmente ligados à qualificação daquela³⁶³.

Explicitando o que possa ter ficado implícito: a *lex aquilia* emerge com um sentido marcadamente penal e repressivo. A sua função era reprimir determinados comportamentos e tutelar, por essa via, a propriedade. Para tanto, a tarefa judicativa

³⁶⁰ Cf. ALESSANDRA BIGNARDI, “Gai 3.129...”, ... cit., p. 494. O que importaria era o *rumpere* e não o *ruptus*, segundo o seu testemunho. No mesmo sentido, por referência a JULIANUS e ao termo *occidere*, cf. CONSTANTIN KRUSE, *Alternative Kausalität...* cit., p. 28.

³⁶¹ Cf. ALESSANDRA BIGNARDI, “Gai 3.129...”, ... cit., p. 497. Segundo a autora, a mesma matriz ideológica que estava presente no capítulo I da *Lex* informaria o capítulo III dela, pelo que também este se referiria a situações de análoga natureza e à mesma categoria de bens. Resulta daqui, no seu estudo, uma questão de não pequena monta. Pois que, se o uso da violência física estava patente quer no primeiro, quer no terceiro capítulo aquiliano, contemplando-se o mesmo tipo de actos, fica por saber por que razão optou o jurista pelo alargamento da lei em sede diversa daquela que contemplava a morte (cf. p. 498). Ao que a autora tenta responder com apelo ao sentido da previsão legal, *ab initio* sobretudo repressivo e como tal postulador da tipicidade de comportamentos, e bem assim com a impossibilidade de se considerar a desvalorização da coisa ao nível do primeiro segmento aquiliano.

³⁶² Cf. ALESSANDRA BIGNARDI, “Gai 3.129...”, ... cit., p. 499, que aqui seguimos de muito perto.

³⁶³ Cf. ALESSANDRA BIGNARDI, “Gai 3.129...”, ... cit., p. 500 e ss.

centrar-se-ia na recondução das situações concretas a um dos tipos sancionados nas previsões normativas. *Occidere* avultava como verbo central, a identificar qualquer comportamento que pudesse causar a morte. E por isso levava ínsita uma ideia de causa material. O mesmo se passando com os *verba* elencados no capítulo III da *lex*.

Da solução de casos concretos retirar-se-ia, passo a passo, uma *ratio decidendi*, a permitir a generalização do juízo e a desvelar a violência física como a nota predicativa da imputação a que juridicamente se devia ater o jurisconsulto. Caracterizada assim a conduta, perder-se-ia a pertinência congénita entre ela e o resultado. Isto é, o matar e a morte já não seriam uma e a mesma coisa, sem que a primeira deixasse de ser essencial. Voltando agora a BIGNARDI, podemos afirmar com a autora que “era imprescindível que existisse uma responsabilidade e que o dano fosse referido à conduta. Prospectivamente, a identificar a elaboração do critério subjectivo da culpa e o critério objectivo do *damnum corpore datum*”³⁶⁴.

O nexo de causalidade é assim erigido em critério de imputação. E entendido num sentido restritivo, para o que aponta a delimitação do significado de *occidere*. Com isto procurava-se quer a individualização do evento, quer a visibilidade do mesmo, facilitando-se, em sede aquiliana, a prova da morte. Ou seja, razões atinentes ao sentido penal e processual determinariam que a causa fosse a actuação corporal directa sobre o bem lesado³⁶⁵.

Dois factores viriam, no entanto, perturbar o *status quo* na matéria: de um lado, a realidade a fazer emergir casos eivados de uma complexidade crescente; de outro lado, a evolução do pensamento jurídico, já pressentida e evidenciada posteriormente, a acentuar o sentido reparatório da responsabilidade. Eis pois que surgem casos em que não há uma actuação directa sobre a coisa lesada e que, não obstante, convocam, pela ideia de justo que se pressupõe, a mobilização da *lex aquilia*, ainda que, *in fine*, a decisão implique a não aplicação da mesma.

Os exemplos são nossos conhecidos e constam dos fragmentos do *Digesta* que tivemos oportunidade de transcrever *supra*. Aí, agiganta-se a questão causal, porquanto seja ela que vai permitir a atribuição do evento à conduta³⁶⁶, avultando como critério de valoração da responsabilidade³⁶⁷.

³⁶⁴ Cf. ALESSANDRA BIGNARDI, “Gai 3.129...”, ... cit., p. 502. Justifica, assim, a autora a génese jurisprudencial e não legal do critério causal.

³⁶⁵ Cf. ALESSANDRA BIGNARDI, “Gai 3.129...”, ... cit., p. 505.

³⁶⁶ Não curamos, agora, das soluções concretamente predispostas para fazer face a cada um dos casos controversos. Apontaremos, apenas, algumas, a título ilustrativo. Afirmou-se, assim, que a

Joga-se, então, a dupla problematidade que enerva as nossas lucubrações e que, uma vez percebida, garantirá prévias conclusões em matéria de causalidade.

Rememoremos as nossas perplexidades, dando como assente que a descoberta da causalidade leva à conclusão acerca do preenchimento da factualidade típica plasmada na hipótese normativa. Qual o papel da culpa neste contexto? Por que razão se não há-de conferir legitimidade em sede aquiliana a quem não actue directa e corporeamente sobre o bem lesado, remetendo-se a vítima para o âmbito das *actiones* pretorianas?

Nas hipóteses em que não exista a referida conexão, o nexos de causalidade é chamado a depor no sentido da recondução do evento ao comportamento, abrindo-se duas alternativas no horizonte discursivo do intérprete³⁶⁸.

Ou a causalidade directa é entendida como um requisito implícito da conduta, e, em homenagem a esta interpretação estrita do princípio, procurar-se-ia a analogia de situações, já que, e com a acentuação do carácter ressarcitório da *lex*, passam a ser contempláveis outros comportamentos que não aqueles que literalmente se inscrevem no seu texto³⁶⁹.

Ou o princípio da causalidade passa a ser assumido como critério de individualização da responsabilidade num sentido mais material e, entroncando na culpa, deixa de postular uma conexão directa entre o comportamento e o evento, podendo a conduta culposa preceder uma série de acontecimentos dos quais derivaria o

responsabilidade se individualizaria pelo colocar em marcha das condições pelas quais emerge o comportamento do qual deriva o dano. Outras vezes assumiu-se o bem sobre o qual incidiu directamente a conduta do demandado como um simples veículo para o evento danoso. Imperioso, para tal, seria que não houvesse qualquer intromissão nessa sequência condicional que se reconstruía.

Cf., sobre o ponto, ALESSANDRA BIGNARDI, “Gai 3.129...”, ... cit., p. 517 a 519, que aqui continuamos a acompanhar de muito perto. Veja-se, igualmente, p. 524, onde a autora sustenta que a investigação acerca da responsabilidade se efectua em torno da causa, isto é, do comportamento que deu origem ao encadeamento de eventos que se vai consumir no dano.

³⁶⁷ A conclusão é, uma vez mais, de BIGNARDI, que afirma buscar-se com a causalidade o enquadramento do caso na *fattispecie* legislativa. Cf. ALESSANDRA BIGNARDI, “Gai 3.129...”, ... cit., p. 526.

³⁶⁸ Cf. ALESSANDRA BIGNARDI, “Gai 3.129...”, ... cit., p. 528 e ss., em especial 530.

³⁶⁹ Cf. ALESSANDRA BIGNARDI, “Gai 3.129...”, ... cit., p. 530. Note-se que, nesta hipótese, apesar da analogia, não seria conferida uma *actio legis* directamente, mas remeter-se-ia a vítima para o âmbito da legitimidade das *actiones in factum*. A explicação não decorre de forma lógica do que ficou explicitado, mas envolve a chamada à colação de outras ideias já anteriormente sublinhadas. Rememoremo-las, alertando que também aqui continuamos a colher frutos do trabalho da autora que temos vindo a citar. A *Lex Aquilia* surge com um sentido estritamente penalista e reipercursório. Apesar do convite ao alargamento do âmbito de relevância jurídica da responsabilidade dita aquiliana, a verdade é que o traço originário daquela determinaria a restrição em nome da tipicidade com que surge desenhada. Mais se diga que questões atinentes à facilidade de prova instavam à restrição sublinhada.

evento. Nessa medida, o nexu causal só se autonomizaria quando fosse importante individualizar os elementos idóneos a interromper a continuidade pressuposta^{370 371 372}.

Algumas conclusões são, então, possíveis.

A causalidade é chamada a cumprir um papel de imputação do dano a um determinado comportamento, assumindo-se como índice de valoração de uma conduta. O seu sentido imputacional não apaga, contudo, o mesmíssimo carácter material com que vem pensada *ab initio*. Ainda que, em determinadas nervuras problemáticas, dialogue com a culpa³⁷³, nem por isso se perde o sentido fisicista de descoberta da causa

³⁷⁰ Cf. ALESSANDRA BIGNARDI, “Gai 3.129...”, ... cit., p. 534, também aqui seguida de muito perto.

³⁷¹ Tal é notório no exemplo do barbeiro que fere o escravo que está a barbear depois de ter sido atingido pela bola daqueles que ali jogavam futebol.

³⁷² Para uma visão do papel e sentido da causalidade em alguns casos reportados no *Digesta*, cf. VISKY, “Die Frage der Kausalität aufgrund des D.9.2 ad legem Aquiliam”, *Revue Internationale des Droit de L’Antiquité*, 26, 1979, p. 503 e ss.

³⁷³ A culpa emerge, de facto, como já tínhamos também anunciado, no quadro da responsabilidade em Roma. Ainda que o requisito não venha explicitado na literalidade da *lex aquilia*, não raras são as vezes a que os jurisprudentes romanos se lhe referem.

Antes de dedicarmos breves palavras ao papel que a culpa desempenha na economia do instituto, importa salientar que o princípio da causalidade tal como ele se desenha não afasta um desvalor comportamental. Pois que, mesmo quando a causalidade seja assumida no sentido formalista que primeiramente mencionámos, o desvalor subjectivo sempre emergiria.

Cf. GIUSEPPE VALDITARA, “Dalla lex aquilia...”, ... cit., p. 254. Concatena o autor a culpa com a *iniuria*, porquanto, sendo embora esta caracterizada pela objectividade, sempre implicaria que, superado o objectivo primário de defesa absoluta da propriedade, surgissem determinadas situações às quais não era possível dar resposta sem que se tenham em conta elementos subjectivos da conduta. No mesmo sentido, cf. SANTOS JUSTO, “Lex aquilia”, ... cit., p. 22 (“é muito provável [...] que a *iusprudentia* tenha incluído a culpa no conceito de iniuria: consistindo esta na ausência duma causa justificativa o acto danoso, com o protagonismo assumido pela vontade, a *iniuria* passou a ser constituída por dois elementos: um, objectivo, caracterizado pela antijuridicidade; o outro, subjectivo, marcado pela voluntariedade censurável, culpa. (...) Importará, no entanto, ter presente que, embora a culpa tenha surgido provavelmente dentro da *iniuria*, são conceitos diferentes: aquela tem uma dimensão subjectiva; esta, objectiva”); ZIMMERMANN, *The Law of Obligations...* cit., p. 1004 (“For the Roman Lawyers, Aquilian liability was based on fault (culpa in the broadest sense of the word), and it was the term *iniuria* that provided the obvious point of departure for this remarkable interpretive refinement of the requirements of the *lex Aquilia*”). Note-se que o autor explicita, a par desta nova interpretação para a responsabilidade, uma outra possível alocação da culpa, qual seja a de os comportamentos descritos na previsão normativa incluírem, pela sua natureza, necessariamente a intencionalidade ou pelo menos a imperícia do sujeito – cf. p. 1005); NÖRR, *Causa mortis. Auf den Spuren einer Redewendung*, Beck, München, 1986, p. 134 e ss. (explicitando a mutação do sentido objectivo para aqueloutro subjectivo).

Sobre o requisito da *iniuria*, cf. mais amplamente ZIMMERMANN, *The Law of Obligations...* cit., p. 998 e ss. Originariamente a *iniuria* tinha uma índole marcadamente objectiva, traduzindo-se nas situações de ausência de justificação para actuar. A anti-juridicidade do comportamento descrito na *lex* só estaria, assim, excluído diante de situações de legítima defesa (p. 999); estado de necessidade (p. 1002); consentimento do ofendido (p. 1003). Consideram-se ainda os casos de participação em actividades desportivas, e bem assim, em conexão com o que preteritamente se disse, a invocação do carácter accidental do dano que aporta, num claro reconhecimento de que o afastamento da culpa não permite a emergência da responsabilidade. Nessa medida, ZIMMERMANN sustenta que o *damnum iniuria datum* foi substituído pelo *damnum culpa datum*. Adianta, ainda, que a hodierna distinção entre a ilicitude e a culpa era desconhecida das fontes clássicas (cf. p. 1006-1007). Salienta-se, também, que a culpa vem entendida em termos diversos daqueles com que actualmente nos confrontamos. Na verdade, não é a previsibilidade ou a falta de cuidado que a matizam, mas sim um sentido casuístico a partir do qual se indagaria se o agente actuou ou não como deveria ter actuado (cf. p. 1008).

do dano, com o que se liga a solução causal a uma dada concepção de acção: uma acção corpórea, ainda que superada a estreiteza da tipologia inicial, da qual se partia para aferir da legitimidade para a *actio*. Percebe-se, pois, que, à medida que essa estrutura tipológica fosse paulatinamente dando lugar à atipicidade do ilícito, os problemas que enervariam a causalidade passariam a ser outros.

9.5. Dano como lesão material da *res* e dano como prejuízo patrimonial. A evolução do pensamento jurídico romano a propósito do tema e as eventuais repercussões em sede de causalidade.

O que ficou impresso anteriormente mostra-se suficiente, em nosso entender, para, longe da exaustividade do tema, argumentar no sentido da missão imputacional que o nexos de causalidade é chamado a cumprir na antiga Roma, a despeito de a categoria vir desacompanhada de uma especulação teórica que logre a sua sedimentação.

Note-se que em muitos casos a invocação do acidente confluiria, outrotanto, na negação do próprio sentido imputacional que à causalidade foi atribuída. E nessa medida avulta imperioso continuar a olhar para o excuro de ZIMMERMANN, agora para lidar com o problema do concurso de culpas do lesado. Afirma o autor (cf. p. 1010) ser a regra no mundo romanista a fórmula do tudo ou nada. Não se procurava aí determinar se havia ou não culpa de ambos os lados, mas atribuir o evento ou à culpa do lesante ou à culpa do lesado. Questiona, porém, a p. 1012 se não teriam antes os jurisperitos romanos resolvido o problema com apelo à causalidade, designadamente procurando quem estava em melhores condições para evitar o dano, sendo esse que, com o comportamento inverso, teria interrompido o nexos de causalidade. Trata-se de uma leitura actualista da responsabilidade aquiliana clássica que, não obstante, nos convoca para o sentido imputacional, coligado à culpa, a que em texto fizemos menção.

A propósito do sentido da *iniuria* no direito romano, cf., também, com amplo desenvolvimento e no recurso às fontes, FRANCA LA ROSA, “Il valore originario di iniuria nella Lex Aquilia”, ... cit., p. 366-376. Afirma, contundentemente, o autor que originariamente a *iniuria* conheceu um significado objectivo de não conformidade com o ordenamento jurídico, assumindo progressivamente o valor de elemento subjectivo do ilícito (cf. p. 366 e nota 2). Sublinhado é, pois, no estudo de LA ROSA o carácter não unitário da categoria, a apresentar diferentes significações consoante o contexto em que surja inserida. Chega, inclusivamente, a, lançando mão da posição de outros estudiosos, avançar que a *iniuria*, contrariamente a outros delitos, não representava uma figura específica, mas identificava uma série de actos indeterminados perpetrados com violência. Cremos tratar-se aqui de um apontamento que procura cindir a previsão da *lex aquilia* de outras que conheceram uma determinação mais específica, sem que isso nos elucide verdadeiramente sobre o sentido da categoria. Designadamente, coteja o sentido de *iniuria* no contexto aquiliano de *damnum iniuria datum* e como previsão específica ao nível da Lei das XII Tábuas, com particular importância para o debate acerca da possibilidade de a lesão da integridade física ser ou não valorada ao nível da primeira. Cf., pois, p. 372 e, no que à última questão respeita, ZIMMERMANN, *The Law of Obligations*... cit., p. 1014 e ss.

Antijuridicidade, ilicitude, culpa ou carácter violento do acto são pois os significados com que se tenta captar a matriz predicativa da *iniuria*. Para a contemplação de um quadro geral sobre estas divergências interpretativas, cf., uma vez mais, FRANCA LA ROSA, “Il valore originario...”, ... cit., p. 373.

Sobre o sentido da culpa na *lex aquilia* cf. RENE ROBAYE, “Remarques sur le concept de faute dans l’interprétation classique de la lex Aquilia”, ... cit., p. 338 e ss. (onde o autor apresenta um quadro de evolução da concepção de *iniuria*, que, de puramente objectiva, deu lugar à consideração da culpa).

Note-se, porém, que tal não equivale a uma assunção do princípio da causalidade como pilar fundacional da responsabilidade. Na verdade, ficou claro que a culpa, ainda que não prevista expressamente no texto da *lex*, emerge no sistema aquiliano, comunicando a nota do desvalor subjectivo à condenação do agente no pagamento do montante calculado segundo os parâmetros naquela fixados.

Simplesmente, e reconhecendo a distância que separa um princípio da causalidade da mobilização materialmente conformada do nexo de causalidade, este entra em jogo, entre outras hipóteses, sempre que, diante da pluricausalidade, seja imperioso discernir se houve ou não quebra da concatenação exigida. Que, advirta-se, continua, neste tempo histórico em que mergulhámos, pese embora a abertura desvelada, a ser pensada em termos empiricamente constatáveis e a despir-se de qualquer lastro filosófico e científico com que o jurídico haveria, posteriormente, de ser contaminado, porquanto o juízo se continue a entretecer a partir da corporeidade da lesão, do carácter directo dela e de uma noção de acção materialmente conformada.

Se tudo isto é claro, nem por isso se mostra bastante. Com efeito, ainda que apodadas por nós de conclusivas, as linhas de orientação expendidas esgotam-se num primeiro segmento de indagação causal, ou dito de outro modo, na causalidade fundamentadora da responsabilidade. Há, pois, toda uma panóplia de questões às quais se não deu ainda resposta e que se prendem com a ligação da conduta desvaliosa aos danos subsequentes, sendo certo que são estas e não aquelas, fruto do pendor do pensamento que foi sendo derramado sobre a responsabilidade civil, que têm colhido a atenção da generalidade dos autores hodiernamente.

Não podemos, por isso, silenciá-las. Se o seu obscurecimento se justificou até agora pela solução plasmada no texto da *Lex Aquilia*, as inovações introduzidas pela interpretação que dela se foi fazendo não podem deixar incólume o nosso discurso, forçando-nos, outrossim, a mergulhar no seio da problematicidade com que os remédios indemnizatórios nela contidos surgem eivados.

Não ressoam, contudo, como inéditas as inquietações de que a seguir daremos conta, posto termo-las aflorado ao longo das páginas precedentes.

É, desde logo, o escopo da *lex aquilia* que é chamado à liça, numa demonstração clara da íntima relação que se estabelece entre a problemática causal e a teleonomologia do instituto³⁷⁴. Na verdade, pensada *ab origine* como um remédio de índole penal³⁷⁵, era

³⁷⁴ Esta é, aliás, outra das lições a que o breve excursus histórico nos conduz.

o intuito repressivo que lhe ia associado. Ao que acrescia, também primitivamente, a função de defesa da propriedade, então encarada em termos absolutos³⁷⁶. Percebia-se, por isso, que a sanção por ela predisposta fosse pensada em termos fixos. Se o que se pretendia era reprimir um determinado grupo de actos, tipologicamente nela identificados, a imutabilidade do remédio era consentânea com essa finalidade.

Simplesmente, o direito, com a sua marca de historicidade, não se queda no dado, antes se vertendo no construindo, pelo que, à medida que o Império Romano foi evoluindo, o olhar que os juristas derramaram sobre o sistema aquiliano passou a ser também diverso³⁷⁷.

As dificuldades resultam hoje da necessidade de reconstituir o texto da lei, estripando dela as interpolações que se lhe foram associando posteriormente. E de perceber, nesse *puzzle* sempre complexo, qual o referente a partir do qual se há-de calcular a soma devida ao demandante. Mas também da intuição do justo com que os jurisprudentes da época foram pensando os casos concretos.

À tendencial inflexibilidade dos remédios ressarcitórios previstos no capítulo I da *Lex Aquilia* contrapõe-se a consideração de outros elementos para além do valor venal da coisa. Designadamente, e se voltarmos a pensar nas hipóteses transcritas de fragmentos do *Digesta*³⁷⁸, procura-se ressarcir o demandante pelo dano efectivamente

³⁷⁵ Entre os índices que demonstram a natureza de penalidade da sanção cominada, salientem-se, sem demérito para prévias considerações acerca do ponto, os seguintes aspectos: a) a intransmissibilidade passiva; b) o facto de, estando mais do que uma pessoa envolvidas na morte de um escravo, serem todos responsáveis, a não ser que se pudesse efectivamente determinar o autor dela; c) a possibilidade de o demandante cumular a acção; d) a não extinção da responsabilidade dos co-autores com o pagamento do montante devido por um deles; e) a noxalidade da acção. Cf. ZIMMERMANN, *The Law of Obligations...* cit., p. 973.

³⁷⁶ Cf. GIUSEPPE VALDITARA, “Dalla lex aquilia...”, ... cit., p. 248.

³⁷⁷ Sobre o ponto, cf. ZIMMERMANN, *The Law of Obligations...* cit., p. 969 e ss.

Refira-se, contudo, que a *Lex Aquilia* comportava já, na matéria, uma importante componente inovadora, porquanto, pese embora as sanções fossem fixas no sentido de que, *ab origine*, irrelvasse o interesse do lesado, elas não eram caracterizadas pela rigidez de outras previsões, polarizando-se, pelo contrário, no valor da coisa lesada. Veja-se ZIMMERMANN, *The Law of Obligations...* cit., p. 961.

³⁷⁸ Os mesmos são, aliás, amiúde citados pela generalidade dos autores que sobre estas temáticas se debruçam. Cf., nesse sentido, ZIMMERMANN, *The Law of Obligations...* cit. p. 971. O autor esclarece que, no final do período clássico, já não se radicava a solução no valor venal da coisa ao que se acresciam certas formas típicas de dano consequencial, mas procurava-se o *quod actoris interest*. A posição não é, contudo, unânime. Veja-se, contra, MEDICUS, *Id quod interest. Studien zum römischen Recht des Schadenersatzanspruches*, Köln, 1962, p. 238 e ss.

No que ao capítulo III respeita, ZIMMERMANN adverte que similares problemas se colocam a propósito do *aestimatio vulneris*, considerando que se indemnizava quer o dano emergente, quer o lucro cessante. Sofreria o último de uma intencionalidade restritiva que mais não pretendia do que circunscrever as hipóteses de emergência do lucro cessante àquelas que efectivamente pudessem receber tal qualificativo. Dito de outro modo, e recorrendo ao exemplo fornecido pelo autor, se o barco de A fosse danificado, nem por isso se poderia compensar o lesado pelo peixe que ele teria deixado de pescar, porquanto a “mera chance de que algum peixe pudesse ser capturado é demasiado vaga e não especificada para merecer protecção legal enquanto dano” (cf. p. 974).

sofrido. São, contudo, as nervuras entretecedoras do capítulo III que mais terão contribuído para a superação da linearidade com que a temática surge de início matizada. A explicação surge-nos, novamente, pela mão de ZIMMERMANN, que aqui distinguimos não tanto pelo carácter inovador do pensamento na matéria, mas mais pela assertividade com que nos comunica a ideia: “since one was dealing with the complete destruction of an object, reference to its real value made good sense”. Ao que acrescenta, ainda atendo-se ao parágrafo que contempla o *occidere*, “we can hardly expect to find a refined assessment of the concrete *quod actoris interest* in these early days, and restoration of the value of slave (or animal) provided the plaintiff with what he was at least typically interested in”³⁷⁹.

Se já aqui a simplicidade não deixa, bem o sabemos hoje, de ser aparente, há que reconhecer ser no âmbito da deterioração da coisa não acompanhada pela sua destruição total que se levantam maiores problemas. Que, tal como tivemos oportunidade de referir anteriormente, se prendem logo com a expressão textual originária da *lex aquilia*. Em causa estava – rememoremo-lo, então – saber se a soma pecuniária nela prevista devia ser calculada retrospectivamente ou prospectivamente. Isto é, seriam os 30 dias mencionados respeitantes ao passado ou ao futuro³⁸⁰? As vozes não são concordantes³⁸¹. E o problema vai além da mera formalidade, porque em causa estaria, na busca da congruência normativa, a própria definição do dano como uma lesão da coisa ou como um prejuízo patrimonial.

Não sendo equivalente, poderemos encontrar já aqui o embrião da problematização do dano da perda de chance, quando perspectivado segundo esta óptica e não sob aquela outra da causalidade.

³⁷⁹ Cf. ZIMMERMANN, *The Law of Obligations...* cit. p. 962.

A explicitação serve ao autor, tal como a nós, de intróito para a exposição acerca das dificuldades a que aportamos quando temos de lidar com o capítulo III da *Lex Aquilia*.

No mesmo sentido, cf. JOLOWICZ, “The scope of *lex aquilia* and the question of damages”, ...cit., p. 229. Veja-se, ainda, J. M. KELLY, “The meaning of the *lex aquilia*”, *The Law Quarterly Review*, vol. 80, 1964, p. 73 e ss.

³⁸⁰ Cf. ZIMMERMANN, *The Law of Obligations...* cit. p. 962. E novamente, conforme constante da nota inscrita *supra*, GEOFFREY MACCORMACK, “On the third chapter of the *lex aquilia*”, ... cit., p. 169 e ss.; SANTOS JUSTO, “*Lex aquilia*”, cit., p. 16, nota 15; GIUSEPPE VALDITARA, “Dalla *lex aquilia*...”, ... cit., p. 249 e 268 e ss. (considera o autor que a utilização da expressão *fuisset* não deixa margem para dúvidas, excluindo qualquer significado do bem no património do autor da acção e portanto a consideração da utilidade. Com o que o autor liga a solução predisposta com a *lex aquilia* com uma finalidade punitiva e com a protecção da propriedade. Mais se diga que, a p. 265, o autor acrescenta que “il criterio di stima stabilito dalla legge portante alla *aestimatio rei* è comunque pienamente congruente con il carattere penale dell’azione: si liquidava il valore del bene e cioè il valore della proprietà”); CARLOS CANNATA, “Sul testo originale della *lex aquilia*...”, ... cit., em especial, no que ao terceiro capítulo diz respeito, p. 211 e “Il terzo capo della *lex aquilia*”, ... cit., p. 111-146; DAUBE, “On the use of the term *damnum*”, ... cit., p. 330.

³⁸¹ Cf. nota de rodapé anterior.

Pelo menos é isso que decorre da posição de DAUBE. Fiel à prospectividade, é aí que encontra um expediente de compatibilização entre a solução predisposta para a morte do animal ou escravo e aquela que o terceiro capítulo consagra, já que só na referência ao futuro é possível ter em conta o dano concretamente causado ao lesado e, com isso, avaliar-se a desvalorização da coisa³⁸².

E não é menos certo pensar que é nessa mesma equação que se centram os autores que defendem a solução oposta pois, ao olhar para o passado, ou se compensa o lesado por algo diferente que o valor da coisa, ou se chega a uma solução antinómica, face ao que ocorre diante da morte.

Em tudo isto joga-se, afinal, a própria noção de dano. Na verdade, se o debate gira em torno da concretização do vocábulo *rumpere* e da possibilidade de ele integrar a deterioração da coisa que não vá além do *corrumpere*, o certo é que tal se projecta em sede de definição da outra categoria que com ela anda ligada, comportando uma alteração significativa na forma como o dano vai pensado. Com isto é a lesão material da coisa que acaba por dar lugar ao prejuízo patrimonial como estrutura predicativa daquele.

Dir-se-ia, pois, que a previsão de formas de destruição parcial da coisa abriu as portas à indagação acerca da natureza do dano e dos critérios para o cálculo da indemnização³⁸³.

Variadíssimas são as formulações para que somos remetidos³⁸⁴, todas elas a apontar no sentido da identificação entre o dano e o *interesse*^{385 386}.

³⁸² Cf. DAUBE, “On the use of the term *damnum*”, ... cit., p. 10 e ss.

³⁸³ Veja-se, sobre o ponto, também, a explicação oferecida por GIUSEPPE VALDITARA, “Dalla *lex aquilia*...”, ... cit., p. 266. Entende o autor que no séc. I a.C. se começou a desenvolver a ideia de que o bem não pode ser considerado no seu isolamento, mas que deve ser incorporado na esfera patrimonial do proprietário, na qual realiza uma determinada função. Ponto decisivo na evolução de que se dá conta é, porém, segundo o autor a emergência do critério que tende a definir-se como *preço formal* (cf. p. 267). Dando-lhe a palavra, constatamos que, não podendo satisfazer-se, pelas limitações comunicadas pelo texto da lei, o interesse do lesado na reintegração da coisa, se chega a uma reinterpretção do termo *res* no sentido de compreender no seu valor também a utilidade que teria para o seu proprietário. Ou de uma forma ainda mais próxima da formulação de VALDITARA, “concebiam-se o bem não mais estaticamente, no seu isolamento, como na perspectiva legislativa, mas no âmbito de uma consideração patrimonial mais alargada que integrava no bem também uma função instrumental e o considerava dinamicamente como possível objecto de uma série de relações ulteriores”. Com o que se dicotomizavam duas grandezas, não mais ausentes do espectro do discurso juridicamente relevante: o dano emergente e o lucro cessante. Com isto, a acção aquiliana caminhava paulatinamente da defesa da propriedade para a reintegração do património (cf. p. 269): “o objecto da acção era já o ressarcimento de uma perda sofrida (...) e à luz disso o interesse aparece como aquele que permite calcular a complexa diferença patrimonial, isto é, a diferença entre aquela que seria a situação patrimonial do lesado sem o ilícito e aquela que foi por ele causada”.

³⁸⁴ JOLOWICZ dá conta de algumas, num périplo pelos autores que procuraram reconstruir historicamente a noção de dano. Cf. “The Scope of *lex aquilia* and the question of damages”, ... cit., p. 224.

Nesse sentido, o dano avulta já não apenas como fundamento da responsabilidade, mas tendencialmente como medida dela, pelo que, e segundo a sistematização diacrónica de VALDITARA, algumas regras passam a ser fixadas para o ressarcimento do primeiro³⁸⁷. Entre eles, salientem-se o princípio do *compensatio damni cum lucro*³⁸⁸, da inevitabilidade do dano, da alta probabilidade, segundo a lógica da experiência, de o ganho se vir a obter, sempre que em debate esteja o lucro cessante, da certeza do prejuízo³⁸⁹.

Olhemos para algumas das interpretações expendidas a propósito daquela: 1) dever-se-ia indemnizar o lesado pelo valor que o incidente lhe teria custado se ocorresse no momento do mês em que mais teria valido; 2) o lesado teria direito à diferença entre o valor que a coisa tivesse obtido no ponto mais alto e o valor que tem depois do dano; 3) se não se tivesse em conta o interesse mas o real valor da coisa, isso significaria, numa construção engenhosa de autores como PERNICE, que o lesado teria de entregar a coisa lesada ao lesante.

³⁸⁵ Cf. sobre o ponto, com amplo desenvolvimento, embora preferencialmente colimado no domínio contratual, PAULO MOTA PINTO, *Interesse contratual negativo...* cit., 89 e ss.

³⁸⁶ Veja-se, ainda, quanto ao ponto, JOLOWICZ, “The scope of lex aquilia...”, ... cit., p. 225. Como salienta o autor, a necessidade de falar do interesse foi sentida quando a interpretação trouxe a lume os casos de danos parciais, constatando-se a propósito deles a injustiça de se calcular a indemnização com base no valor de mercado daquela. Por *interesse* entendia-se, segundo consta da nota 5, “o montante do dano a que se chegava tendo por base não o valor de mercado da coisa, mas a globalidade da perda sofrida pelo lesado”, identificando, portanto, o *id quod interest* de que falavam os romanos. Cf., ainda, p. 225, onde JOLOWICZ salienta que “dar a alguém o seu interesse significa colocá-lo na mesma posição, tanto quanto tal seja possível por meio do dinheiro, como se o delito nunca tivesse sido cometido, isto é, ter-se-á de comparar a situação pecuniária actual depois do delito com a situação hipotética, dando-se-lhe a diferença”. Alerta, contudo, JOLOWICZ que, em Roma, o princípio pelo qual se há-de considerar o interesse deve ser compatibilizado com a ponderação do máximo valor que a coisa pode atingir durante o período previsto na *lex*, pelo que, verdadeiramente, a introdução da doutrina do valor é, no tempo histórico a que se reporta, uma violência para a norma (cf. p. 225). Conclui, por isso, que “the principle of *interesse* shall apply, but where in estimating the *interesse* you have to take into account the value of a thing which has been destroyed, that value shall be taken at the moment when it stood at its highest during the preceding year”.

Nem por isso se suplantam as dificuldades a que o mundo romanístico nos fez aportar. Basta, para tanto, pensar no dissenso interpretativo com que se capta a solução, especialmente no tocante à destruição parcial da *res*: 1) indemniza-se o lesado pelo seu interesse; 2) indemniza-se pelo valor da coisa, que é menor que o seu valor venal, porquanto ela não foi totalmente destruída, mantendo-se um remanescente. A segunda posição, devida a VON THUR, acaba por ser criticada por JOLOWICZ, para quem os jurisprudentes romanos nunca sedimentaram verdadeiramente uma teoria acerca do dano, não tendo logrado estabelecer a distinção entre valor de mercado e valor pessoal da coisa.

Sistematiza o autor três possíveis enquadramentos para os casos: a) aqueles em que nenhuma questão de interesse colocam, e onde o valor de mercado era assumido nos termos literalmente comunicados pelo texto da lei; b) aqueles em que o ponto de vista é estritamente o interesse; c) casos em que os dois princípios colidem e é necessário harmonizá-los. Uma possibilidade seria considerar o interesse como uma das dimensões do valor da coisa. Inclui aqui o caso do escravo que, sendo morto, preclui a possibilidade de o dono obter o ganho com a herança em que ele tinha sido investido. E, segundo JOLOWICZ, ainda que a questão hoje pudesse ser vista sob o prisma da *remoteness of damage*, a recusa de ULPIANUS em ter em conta aquela circunstância prendeu-se unicamente com o facto de, no momento da morte, não se ter ainda adquirido o direito, não se ficando a dever a preocupações de limitação da responsabilidade (cf. p. 228-229).

³⁸⁷ Cf. GIUSEPPE VALDITARA, “Dalla lex aquilia...”, ... cit., p. 271.

³⁸⁸ Segundo VALDITARA, era ele que estaria contido em D. 9,2,27,28 (cf. GIUSEPPE VALDITARA, “Dalla lex aquilia...”, ... cit., p. 271)

³⁸⁹ Cf. GIUSEPPE VALDITARA, “Dalla lex aquilia...”, ... cit., p. 271-272.

Saliente-se, ainda, que o dano era integrado por um conteúdo patrimonial, ficando de fora do juridicamente relevante o dano moral. Cf. p. 272.

Torna-se, portanto, translúcida a interrogação que serviu de mote ao ponto expositivo que actualmente temos em mãos. Na verdade, mobilizando uma memória pré-disponível do *status quo* em matéria de causalidade, actualizada pelos apontamentos jurisprudenciais e doutriniais já firmados neste nosso percurso dialógico, somos instados a procurar saber se a causalidade, tal como era pensada e caracterizada, nas notas predicativas que a informavam, se esgota no que referimos ou se, pelo contrário, se derrama sobre o dano subsequente, impondo considerações de outra índole.

No sentido da segunda hipótese avançada depõe o facto de hodiernamente ser esse, e não outro, o segmento causal normalmente autonomizado pelos autores; em abono da primeira alternativa chamar-se-á à liça a estrutura sancionatória do modelo de *actio* pensado ao abrigo da *lex aquilia*. Pois que não nos podemos esquecer que, mesmo calculado o dano por referência a circunstâncias concretas e ao *interesse*, sempre se haveria de compatibilizar a pressuposição de sentido com o consagrado no texto da lei.

Ao que acresce a necessidade de dirigir breves palavras ao pensamento de VALDITARA quanto ao ponto. Efectivamente, cremos que algumas das regras restritivas de que o autor lança mão se cumprem no momento da imputação de um dano evento ao comportamento do lesante. Donde, e porque é mister não ignorar os *verba* aquilianos, algumas das cogitações que com somos confrontados parecem ter ficado resolvidas a montante.

Mais se impõe, contudo. Aquele mais que, na clara dissensão entre o dano como lesão material da coisa – que não deveria estar ausente – e o dano como prejuízo patrimonial, nos faz olhar para o segundo. E nessa medida cremos não errar se afirmarmos que a perspectiva dos jurisprudentes romanos era aí a do cálculo do dano, segundo determinados critérios de relevância forjados, sem que a ligação causal fosse pioneira das diversas soluções postuladas. Ainda que categorias como a evitabilidade do dano, agora subsequente, pudessem vir imbuídas de um pendor contrafáctico, a fazer lembrar as modernas teorias causais, o prisma sob o qual eram captadas eivava-se mais pelas notas de temporalidade do que por aquelas outras da condicionalidade. Peça fulcral do jogo que se operava era, não o podemos olvidar, o momento temporalmente determinante que condicionava o ressarcimento. A diferença que paulatinamente se introduz no espectro do discurso do decidente era pensada, não em termos de cômputo diferencial entre a situação actual e a situação hipotética em que o lesado estaria se não fosse a lesão, mas em termos de subtracção patrimonial entre a sua situação e aquela outra em que estaria no momento em que a *res* tivesse adquirido um maior valor. Donde o

juízo hipotético não ficaria dependente da ligação à conduta do lesante, mas tão só da contrafáctica constatação acerca das potencialidades oferecidas pela coisa. No que à situação actual respeita, o importante também não seria a condicional concatenação ao acto, mas tão só a constatação da perda, parcial ou total, daquela. E se pensarmos no preenchimento do *occidere*, do *urere*, do *fungere*, e do *rumpere*, a dar lugar ao *corrumpere*, estaremos em condições de perceber que era aí, imputacionalmente, na concretização dos *verba*, que se cumpria a intencionalidade causal.

Tal só é possível em face da estrutura da responsabilidade do direito romano. Pois que se parte da acção, em termos materiais, e não do resultado. E aquela só existirá, ao ponto de ser assimilada pelo juízo legal, quando se concretize no segundo. A simbiose a que se alude destrona ulteriores problemas, podendo afirmar-se que a ligação dos danos subsequentes ao comportamento do lesante é mediada pela destruição ou deterioração da coisa.

Donde podemos extrair algumas conclusões de não pequena monta para o nosso tema. Em primeiro lugar, ficamos mais claramente conscientes da íntima relação que se pode estabelecer entre o modo como vai pensada a solução em matéria de causalidade e a concepção de acção de que se parte. Não nos referimos só à índole material a que ela parece reduzir-se na Roma antiga. Intentamos sublinhar, também, a própria estrutura daquela, em torno da qual se erige o modelo aquiliano.

Em segundo lugar, avulta como imprescindível a consideração da teleologia da previsão ressarcitória. Tanto mais que, se o modelo a que nos referimos fica empobrecido se não nos apercebermos da evolução que vai da pura penalidade para o ressarcimento, são os resquícios da primitiva origem que levam o jurisprudente a valorar a acção, olhando primeiro para ela, e não para o resultado, que não é assim atomisticamente considerado³⁹⁰.

O que, por seu turno, permite antever que a intensificação da componente ressarcitória, com o conseqüente apagamento da dimensão penal, não irá deixar incólume o juízo causal³⁹¹. É certo que para isso terão contribuído factores de outra

³⁹⁰ É, aliás, isso que vai determinar a grande viragem que com o pensamento positivista se vai operar em matéria de causalidade. Como veremos, ali será a consideração do resultado no seu isolamento que vai impor uma ligação a montante com um dado comportamento que se vai procurar autonomizar. Pelo que faltará *ab initio* um pólo de imputação dele.

³⁹¹ Nesta evolução a que temos feito referência, mostra-se que a responsabilidade aquiliana não era, no período justiniano, a mesma que teria existido no momento em que foi rogado o plebiscito. Cf. A. LA TORRE, “Genesi e metamorfosi...”, ... cit., p. 87 e ss., com especial referência para a finalidade da lei. Todavia, na sua reforma, JUSTINIANO fica, segundo o testemunho do autor, muito aquém do que deveria. Veja-se p. 90. Se se salientam aí alguns pontos da sua reforma (superação da distinção entre *actio legis* e

índole – quem sabe se mais decisivamente – mas não se podem ignorar dois dados que, contribuindo para esfumar o ponto de apoio de que se partia para a resolução do problema, acabariam por ser determinantes. De um lado, caminha-se paulatinamente para a afirmação da atipicidade do ilícito; do outro, é a própria legitimidade para formular um pedido indemnizatório que é alargada, com a introdução, já em Roma, dos não proprietários no círculo de sujeitos tutelados aquilianamente^{392 393}.

Com o que se anuncia o percurso subsequente. No fundo, podemos dizer, sintetizando, que estava, com a extensão pretoriana da tutela aquiliana, aberto o caminho àquilo que seria a responsabilidade civil na Idade Média.

10. A responsabilidade civil na Idade Média

Três notas caracterizam o direito da responsabilidade civil na Idade Média. Melhor dizendo, a nota predicativa indelevelmente ligada ao modo de ser do

actio utilis, superação da diferença entre dano *dato corpori* e *dato non corpori*; concepção muito ampla de diminuição patrimonial, a prescindir da lesão corporal da coisa e da relação material entre lesante e objecto lesado), nem por isso parece haver uma explícita consagração delas. Cf. nesse sentido ZIMMERMANN, *The Law of Obligations...* cit., p. 996, citando Inst. IV, 3, 16 (*actio legis* directa para os casos de *damnum corpore corpori datum*; *actio utilis* para o *damno corpori non corpore datum*; *actio in factum si non corpore damnum fuerit datum neque corpus laesum fuerit, sed alio modo damnum alicui contigit*). Cf., a este propósito, VALCAVI, “On juridical causation in civil liability due to non-performance and unlawful conduct”,... cit., p. 34 (versão digital), considerando que, no direito justinianeu, se admitia a indemnização de danos não causados nem *corpore*, nem *corpori*, sendo o dano indemnizado apenas no limite do *duplum*.

No que ao dano que não envolvia a lesão material da coisa respeita, veja-se, porém, o que nos diz ZIMMERMANN, *The Law of Obligations...* cit., p. 1022 e ss. Alerta-nos o autor para o facto de verdadeiramente não se poder falar na ressarcibilidade do que hoje em dia é conhecido por dano puramente patrimonial. Houve, de facto, quem tenha sustentado que subrepticamente teriam sido eliminadas todas as barreiras ao ressarcimento do dano. ZIMMERMANN acabaria por contestar o entendimento. Segundo ele, mesmo quando os jurisconsultos romanos admitiam uma acção sem que houvesse lesão material da coisa, os danos a ressarcir seriam sempre resultado do facto de o lesado ter sido privado de um particular item da sua propriedade, não havendo um dano puramente patrimonial enquanto tal. No fundo, o que se admitia era uma extensão da responsabilidade para lá dos casos de lesão física da coisa, não se indo ao ponto de validar uma pretensão indemnizatória que não invocasse uma qualquer interferência com a *res*.

Outra particularidade que importa salientar prende-se com a extensão da tutela aquiliana aos danos perpetrados contra homens livres. Em causa estava, portanto, o ressarcimento do dano provocado pela lesão da integridade física.

³⁹² Cf., nesse sentido, GIUSEPPE VALDITARA, “Dalla lex aquilia...”, ... cit., p. 274 e ss.; O.E. TELLEGEN-COUPERUS, “The tenant, the borrower and the lex Aquilia”, ... cit., p. 415-436.

Note-se que a circunstância vai ainda contribuir para vincar a dimensão ressarcitória, deixando de lado uma fisionomia punitiva e de defesa estrita da propriedade.

³⁹³ Outra mutação a que a intensificação do carácter ressarcitório da *actio* daria lugar prende-se com a possibilidade de cumulação de responsabilidade. Cf., sobre o ponto, ZIMMERMANN, *The Law of Obligations...* cit., p. 1020. Se várias pessoas tivessem causado o dano, o lesado poderia pedir uma quantia correspondente à totalidade do dano a cada um dos lesantes. Tal regra cumulativa era consentânea com a natureza penal da acção em Roma. Perderia razão de ser diante da natureza estritamente reintegrativa dela, constatando-se uma alteração que seria sufragada pelos juristas da Idade Média (cf. também nota 143 na p. citada).

pensamento jurídico à época ao que acresceria o estado evolutivo da tutela aquiliana no final do Império Romano ditaram aqueles que seriam os contornos de tratamento da problemática nos reinos europeus³⁹⁴.

Chegados à Idade Média a tutela dispensada pela via aquiliana era já muito diversa daquilo que originariamente tinha sido. A tendência para a afirmação da atipicidade do ilícito continuava a desenhar-se, sendo vincada pela grande generalidade dos autores que, directa ou incidentalmente, se referem a este momento histórico³⁹⁵, ao mesmo tempo que se acentua a índole ressarcitória do instituto³⁹⁶.

Ela ficaria, contudo, paralisada. Ou seja, a recepção do direito romano operada pela Escola dos Glosadores e dos Comentadores não teve como repercussão uma reforma profunda do *status quo*. Bem se entende, aliás, que assim seja. A racionalidade hermenêutica, justificada pelo princípio da autoridade tido como central para os grandes pensadores medievais, dita uma estrita fidelidade ao texto da lei. Se não à expressão

³⁹⁴ Não se pense, contudo, haver um *continuum* linear na evolução cujo bosquejo se traça. Se a complexidade do devir histórico não fosse, como é, bastante para desmentir tal simplismo, a constatação do modo como os povos bárbaros lidaram com o modelo aquiliano viria confirmá-lo. Veja-se a propósito A. LA TORRE, “Genesi e metamorfosi...”, ... cit., p. 93 e nota 122. Considera haver dois períodos naquilo que designa por direito intermédio: o primeiro, do direito romano-bárbaro, também conhecido por direito vulgar; o segundo, do direito comum, que, iniciando-se no século XII, com a recepção do direito romano clássico, viria a ser conotado com o direito científico, por oposição àquele.

No que respeita ao período influenciado pelos povos bárbaros, sustenta LA TORRE que, não só não foi possível discernir qualquer evolução, como se não errará se falarmos de um retrocesso, denotando-se a existência de um sistema que não andaria longe da ideia de vingança e que comportava um sentido arcaico pouco distante da Lei das XII Tábuas (p. 94).

Sobre o ponto, consulte-se, ainda, para mais desenvolvimentos MASSETTO, “Responsabilità extracontrattuale (Diritto intermédio)”, *Enciclopedia del Diritto*, XXXIX, Milano, 1988, p. 1099 e ss. (aqui 1100-1106);

Do mesmo modo importa não esquecer, para lá da uniformidade racionalizante, a distância que, mesmo ténue numa abordagem macroscópica, é discernível entre a Escola dos Glosadores e a Escola dos Comentadores.

³⁹⁵ Cf., *inter alia*, GIUSEPPE VALDITARA, “Dalla lex aquilia...”, ... cit., p. 280 e ss.

³⁹⁶ Cf. A. LA TORRE, “Genesi e metamorfosi...”, ... cit., p. 97. Ilustrando o carácter mais marcadamente civilístico da tutela inspirada na *lex aquilia*, pense-se, tal como ensina o autor, na eliminação da regra da temporalidade retroactiva ou prospectiva para se calcular o valor do dano (sobre o ponto, veja-se, ainda, com maior desenvolvimento ZIMMERMANN, *The Law of Obligations...* cit., p. 1019); a exclusão da noxalidade; a consagração da regra da transmissibilidade passiva da obrigação.

Saliente-se, uma vez mais, que a evolução reportada a propósito da teleologia ressarcitória vai ter influência determinante no modo como vai problematizada a questão da causalidade. De um lado, sendo eliminada qualquer referência à litiscrescência, avulta maior a complexidade no que concerne ao cálculo da diferença para que apontava o *id quod interest*. De outro, parece encaminhar a nova intencionalidade para uma identificação entre o dano sofrido e a indemnização percebida, extirpando do montante apurado quaisquer danos que não tenham sido causados pelo demandado.

É, aliás, no mesmo sentido que joga a gradual afirmação do carácter atípico do ilícito. Pois que, à medida que se perde o centro de gravitação do juízo que é a acção bem delineada pela norma, haverá toda uma tarefa judicativa de recondução do resultado lesivo ao comportamento do agente que de outro modo sairia atenuado. Ao que acresce o facto de, perdendo-se a materialidade com que ia pensada a acção, se agudizarem os arrimos problemáticos quando confrontados com o *modus* de solução dispensado à questão nos alvares da *lex aquilia*.

verbal do plebiscito rogado no séc. III a. C., pelo menos à literalidade da compilação justiniana e aos casos nela pensados³⁹⁷.

O *Corpus Iuris Civilis* continuaria, de facto, a ser fonte de direito durante o período medieval^{398 399}. À culpa seria reservado um lugar de destaque. Tendo-se desenhado o seu papel no seio da doutrina romanística, o certo é que, fruto da influência do Cristianismo, ela iria ser erigida em nóculo central da imputação. Assimilada ao pecado, passa a ser vista como o fundamento daquela e, concomitantemente, de toda a responsabilidade que continuaria, pese embora a gradual atipicização a que já se aludiu, a estribar-se em previsões atomísticas de delitos^{400 401 402}.

³⁹⁷ Salientando o carácter exegético do pensamento medieval, cf. NILS JANSEN, *Die Struktur...* cit., p. 272

³⁹⁸ Cf., sobre o ponto, NILS JANSEN, *Die Struktur...* cit., p. 271 e ss. Segundo os ensinamentos do autor, “a responsabilidade legal medieval só pode ser adequadamente compreendida se tivermos em conta que os juristas medievais olhavam para o *Corpus Iuris Civilis* como um texto de autoridade”, procurando aceder ao sentido dele e eliminar as incoerências. Esta era a via para encontrar um fundamento para a solução normativa e para adaptar a disciplina jurídica às mudanças nas condições de vida.

Veja-se, também, FRIED, “The *Lex Aquilia* as a source of Law for Bartolus and Baldus”, *American Journal of Legal History*, nº4, 1960, p. 142 e ss.

³⁹⁹ Alguns pontos devem, contudo, ser assinalados, para lá daqueles que correspondem, *grosso modo*, à própria evolução do instituto da responsabilidade no seio do direito romano. Salienta ZIMMERMANN que, desde os glosadores, a *lex aquilia* foi utilizada para cobrir casos de lesão da integridade física dos homens livres. Embora colimado num excerto do *Digesta*, a solução torna-se então indiscutível. Cf. p. 1025. É mais importante do que isso passa a ser a questão da indemnizabilidade ou não da dor e sofrimento infligidos ao lesado. Sobre o ponto, veja-se p. 1026-1027.

Sobre a evolução no sentido da superação da tipicidade do ilícito, cf. GIUSEPPE VALDITARA, “Dalla *lex aquilia*...”, ... cit., p. 281, onde também se encontram referências atinentes à acção para tutela da integridade do homem livre. Sublinhe-se a importância do papel de BARTOLO e ACÚRSIO e bem assim a instituição de uma *actio ex delicto*.

⁴⁰⁰ Sobre o ponto, em geral, cf. GENEVIEVE VINEY, *Traité de droit civil sous la direction de Jacques Ghestin : Introduction à la responsabilité*, 2^e édition, LGDJ, Paris, 1995, p. 9 e ss. Segundo o que aí se colhe, entendia-se neste período que a negação da lei dos homens era equivalente à negação da lei de Deus e passa a dar-se um papel importantíssimo à culpa, que, com um sentido ético, é tida como a própria justificação da imputação delitual. No direito romano, não obstante a afirmação de IHERING que estima que “la notion de faute est devenue la mesure générale de la responsabilité dans le droit romain prive” (IHERING, *De la faute en droit prive*, tradução de O. MEULENAERE, p. 24 e ss.), a culpa estava longe de ocupar o lugar central da imputação delitual. A acção, em que se baseava todo o direito romano, com o seu carácter judicativo e casuístico, sem embargo de reconhecermos a importância que era dada à axiologia, especialmente por influência do pensamento grego, era atribuída à vítima de um prejuízo que apresentasse certas características objectivas. A culpa apenas era condição de responsabilidade por referência a certos delitos, embora no que diga respeito à responsabilidade contratual seja notório o desenvolvimento da ideia de culpa, domínio onde se desenvolveram os conceitos de *culpa lata*, *levis*, *in abstracto*, *in concreto*. Inegável é que os jurisprudentes romanos sempre admitiram casos de responsabilidade objectiva, designadamente em matéria de transportes, maxime em matéria de transporte marítimo. Veja-se, ainda, entre nós, MENEZES CORDEIRO, *Da responsabilidade...* cit, p. 413, onde se pode ler “o direito romano da responsabilidade é dominado pelo princípio da culpa (...) segundo parece apenas por excepção surgiam hipóteses de imputação objectiva ou pelo risco”. Não obstante, o autor não deixa de evidenciar que a culpa só iria assumir foros de justificação ideológica da imputação delitual na Idade Média.

Sobre o papel da culpa no quadro da *Lex Aquilia*, vide o que ficou dito *supra* a propósito da complexa relação.

⁴⁰¹ Entre nós, as Ordenações pouco adiantam sobre o tema. Só nas Ordenações Filipinas, já finda a Idade Média, encontrámos referências à responsabilidade civil e exclusivamente no domínio contratual:

O discurso recentra-se no fundamento desvalioso da obrigação de indemnizar, pelo que, continuando a discutir-se a distinção entre dar a morte e matar, nunca se chegou a elaborar uma doutrina acerca da causalidade. Como salienta ZIMMERMANN, “o que importava era saber em que medida o lesante criou ou não a ocasião do dano, mas essa indagação era muitas vezes anexada ao problema da culpa”^{403 404}.

Também aqui três razões logram explicar a aproblematicidade com que a categoria vinha tratada: fidelidade ao direito romano, que não tinha ido além disso; centralidade da culpa, chamada a resolver a ligação do resultado danoso ao comportamento do agente⁴⁰⁵; estrutura do real, eivada por alguma linearidade que

(...) *será elle obrigado de lhe entregar a coisa vendida, se for em seu poder; e se em seu poder não for, pagar-lhe-ha todo o interesse, que lhe pertencer, assi por respeito do ganho, como por respeito da perda – Ordenações Filipinas, Livro 4, título II, Ed. Gulbenkian, p. 779-780*

E porque este contracto se faz regularmente em proveito do que recebe a cousa emprestada, e não do que empresta, fica obrigado aquelle, a que se empresta, guarda-la com toda a diligência, como se fora sua. E não somente se lhe imputará o dolo e a culpa grande, mais ainda qualquer culpa leve e levíssima – Ordenações Filipinas, Livro 4, título LIII § 2, ed. Gulbenkian, p.874

⁴⁰² Cf. ZIMMERMANN, *The Law of Obligations...* cit., p. 1027, que considera ser a culpa o único pressuposto da responsabilidade que se manteve inalterado com a passagem para o direito comum. Cremos ser importante tecer duas considerações suplementares, diante do que poderia ser uma aparente contradição na posição dos autores. Na verdade, se nas notas anteriores frisamos o sentido evolutivo que também tinha sido derramado sobre a culpa, aqui fica registada uma quase imutabilidade do requisito. Todavia, julgamos tratar-se, como decorre das nossas palavras, de uma contradição não real. Por um lado, o sentido da anotação pretérita afigura-se mais amplo, analisando a responsabilidade civil como um todo no período romano, enquanto ZIMMERMANN, pela estrutura da sua obra, se atém exclusivamente à *lex aquilia*. Onde aproveitamos para esclarecer que, tomando a parte pelo todo, ao longo do texto nos referimos exclusivamente a esta, ainda que não confinada à literalidade da sua origem, não escarpelizando os outros delitos com que os juristas romanos se confrontavam. Temos a justificá-lo o carácter tendencialmente generalista dela que rapidamente se transmutou, quase por antonomásia, no nóculo central da responsabilidade extracontratual, cujo outro nome ainda hoje se deve ao plebiscito rogado por AQUILIO.

Em segundo lugar, importa salientar que, se ZIMMERMANN perspectiva as suas considerações do ponto de vista dogmático, a imutabilidade da categoria em termos formais não tem de corresponder à cristalização do seu fundamento ou sequer do seu sentido mais denso.

⁴⁰³ Cf. ZIMMERMANN, *The Law of Obligations...* cit., p. 1029.

⁴⁰⁴ Cf. NILS JANSEN, “Damages caused by psychological influence”, *Digest...* cit., p. 194/195, em comentário a WILHELM DURANTIS, *Speculum indiciale, lib. IV, partic. IV, De Iniuriis & Damno Dato, § 2 Sequitur, n. 16*: A matou um homem. Mais tarde, por vingança, o filho deste homem pegou fogo à casa de A e o incêndio propagou-se à propriedade vizinha. O proprietário vizinho demandou A, argumentando que ele era responsável pelo dano na sua propriedade. A foi considerado responsável, apesar de não ter despoletado o fogo. Na verdade, ele foi apenas responsável por uma morte que ocorreu há muito mais tempo. Simplesmente, ele deu ocasião ao dano (*occasionem damni dare*), que era equivalente a causar o dano (*damnum dare*).

⁴⁰⁵ Veja-se, a este propósito, MANUEL DIAS DA SILVA, *Estudo sobre a responsabilidade civil conexa com a criminal*, Coimbra, 1886, p. 46 e ss. No tocante ao direito português, MANUEL DIAS DA SILVA vem mostrar como, na Península, se sofreu a influência do direito dos povos germânicos, fruto das invasões bárbaras. O direito visigótico, que aqui passou a ser vigente, determinou, na confluência com o direito romano, no tocante à responsabilidade civil, um sistema em que continuava a existir a vingança privada, exercida sem limites pela vítima e seus parentes, mas onde, fruto da influência do Cristianismo, se passa admitir a possibilidade de prevenir futuras consequências do seu crime entregando ao ofendido ou à sua família uma compensação em dinheiro (*Wehrgeld*). Esta composição, entendida como o preço pelo qual se renunciava à vingança, era acordada pelas partes, passando depois a ser fixada pelo costume e sancionada pelas leis. Com a codificação das leis visigóticas, elas passariam a ser obrigatórias.

descomplexifica as hipóteses de surgimento dos danos, não forçando o jurista a procurar novas formas de com elas lidar.

A tudo isto, e unificando os diversos dados, juntar-se-ia a ausência de um sistema que desse coerência à multiplicidade de fontes, obviando assim a conceptualização categorial com que se lidaria mais tarde.

Há, no entanto, e no tocante à problemática causal, que sublinhar alguns aspectos não despidiendos. Diz-nos JANSEN que, a partir da década de 90 do século XIII, passa a ser concedida, embora com carácter de excepcionalidade, uma pretensão aquiliana diante de uma perda económica que não tenha sido causada *corpore ad corpori*⁴⁰⁶. No que tange às lesões indirectas, há um aumento significativo das indemnizações concedidas para cobrir os danos que ali se inscrevam⁴⁰⁷. Por outro lado, ainda que algumas soluções permaneçam inalteradas, importa não esquecer, na explicitação interpretativa que se faz do *Corpus Iuris Civilis* e na procura de coerência por parte, primeiro, dos Glosadores, e depois, dos Comentadores, que os fundamentos para elas convocados podem divergir nesta época medieval, relativamente àqueles que eram avançados na Roma Antiga.

Exemplo paradigmático disso parece ser o tratamento que alguns juristas medievais dispensam à questão da responsabilidade de múltiplos lesantes⁴⁰⁸. AZO PORTIUS⁴⁰⁹, jurista da Escola de Bolonha, ao cuidar do problema da causalidade alternativa, adere à solução de ULPIANUS e de JULIANUS, vertida em D. 9,2,11,2 e D.

No território hoje ocupado por Espanha e Portugal, vigorava o *Código Alariciano* (“extraído em grande parte das leis romanas, especialmente do *Código Theodosiano*”, seria o diploma pelo qual se regiam os hispano-romanos) e a *Antiqua Collectio* (a parte que se conhece do direito privado dos godos). Mais tarde, foi criado um código para toda a nação: o *Código Wisigothico* ou *Lex Visigothorum*, que fundiu o sistema penal do direito romano com o sistema das compensações dos visigodos. A partir deste momento, o sistema romano terá prevalecido e ter-se-á estabelecido a pretensão de apreciar a moralidade do acto e de castigar mais a má vontade do que a lesão material.

Mostra este breve excursus que paulatinamente se traça a distinção entre a responsabilidade penal e a responsabilidade civil, remetendo-se para esta o ideal reparatório, ao mesmo tempo que, por influência do Cristianismo, se humanizam as sanções e se vinca a importância da culpa, que já estava presente como requisito fundamental no período romanista.

⁴⁰⁶ NILS JANSEN, *Die Struktur...* cit., p. 275. Mais acrescenta o autor que, em determinadas situações, é possível a cobertura do dano pela *Lex Aquilia* quando a única coisa que se verifica é a violação de uma disposição legal.

⁴⁰⁷ Refere-se JANSEN à equiparação entre o *occasionem damnum dare* e o *damnum dare*. Cf. NILS JANSEN, *op. cit., loc. cit.*

Em debate estaria, também, a possibilidade de se estender a responsabilidade em caso de morte ou de ferimentos, designadamente a eventualidade de ser atribuída uma indemnização por despesas médicas, perda de rendimentos e de serem ressarcidos terceiros prejudicados com a situação lesiva.

⁴⁰⁸ Lançaremos aqui a mão do exaustivo tratamento histórico que KRUSE nos oferece acerca da causalidade alternativa. Assim, CONSTANTIN KRUSE, *Alternative Kausalität...* cit., p. 46 e ss.

⁴⁰⁹ Cf. Azo *Summa Codicis C,3,35 De Lege Aquilia*, apud CONSTANTIN KRUSE, *Alternative Kausalität...* cit., p. 46 e ss, que aqui, como anunciado, acompanharemos de muito perto.

9,2,51,1, mas fundamenta-a numa outra *ratio*. Pese embora a finalidade sancionatória, a determinar a importância subordinada da ideia de compensação, e o argumento da impunidade possam fazer rememorar a lição de JULIANUS⁴¹⁰, ensina KRUSE que, enquanto para este estaria em causa uma ideia de prevenção geral, AZO olharia para o tópico do ponto de vista do indivíduo e do seu comportamento culposo⁴¹¹. Já não seria assim com PLACENTINUS, outro dos juristas da Escola dos Glosadores, que também terá chamado à colação o argumento da impunidade. Para ele, diferentemente do primeiro, a punição necessária de um ilícito relacionar-se-ia com o argumento do bem-estar geral e não com a relação concreta entre lesante e lesado⁴¹², sem que isso implicasse, é bom de notar, uma perfeita adesão aos fundamentos romanísticos. Nunca se tendo desprendido verdadeiramente da letra dos textos justinianeus, houve uma clara tentativa de conciliação de princípios, edificando uma estrutura doutrinal de conjunto. Nessa empresa ecoa com particular importância o nome de ACÚRSIO. Na sua glosa de D. 9,2,11,2⁴¹³, esclarece-se que, se muitos lesaram um escravo, mas não se sabe qual deles causou a morte, todos devem ser responsabilizados, o que só aparentemente gera uma contradição com a ideia de base segundo a qual, na dúvida, ninguém deve ser sancionado. É que, ali, ao contrário de outras situações, parte-se de um grupo claramente definido de onde provém a indemnização, sendo que, noutras hipóteses, resulta absolutamente indeterminado o que é que foi causal para a lesão. Note-se, ademais, que ACÚRSIO não olha para a causalidade alternativa como uma exceção ao princípio da causalidade, mas como uma exceção ao princípio da prova (*in dubio neminem tenetur*)⁴¹⁴.

Com KRUSE, podemos concluir que os juristas medievais não “assumiram a causalidade alternativa como uma oportunidade para abordar os fundamentos teóricos da causalidade”⁴¹⁵. Pelo contrário, eles contentaram-se em “retratar os casos tradicionalmente solucionados por JULIANUS e ULPIANUS e em explicar os factos,

⁴¹⁰ Cf. D. 9,2,51,3: *cum neque impunita maleficia esset oporteat*. Ou seja, as más acções não devem ficar impunes. O jurisprudente romano terá mobilizado o argumento a propósito da causalidade ultrapassante ou da quebra do nexos de causalidade. Como vimos, a responsabilidade é estabelecida independentemente de os factos que a alicerçam não terem sido causais em relação à morte da vítima. Cf., a este propósito, MARTIN GEBAUER, *Hypothetische Kausalität ... cit.*, p. 17 e ss., e a propósito dos glosadores e dos comentadores p. 30.

⁴¹¹ Cf. CONSTANTIN KRUSE, *Alternative Kausalität... cit.*, p. 52.

⁴¹² Novamente, CONSTANTIN KRUSE, *Alternative Kausalität... cit.*, p. 52.

⁴¹³ Cf. CONSTANTIN KRUSE, *Alternative Kausalität... cit.*, p. 54.

⁴¹⁴ Cf. CONSTANTIN KRUSE, *Alternative Kausalität... cit.*, p. 55.

⁴¹⁵ Cf. CONSTANTIN KRUSE, *Alternative Kausalität... cit.*, p. 76.

aceitando a consequência jurídica”⁴¹⁶. A verdade é que, a despeito do manancial de possibilidades discursivas que as situações de multiplicidade de lesantes ofereciam, não só não foram além da busca da congruência exigível, como não aproveitaram os ensinamentos a esse ensejo recolhidos para dar um novo fôlego à construção dogmática do requisito causal. Apenas em relação aos segmentos que se mostravam falhos na fundamentação – v.g., no que toca à causalidade alternativa e à quebra do nexo de causalidade – se pode constatar a preocupação de aprofundamento por parte dos juristas deste período.

A fidelidade aos textos do *Corpus Iuris Civilis* cimentava as soluções predispostas à época. Um aspecto merece, no entanto, ser valorizado. Com efeito, nessa procura de fundamentos não superadora da pretérita actividade judicativa, transpirava já a importância da consideração da finalidade do ressarcimento, primitivamente perspectivado sob a chancela sancionatória, e, bem assim, da estrutura delitual onde o pressuposto em análise se integra. Não é, por isso, de estranhar que o progressivo realce dos aspectos reipercusórios e compensatórios determine preocupações acrescidas com as situações de responsabilidade sem causalidade a que fizemos referência. Do mesmo modo, torna-se perceptível que o caminho em direcção à formulação de uma cláusula delitual mais ampla, que fique longe da tipicização da *Lex Aquilia*, faça suscitar novos e mais complexos problemas a este nível⁴¹⁷.

⁴¹⁶ Cf. Cf. CONSTANTIN KRUSE, *Alternative Kausalität... op. cit., loc. cit.*

⁴¹⁷ Cf., a este propósito, NILS JANSEN, *Die Struktur...* cit., p. 291, considerando que a transformação da acção aquiliana numa cláusula geral de responsabilidade se deve a dois factores independentes. Por um lado, verifica-se o alargamento do âmbito das acções, passando os danos puramente patrimoniais a ser indemnizados no quadro da *actio in factum*, ao mesmo tempo que se torna possível avultar uma responsabilidade por lesões indirectas e por omissões. Por outro lado, esbate-se o segmento penal para se apresentar o instituto em termos meramente compensatórios. Será, segundo o autor, no quadro do *usus modernus* que a pena privada deixará de ter lugar e a *actio damno dato* assume a forma de uma cláusula geral, sendo, por isso, necessário encontrar um fundamento em termos normativos que muitos vêm a descobrir na regra do *alterum non laedere*.

Sobre o *usus modernus*, cf., *inter alia*, ALMEIDA COSTA, *História do Direito Português*, 2ª Edição, Almedina, Coimbra, 1996, p. 348. A corrente terá surgido na Alemanha, “como uma nova metodologia do estudo e aplicação do direito romano. Dentro da linha evolutiva do direito romano, o *usus modernus* significa um ciclo de passagem da Escola dos Comentadores para a Escola Histórica”. Marcada pelo racionalismo e pelo nacionalismo, a Escola deixa-se penetrar pelas ideias jusracionalistas, primeiro indirectamente (pelo esforço de adaptação do direito romano, continuando os métodos a ser idênticos aos dos comentadores), depois ao nível da doutrina e da prática.

11. A mutação da intencionalidade do jurídico: o jusnaturalismo racionalista e a edificação dos grandes sistemas de responsabilidade civil

Com a evolução denotada ao nível da dogmática ressarcitória estava criado o cenário propício à possível emergência de um sistema unitário de responsabilidade civil⁴¹⁸. Contudo, ele inexistia. E só viria a surgir fruto do labor dos autores jusracionalistas. Com eles, é toda a compreensão da juridicidade que se transmuta, abrindo as portas à passagem do período pré-positivista, em que o direito surgia incluído no âmbito da filosofia prática, para aquele outro positivista em que se perde a referência ao plano de fundamentação extralegal⁴¹⁹.

O jusracionalismo (1600 – 1800) surge como uma das manifestações do jusnaturalismo⁴²⁰. Partilha com as outras formas dele a crença na existência de um

⁴¹⁸ Cf. GIUSEPPE VALDITARA, “Dalla lex aquilia...”, ... cit., p. 283, onde se afirma que o “terreno estava pronto para a evolução conclusiva feita pelos cultores do direito natural”. Note-se que o autor se refere ao problema da conformação do ilícito que, de típico, teria gradualmente caminhado no sentido da atipicidade, a culminar no *neminem laedere*.

Sublinhe-se, a despeito de concordarmos com a formulação genérica do autor, que se não pode olvidar o sentido marcadamente formalista que, depois da sua emergência jusracionalista, o *neminem laedere* passa a ter, bem como a sua não concretização plena em muitos ordenamentos jurídicos, fruto de uma tendencial tipicização do ilícito que, não obstante, anda longe do sentido que ela conheceu na antiga Roma.

⁴¹⁹ Sobre a importância do pensamento jusracionalista na construção dos grandes modelos de responsabilidade civil, cf., *inter alia*, MENEZES CORDEIRO, *Da responsabilidade civil dos administradores* ... cit., p. 399.

⁴²⁰ O problema do direito natural sempre esteve presente no pensamento dos juristas, confundindo-se, em larga medida, com o problema da fundamentação do direito. Até ao século XIX, afirmou-se a existência de uma ordem normativa de essência superior onde o direito positivo se fundamentava. Contudo, a resposta que ao longo dos tempos foi sendo dada à questão de saber o que é o direito natural não foi unívoca, afirmando-se, conseqüentemente, diversas formas de jusnaturalismo.

Com os pré-socráticos, o direito do Estado era visto como um direito natural, porque a natureza das leis do Estado foi considerada idêntica à das leis do cosmos. O direito natural é identificado com o que impera no cosmos, regido por uma lei que garante a sua harmonia.

A esta imutabilidade contrapor-se-ia o relativismo dos sofistas, aqueles que, segundo CABRAL MONCADA (*Filosofia do Direito e do Estado, I – Parte Histórica*, Coimbra Editora, Coimbra, 1995, p. 14), podem ser considerados os primeiros positivistas do direito, na medida em que, distinguindo as leis humanas, mutáveis, das leis da natureza, afirmavam que as primeiras eram estatuídas pela vontade humana, sem qualquer objectividade e universalidade, e com um carácter relativo, da mesma forma que era relativa a verdade, enquanto criação humana. Continuam a referir-se ao direito natural, mas este não serve para fundamentar o direito positivo, antes para explicar que aquele não tem uma natureza racional e divina (cf. REIS MARQUES, *Grandes Linhas de Evolução do Pensamento e da Filosofia Jurídicas*, Centro de Estudos Interdisciplinares do Séc. XX, da Universidade Internacional da Figueira da Foz, p. 221. Aí o autor explica que, para os sofistas, a lei é uma criação dos mais fortes, que a impõem aos mais fracos, ou que é uma criação destes para manietarem o direito dos mais fortes, o único fundado na natureza. De acordo com os sofistas, a pretensa igualdade que a lei impõe é uma construção anti-natural, na medida em que a regra na natureza é a desigualdade).

Rapidamente a referência à verdade como algo que está acima dos homens foi recuperada com SÓCRATES. Através da razão chegar-se-ia aos elementos essenciais da realidade e entre eles surge o Estado, pelo que o homem deve obedecer às suas leis, ainda que injustas. Afirma-se uma identidade entre bem e verdade, entre direito e moral. A justiça e a legalidade tendem a coincidir, afirmando-se uma axiologia superior que se impõe ao direito positivo e que é inteligível através da razão humana.

O direito passa a ser um problema do justo, entendido por PLATÃO como o princípio de equilíbrio entre as restantes virtudes (sabedoria, coragem, domínio dos sentidos) e por ARISTÓTELES como uma ideia de igualdade (pelo que a justiça surge subdividida em distributiva e sinalagmática, que por sua vez pode ser comutativa ou judiciária – cf. *Ética a Nicómaco*, <http://www.uruguaypiensa.org.uy/imgnoticias/650.pdf>).

Para PLATÃO, todo o conhecimento empírico é relativo e imperfeito, sendo as ideias os únicos critérios válidos para julgar as coisas sensíveis. Para se julgar se uma coisa é justa temos de recorrer à própria ideia de justo. É através desta que devem ser aferidas as leis da *pólis*, agora enaltecidas porque se entende que o homem só pode atingir a perfeição dentro daquela.

ARISTÓTELES afasta-se do idealismo puro de Platão, afirmando uma teoria imanentista das ideias. À ideia de PLATÃO substitui-se a noção de forma, que, conjuntamente com a matéria, constitui o ser. O direito positivo passa a explicitar o direito natural, que é justo por natureza, mas já não se caracteriza por uma imutabilidade absoluta, embora esteja também longe da mutabilidade do direito positivo. ARISTÓTELES distingue ainda a lei particular (correspondente às leis particulares de cada comunidade) da lei comum (aplicável a todo o povo). No fundo, parece que podemos ver aqui uma antevisão da dicotomia romanista entre o *ius civile* e o *ius gentium*, facto em si nada estranho, dado que os juristas romanos foram profundamente influenciados pela filosofia helénica. Note-se que alguns juristas romanos falam ainda, em íntima conexão com o *ius gentium*, no *ius naturale* (GAIO. D.1,1,1,2. Também ULPIANO fala do direito natural, entendendo que ele é mais restrito que o *ius gentium* – cf. para mais desenvolvimentos, REIS MARQUES, *Grandes linhas...cit.*, p. 225 e ss.)

Com os estóicos, o direito positivo distingue-se claramente de um outro eterno, imutável, universalmente obrigatório, que aquele não pode ab-rogar, o chamado direito natural, que derivava do *logos*. A referência ao direito natural desaparecerá com os epicuristas, para quem, na procura da felicidade, único fim da vida, todo o direito é produto de uma convenção, não havendo nada na natureza que se possa considerar justo em si mesmo, e com os cépticos, também estes defensores de que o único direito existente é o direito positivo, o que se poderia notar pela diversidade de sistemas jurídicos existentes e pela constante transformação do direito na vida de um povo.

A História da Filosofia Grega é riquíssima e através dela conseguimos aperceber da futura evolução do pensamento filosófico-jurídico. Como nos diz CABRAL MONCADA (*Filosofia...cit.*, p. 21), “a história da filosofia grega dá-nos um rápido esboço, como que em miniatura, uma amostragem antecipada de toda a evolução do direito filosófico europeu, nas suas alternativas, com os mesmos sincronismos e o mesmo ritmo de sucessão de sistema. Dá-nos uma espécie de paradigma único de evolução do pensamento filosófico de todos os tempos, talvez como Roma nos dá um paradigma semelhante no que se refere à evolução jurídica e política dos povos da Europa”. Aí nós encontramos diversas posições acerca do direito natural, que vão desde a sua afirmação com uma base cosmológica, antropológica-racional, até à sua negação.

Durante o período medieval, e sob influência do Cristianismo, o direito passa a ser visto como uma manifestação de uma lei natural e da vontade de Deus. Com SANTO AGOSTINHO, o princípio de justiça reside na vontade de Deus [É certo que Santo Agostinho, em bom rigor, vive num período anterior ao início da Idade Média – ano 476. Contudo, parece-nos que a sua influência se reflecte sobretudo no período medieval. Aliás, na sistematização que apresenta, CABRAL MONCADA insere o autor nessa época]. O verdadeiro direito é o direito divino. A *lei eterna* é a “razão ou vontade de Deus”, mas não está ao alcance do homem, só sendo captável o seu sentido através da *lei natural*, escrita no coração de cada homem (“é a transcrição feita na mente do homem dessa mesma lei eterna”). A *lei positiva*, mutável, deve encontrar o seu fundamento na lei eterna, através da lei natural.

Com SÃO TOMÁS DE AQUINO, embora, o direito natural continue a ter o seu fundamento em Deus, Este passa a ser visto essencialmente como um ser de natureza intelectual. Ou seja, em vez de ser o bem aquilo que Deus quer só porque quer, afirma-se que Deus não pode deixar de querer o bem só porque este já é o bem. A inteligência divina emana uma *lex aeterna* (princípio ordenador do mundo) e uma *lex naturalis*, directamente cognoscível pela razão humana, traduzindo-se na participação da criatura racional na lei eterna. De acordo com REIS MARQUES (*Grandes linhas...cit.*, p.230), “se existe um finalismo no cumprimento da *lex aeterna* por parte dos seres não humanos, no caso do homem existe *participatio*”. A lei natural, assim concebida, desdobra-se em lei moral e lei jurídica, mais restrita, abrangendo apenas uma parte das relações entre os homens na vida em sociedade. Dentro da lei natural, podíamos distinguir o direito natural (composto por todos aqueles conteúdos que não poderiam deixar de ser comunicados porque decorrentes da lei moral e natural) e o direito positivo (imperativos fixados pelo Estado, quer para a concretização de alguns dos preceitos do direito natural, quer para regular outros aspectos da vida sobre os quais o direito natural nada diz). Cf., para mais desenvolvimentos, CABRAL MONCADA, *Filosofia...cit.*, p. 80 e ss.

direito imutável, que está acima do direito positivo; separa-se da afirmação do direito natural medieval, de cariz teocêntrico, pela origem puramente racional com que o passa a conceber.

Para tanto, terão contribuído diversos factores, que entroncam na própria forma como o homem se auto-compreende. De ser criado à imagem e semelhança de Deus, começa a olhar para si como um ser natural. O avanço nas ciências da natureza faz com que se tenha a pretensão de estender os grandes sistemas do mundo físico à sociedade, procurando compreendê-la e regê-la através de leis dotadas da imutabilidade própria das deduções matemáticas. Assim se criam os grandes sistemas, fechados, de direito natural⁴²¹.

Qualquer que fosse o entendimento, voluntarístico ou intelectualístico, que se tivesse do direito natural, era a partir dele que se desenvolviam todos os sistemas de direito.

Com o Renascimento, este estado de coisas alterar-se-á. Já não se principia a análise pelo direito natural, mas sim pelo Estado, procurando, depois, construir-se um novo direito natural, cuja ideia central já não seria Deus, mas o próprio homem. Começaria assim a evolução que desembocaria na construção de um novo direito natural, próprio da Idade Moderna.

Convém, contudo, referir a neo-escolástica peninsular ou segunda escolástica que, ligada ao florescimento do tomismo e procurando reagir contra a Reforma Protestante, parte de uma concepção teocêntrica do direito natural, afirmando a sua origem divina, ao arrepio do que parecia ser a tendência que desembocaria nos jusracionalismo. No entanto, como mais uma vez salienta REIS MARQUES, (*Grandes linhas...* cit., p. 233), “a estrutura racionalista do direito natural fica robustecida com estes últimos escolásticos (...) na construção de Suarez, as suas últimas conclusões são extraídas dos primeiros princípios. Estamos perante um sistema”. Se a lei natural resulta da vontade divina de impor uma obrigação, a lei humana emana de um poder exterior e o autor parece já conceber o direito como um conjunto de leis, afastando-nos da doutrina clássica do direito natural. Para uma comparação entre o pensamento político de SUAREZ e o de HOBBS, quer a propósito da noção de estado de natureza, quer a propósito das teorias contratualistas, veja-se Diogo FREITAS DO AMARAL, “Francisco Suarez e Thomas Hobbes – uma comparação instrutiva”, *Estado e Direito*, Revista semestral luso-espanhola de direito público, nº13, 1º semestre de 1994, p. 7 a 27. Há que, em abono do rigor histórico, ter em conta, no espaço europeu aquém-Pirinéus, a segunda Escolástica, que, no séc. XVI e XVII, resulta da necessidade de repensar “a compreensão cristão do homem e da convivência humana”. Cf. ALMEIDA COSTA, *História do Direito Português*, ... cit., p. 342. A Escola Peninsular de Direito Natural apresentou uma posição jusnaturalista, sendo “a partir de uma ordem jurídica superior, teocentricamente considerada, que os teólogos-juristas afirmam o direito positivo” e, com isso, elaboram as categorias dogmáticas modernas do direito privado.

⁴²¹ WIEACKER (*História do Direito Privado Moderno*, Fundação Caloust Gulbenkian, Lisboa, 1980, p. 288) alerta-nos para o facto de nem sempre se compreender esta origem do jusracionalismo. Diz-nos o autor que “esta génese é, decerto, abafada e muito obscurecida pelas ligações constantes do jusracionalismo moderno ao jusnaturalismo greco-helénico e à tradição da teologia moral, da metafísica do direito e da filosofia social da Idade Média; depois pelo seu envolvimento nas lutas políticas e confessionais da época; finalmente, também pelo facto de o método matemático-sistemático típico não ter chegado a ser criado pelos pensadores que são considerados fundadores do jusracionalismo (Grócio e Althusius), mas apenas pela geração seguinte de Hobbes, Espinosa e Pufendorf”.

Pensamos, contudo, que é comumente aceite a ligação entre o surgimento do jusracionalismo e o desenvolvimento das modernas ciências da natureza. Além do mais, não temos a pretensão de explicar um fenómeno da cultura jurídica de uma forma simplista, pelo que nos parece importante considerar, embora não em primeira linha, os elementos focados por WIEACKER. De facto, não é indiferente para esta emancipação do homem na forma como se compreende a si mesmo quer a influência de alguns pensadores gregos, quer as lutas religiosas que se verificaram no período em que nos situamos. Qualquer quadro explicativo que se pretenda traçar padecerá sempre das insuficiências próprias dos esquemas que procuram reduzir a complexa evolução da realidade a um enunciado teórico.

Os autores jusracionalistas partem da análise do homem para tentarem extrair dela a característica psicológica mais marcante do ser humano – instinto de sociabilidade (Grócio), egoísmo (Hobbes), instinto de conservação do homem (Pufendorf) –, com base na qual vão elaborar os sistemas de direito natural, de natureza puramente racional, que se libertam progressivamente da teologia moral, regressando ao dualismo clássico entre *ius naturale* e *ius positivum*. Uma das características marcantes do jusracionalismo foi exactamente a secularização do pensamento dos seus autores ou, mais exactamente, como refere WIEACKER⁴²², “a emancipação metodológica em relação à teologia moral e à sua promoção a uma ética social profana e autónoma”⁴²³. Liga-se a esta secularização do pensamento e do direito natural a própria mundividência da época, mergulhada em profundas crises religiosas. De acordo com o autor citado, trata-se de um direito natural que “nas guerras religiosas, políticas e coloniais da época teve de funcionar como a linguagem comum de uma confrontação que era também prosseguida com recurso a armas espirituais; uma linguagem na qual teístas (como os espanhóis, Althusius, Grócio e Leibniz), adeptos de religiões naturais (como Pufendorf, Thomasius e, em especial, Christian Wolff), panteístas como Espinosa e ateus como talvez Hobbes se puderam confrontar e compreender.”

O jusracionalismo surge numa tentativa de criar um direito das gentes que pudesse fazer entender um mundo dividido e em guerra. Mas vai mais longe e procurou

Mais se refira que, para além da complexidade da génese do jusracionalismo, não nos podemos esquecer da própria complexidade do pensamento em causa. De facto, como já tivemos oportunidade de referir o jusracionalismo não constitui um pensamento unitário, verificando-se flutuações entre os diversos autores que nele se inscrevem.

Sobre a impossibilidade de ver o jusnaturalismo moderno como um movimento uniforme, cf., para mais desenvolvimentos, CASTANHEIRA NEVES, *O Instituto dos Assentos e a Função Jurídica dos Supremos Tribunais*, Coimbra, 1983, p. 528 e ss.

Ver ainda para uma correcta compreensão das diferenças entre os diversos autores jusracionalistas, a exposição dos critérios de distinção entre eles que WIEACKER faz – WIEACKER, *História...*, cit, p. 303, nota 81

⁴²² WIEACKER, *História...*cit, p. 299

⁴²³ A grande alteração na concepção do direito natural reside essencialmente no retorno à dicotomia clássica, em oposição à tricotomia medieval cristã, assente na distinção entre *ius positivum*, *ius naturale humanum* e *ius divinum*, renovada mais tarde pela Igreja Católica. De acordo com o que nos diz REIS MARQUES (*ob cit*, pp. 235), “a transcendência é substituída pela imanência das leis, a lei eterna dá lugar à lei racional (Grócio, Leibniz) e a vontade divina é superada pela vontade do Estado (Rousseau e Hobbes).” Excepção a esta tendência é DOMAT, que procura deduzir um sistema de direito natural a partir da teologia católica e é um dos inspiradores do *Code Civil* napoleónico – cfr. *Les loix civiles dans leur ordre naturel*, cit. – no que concerne à problemática da responsabilidade civil. No sentido de atribuir esta paternidade a DOMAT, MENEZES CORDEIRO, *Da responsabilidade...*cit., p. 427.

Outra diferença fundamental entre o direito natural medieval e o direito natural racional reside na própria extensão do direito natural, dado que os jusracionalistas não se limitam a entender os princípios mais gerais daquele, chegando, pelo contrário, à construção de grandes sistemas completos e imutáveis.

um novo direito privado, para o que passa a criticar o direito positivo existente. Não se verifica, pois, um corte abrupto com o período anterior⁴²⁴.

Os primeiros jusracionalistas, como GRÓCIO mantinham a invocação de autoridades teológicas, à boa maneira escolástica⁴²⁵.

Em conclusão, podemos afirmar que três factores contribuíram para o aparecimento do jusracionalismo. Em primeiro lugar, a libertação em relação à transcendência teológica medieval e a construção de uma ordem a partir da compreensão do próprio homem. Em segundo lugar, o aparecimento de uma racionalidade sistemática, na esteira de DESCARTES e da sua concepção de método. Em terceiro lugar, o aproveitamento desta racionalidade cartesiana para se afirmar a estrutura racional do sujeito como a instância que permitia aceder à verdade, com o que surgiriam as ciências físico-matemáticas, ora com um pendor mais dogmático, ora com um pendor mais empirista (na linha de HUME e NEWTON)⁴²⁶.

⁴²⁴ A própria ideia de contrato social tão cara aos pensadores deste período já vinha de trás. Foi com Aristóteles que ela se delineou, pela afirmação do homem como um ser social, instalado na *pólis*, e pela compatibilização entre dever ser e o direito positivo, através da definição da matéria como substância da possibilidade e da forma como substância da realidade. E ela não não mais seria perdida. Era deste modelo, político e jurídico, mais do que abstracto, que resultava, durante a Idade Média, um direito de resistência dos povos contra o soberano.

O jusracionalismo, caracterizado pelo seu forte pendor racionalista, preocupou-se sobremaneira com o contrato social. O indivíduo sujeita-se a uma limitação da sua liberdade absoluta, resultando daqui uma série de direitos naturais, não se conseguindo solucionar o problema da relação entre o direito natural e o direito positivo. A criação de um direito pelo soberano passa a ser explicada através de um segundo pacto de submissão, que em HOBBS é dissolvido no contrato social, alienando, à partida, os cidadãos todos os seus direitos a favor do soberano que assim fica investido num poder absoluto. Já para ROUSSEAU, o problema é explicado com recurso à ideia de *volonté générale*, que permitia a renovação a todo o tempo do contrato social. (cf. REIS MARQUES, *Grandes linhas...cit., loc. cit*)

Apesar da contraposição nítida entre HOBBS e ROUSSEAU, o certo é que ambos os pensadores contribuíram para a dissolução do direito natural no direito positivo. Não é, por isso, de estranhar que ROUSSEAU apareça como um dos mentores da Revolução Francesa e que com base no apelo à ideia de *volonté générale* se consiga explicar a transição para o positivismo legalista posterior. Nem, por isso, devemos estranhar que HOBBS surja muitas vezes citado como um dos precursores do positivismo. Neste sentido, REIS MARQUES, *Grandes linhas...cit.*, p. 252. Aí o autor refere que HOBBS criticou fortemente a *common law*, procurando unificar as fontes do direito com o objectivo de alcançar a certeza do direito, caracterizando-se o seu pensamento pelo formalismo (o direito é direito tendo em conta quem cria a lei e não o seu conteúdo), afirmando mesmo que a própria interpretação é um factor perturbador. Não querendo negar estes dados, pensamos, contudo, ser ainda clara a inserção de HOBBS no jusracionalismo. Nesse sentido, ver, por todos, CABRAL MONCADA, *Filosofia....*, cit.

Com isto constatamos um fenómeno típico de qualquer estudo histórico: a realidade não se cinde em períodos distintos como se o posterior nada devesse ao anterior. Em qualquer ramo histórico, e também na história do direito, o futuro é sempre tributário de ideias que tiveram a sua génese no passado.

⁴²⁵ Como nos diz WIEACKER, *História...*, cit., p. 303, “o sistema de ALTAHUSSIUS remonta directamente à escolástica através de PIERRE DE LA RAMÉE; e GRÓCIO elabora os seus princípios jurídicos não através de dedução estrita a partir de axiomas, mas através da invocação das autoridades teológicas e humanísticas que tinham um carácter modelar para a ética do seu tempo.”

⁴²⁶ Neste sentido, fazendo uma brilhante síntese da problemática, na qual nos inspirámos, PINTO BRONZE, *Lições...cit.*, p. 287 e ss.

É neste contexto, filosófica e culturalmente distinto, que se repensa a obrigação de indemnizar os danos causados a terceiros⁴²⁷. Só que esta não era já vista como um mecanismo de reintegração patrimonial, como o fora depois de extirpados os segmentos de *vindicta* que a predicavam *ab initio*, mas passa a ser compreendida sob o prisma da salvaguarda de direitos naturais do ser humano⁴²⁸.

As alocações de GRÓCIO sobre a responsabilidade são disso exemplo claro. Na verdade, basta pensar que tematiza a matéria a propósito da discussão em torno do conceito de guerra justa e, designadamente, da legitimidade de se dar a morte a alguém no seio dela. É a partir desse direito natural, enquanto direito das gentes, que define o ilícito, considerando que *maleficium hic appellamus culpam amnem, sive un faciendo sive in non faciendo, pugantem cum eo quod...homines...facere debaut. Ex tali culpa obligatio naturaliter oritur, si damnum datum est, rempe ut id resarciatur*⁴²⁹.

⁴²⁷ Damos assim por transcrito aquilo que já na nossa dissertação de mestrado tínhamos mobilizado para explicitar a contextura histórico-filosófica de emergência dos modelos de responsabilidade civil. Sobre o ponto e com maiores desenvolvimentos, cf. MAFALDA MIRANDA BARBOSA, *Liberdade versus responsabilidade: a precaução como fundamento da imputação delitual?* ... cit., p. 105 e ss.

De igual modo, as linhas subsequentes serão orientadas pelo que nesse outro trabalho expendemos.

⁴²⁸ Cf. NILS JANSEN, *Die Struktur* cit., p. 328 e ss. e ID., “Duties and Rights in Negligence: A comparative and Historical Perspective on the European Law of Extracontractual Liability”, *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 24, n.3, 2004, p. 443-469, em especial p. 456. Diz-nos o autor que GRÓCIO nos oferece duas concepções diferentes da responsabilidade delitual: “reconhece como elemento básico do seu sistema o conceito de direito absoluto, individual, emprestado da Escola de Salamanca”, pelo que “toda a lesão injustificada de tal direito constitui uma *iniuria* que pode dar origem à compensação. O delito representaria uma perturbação na equivalência entre o lesante e a vítima”.

⁴²⁹ HUGO GROTIUS, *De iure belli ac pacis*, 1623, Lib. II, Cap. XVII. I. (*The Law of War and Peace in Three Books*, tradução inglesa de FRANCIS W. KELSEY (1925) com a colaboração de ARTHUR E. R. BOAK, HENRY A. SANDERS, JESSE S. REEVES e HERBERT F. WRIGHT (<http://www.lonang.com/exlibris/grotius/gro-217.htm>).

Há quem veja no seu trabalho, porém, a consagração de critérios de imputação estritamente causais. Cf., nesse sentido, FRANCESCO PARISI e VINCY FON, “Causation and responsibility: the compensation principle from Grotius to Calabresi”, *Law and Economic Working Paper Series*, George Mason University School of Law, www.ssrn.com/abstract_id=586618 (também publicado em *Maryland Law Review*, vol. 64, nº1, 2005, p. 108-135), p. 7. Em bom rigor, a alusão dirige-se à possibilidade reconhecida por GRÓCIO de se obter uma indemnização em determinados casos em que, estando ausente a culpa, a equidade o impunha. Referindo que tal ideia seria abandonada por DOMAT e POTHIER, não obtendo por isso consagração no *Code Civil*, os autores pretendem fazer a ponte entre o pensamento jusracionalista e o que, no âmbito da *Common Law* e especificamente no quadro da *Law and Economics*, vem conhecido por causalidade comparativa, equivalendo esta a uma forma de escalpelização da responsabilidade dita objectiva. A coloração económica com que matizam o problema fá-los escapar à aporética consideração veneziana da responsabilidade independentemente de culpa como uma responsabilidade puramente causal, no sentido material do termo. Sem que, verdadeiramente, nos satisfaça, ainda assim, a impostação, porquanto olvide o sentido primeiro da responsabilidade e o pendor ético-axiológico que a entretece. Ademais, o apelo à *equitas* em GRÓCIO fica longe do tratamento dogmático da questão, quedando-se, outrossim, na busca dos fundamentos imputacionais. Com o que, por seu turno, podemos intuir algo que não andarão longe das nossas considerações quando, *infra*, nos dedicarmos por breves momentos à análise económica da responsabilidade civil. Na verdade, estamos em crer que o estudo da causalidade pelos arautos de tal racionalidade anda paredes-meias com a busca do alicerce de imputação, ainda que ali ele surja transvertido na maximização do bem-estar social. Mais se diga, em abono do rigor, que para PARISI e FON “a moderna aplicação da causalidade comparativa (...) visa satisfazer outras necessidades adicionais”, surgindo “no seio de sistemas baseados na culpa ou no

Por via das preocupações denotadas percebe-se que GRÓCIO erija a culpa em fundamento da imputação delitual. Mas a culpa não aparece desacompanhada. Influenciado pelo Tomismo, o sistema delitual por si delineado é pensado na óptica da violação dos direitos absolutos, tendo uma finalidade essencialmente reipersecutória⁴³⁰. Distinguindo, claramente, o carácter sancionatório da dimensão reparatória, a entroncar, respectivamente, no direito natural e no direito positivo, GRÓCIO não deixa de lado a exigência da causalidade. Assim, pode-se ler em *De iure belli ac pacis* que “*Sciendum quoque hos omnes quos diximus ita teneri, si vere causa fuerint damni, id est, momentum attulerint, aut ad totum damnum, aut ad partem damni*”⁴³¹, ou seja, o agente só é responsável se tiver realmente causado o dano. Haveria, contudo, situações controversas em que se colocaria o problema de uma responsabilização sem causalidade^{432 433}.

risco”, e sendo “aplicada a situações em que é difícil avaliar a culpa das partes e é desejável a repartição dos danos entre os dois contendentes, com base em critérios de causalidade” (cf. p. 10), questionando-se, então, se ela surge como critério autónomo de imputação ou é mobilizada para ponderar soluções que se afastam do *tudo-ou-nada* indemnizatório no seio do risco (cf. 11). Nessa medida, ela cumpriria a função que, sendo desvelável a culpa, é remetida para a *comparative negligence* ou *contributory negligence*. Sobre o ponto, com mais desenvolvimento, veja-se o que se dirá *infra*.

Acrescente-se, apenas, a distinção plasmada por PARISI e FON entre a *comparative negligence* e a *comparative causation*, a que somos conduzidos nas p. 19 e ss. e nota 23.

Veja-se, acerca da controvérsia, a explicação facultada por NILS JANSEN, “Duties and Rights in Negligence: ...”, ... cit., p. 456. Considera o autor que GRÓCIO, na obra *Inleiding tot de Hollandsche Rechtsgeleertheyd*, pensa a *liability* sem a *wrongdoing*, já que propõe uma responsabilidade por danos causados pelas coisas de uma pessoa e sugere que o dano de uma coisa deve ser responsável pelo fogo que escapa da sua propriedade mesmo que aja sem culpa. Admite, ainda, em *De iure belli ac pacis*, que deve haver responsabilidade pelos danos causados em situações de estado de necessidade. Só que, conforme nos explica JANSEN, “esta obrigação de compensação não se adequa bem à figura da responsabilidade que é oferecida por Grócio em *De iure bellis ac pacis*. Aqui os direitos são entendidos como base para proibições contra a interferência com interesses protegidos. A tort law passa a ser vista como um dever de compensação como dever secundário ligado à violação de deveres de comportamento de primeira ordem. Foi a primeira cláusula geral de responsabilidade por culpa. Se nenhum dever de comportamento foi violado, não havia razão para impor a responsabilidade. Não há responsabilidade sem culpa”.

⁴³⁰ Cf. CONSTANTIN KRUSE, *Alternative Kausalität...* cit., p. 95 e ss.

Veja-se, ainda, NILS JANSEN, *Die Struktur...* cit., p. 328 e ss., que nesta nota acompanharemos de muito perto. GRÓCIO mantém, no seu sistema de direito natural, a distinção humanista entre os direitos absolutos e os direitos relativos. Seria a partir dos primeiros que o autor construiria o conceito de *iniuria* (cf. *De iure belli ac pacis*, Lib. I, cap. II, § 1 e Lib. II, cap. XVII, § 2) e, se, mesmo quando apresenta a ilicitude como a violação de uma lei, parece que esta fundamenta um direito absoluto, torna-se sistematicamente muito duvidoso, para JANSEN, que na cláusula delitual geral que edifica se integre o que modernamente vem conhecido por dano puramente patrimonial, pese embora o pensamento do pai do jusracionalismo influencie determinantemente futuras cláusulas delituais onde eles se inserem (como é o caso do CC francês e do seu artigo 1382º). Cf., também, p. 333

⁴³¹ Lib. II, cap. 17, § 10. Cf. CONSTANTIN KRUSE, *Alternative Kausalität...* cit., p. 95 e ss.

⁴³² KRUSE esclarece que GRÓCIO tratou da causalidade incerta em *Inleiding...* (“*Zoo wanner veele t'zamen doende zjin gheweest in vaerde ende velde, ende mids den doncker ofte anders niet zeecker en is wie de wonde heeft gegeven, zoo moeten die met haer allen eenen baerschuldigen man uit-maken, of mogen anders een voor al aengesproken werden*”, a cujo sentido só acedemos, mediatamente, através das palavras do próprio KRUSE). Assim, quando várias pessoas participam conjuntamente numa acção, e não é certo qual delas causou a lesão, deve ser determinada a responsabilidade de cada um. Caso tal não

Verdadeiramente, é compreensível a preocupação com a causalidade no seio do pensamento do autor. Se no centro da sua doutrina GRÓCIO colocou o direito subjectivo absoluto, entendido como mecanismo de protecção da liberdade dos indivíduos, então torna-se clara a predicação da responsabilidade por meio do resultado e, portanto, a necessidade de recondução daquele à conduta de um sujeito, tanto mais que, neste sistema, a culpa surge separada da *iniuria*⁴³⁴.

Outros se seguiram àquele que é considerado o pai do jusracionalismo moderno.

HOBBS elaborou os grandes princípios do direito segundo a ideia de que explicar é reduzir a realidade, por meio da sua análise, aos seus elementos mais simples, para depois a voltar a construir, a partir desses mesmos elementos. Olhando para essa realidade, concluiu que os indivíduos não passam de puras unidades abstractas e que o único dado que os caracterizava era o mais insociável dos egoísmos. Por isso, sob pena de os homens se devorarem uns aos outros, eles tiveram de abandonar o estado de natureza, renunciando ao seu direito natural de só fazer aquilo que lhes apetece, e fundaram o Estado. Este tem, pois, uma natureza contratual.

E porque o pensamento de HOBBS é dominado pelo pessimismo em relação ao ser humano, o Estado que se concebe não pode deixar de ser um Estado absoluto,

ocorra, então cada um será responsável por todo o dano. Segundo o testemunho de KRUSE, GRÓCIO trata de um caso à primeira vista análogo ao solucionado nos já nossos conhecidos fragmentos do *Digesta*: D. 9,2,51,1 e D. 9, 2, 51, 2. Há, contudo, uma diferença incontornável: se nos textos romanos se assume sempre que todos os participantes tinham lesado a vítima, só não sendo claro qual das lesões conduziu à morte, aqui a vítima sofre uma única lesão, resultando a incerteza não da multiplicidade de lesões, mas das circunstâncias que envolvem a situação. Considera KRUSE que a opção que GRÓCIO reconhece às partes é surpreendente. Cf. KRUSE, *Alternative Kausalität...* cit., p. 97.

A este propósito, cf., entre nós, JOSÉ HOMEM CORRÊA TELLES, *Digesto Portuguez ou Tratado dos Direitos e Obrigações Civis, accommodado às leis e costumes da Nação Portugueza para servir de subsídio ao novo Código Civil*, tomo I, Coimbra, Impensa da Universidade, 1835, (3ª edição 1909), p. 77, citando expressamente GRÓCIO, na fundamentação da sua solução para o caso em que muitas pessoas causaram o dano de propósito ou por culpa grave, não se conseguindo individualizar qual deles o gerou (note-se que, nesta hipótese, CORRÊA TELLES propõe que cada um responda por todos e todos por um).

⁴³³ Cf. KRUSE, *Alternative Kausalität...* cit., p. 94, em referência a DONNELLUS e à consciência que este jurista tinha de que, em determinados casos, estaria em causa uma responsabilidade sem causalidade.

⁴³⁴ Veja-se, novamente, NILS JANSEN, *Die Struktur...* cit., p. 300 e ss. O autor começa por mostrar como os juristas deste período buscam um fundamento para a responsabilidade, que se converte paulatinamente numa cláusula geral. Segundo JANSEN, “a questão que se coloca é a de saber se este princípio deve ser entendido como uma proibição geral de lesão ou como uma específica obrigação de cumprir um comportamento social determinado ou uma obrigação legal”. Assim, “pode dizer-se que uma proibição geral de lesão corresponde a uma ilicitude baseada no resultado – *erfolgsbezogener Rechtswidrigkeitsbegriff*”, enquanto “um entendimento baseado na violação de uma obrigação corresponde a um conceito de ilicitude baseado na conduta – *verhaltensbezogenen Rechtswidrigkeitsbegriff*”. Neste último caso, deverá existir uma concreta exigência que o lesante violou pelo não cumprimento de uma obrigação de conduta. Já no caso da *erfolgsbezogener Rechtswidrigkeitsbegriff*, seria suficiente, para a procedência de uma pretensão indemnizatória, a imputação de um dano (*einer zurechenbaren Schädigung*).

totalitário, cujo poder se deve estender a todas as formas de vida – nasce o chamado *Leviathan*⁴³⁵.

Neste quadro de pensamento, o direito natural mais não é do que um ditame da razão, com a mesma natureza daquele ditame que exigiu aos homens a passagem do estado de natureza para o estado social. O direito natural é definido como *o ditame da recta razão acerca daquelas coisas que o homem deve praticar, ou abster-se de praticar, para a conservação mais duradoira possível da sua vida e dos seus membros*. Ou seja, o primeiro postulado do direito natural é o dever de respeitar os nossos deveres para com os outros, porque atentar contra esses deveres é atentar contra a nossa própria conservação.

De acordo com o que nos diz CABRAL MONCADA⁴³⁶, em HOBBS, “o único direito natural a que estão subordinados os cidadãos e o soberano é o direito de auto-conservação”. Daí resulta um dever de respeitar os contratos, a propriedade e a vida dos outros, bem como de evitar a dissolução do Estado.

Com especial importância no que toca à responsabilidade civil, somos ainda confrontados com o pensamento de PUFFENDORF. Da mesma forma que os autores anteriormente referidos procuraram construir um sistema de direito natural a partir de um determinado axioma, também PUFFENDORF tenta deduzir de um único princípio todo o sistema de direito natural. E vem a encontrá-lo na ideia de conservação do indivíduo que se reconhece no pleno desenvolvimento do seu instinto de sociabilidade. Um dos deveres fundamentais que resulta desse princípio básico é o de não causar danos a outrem. Por isso, quem assim actuar deve indemnizá-los, pressupondo tal obrigação a imputabilidade do agente causador do dano. Este é um conceito novo, embora de certo modo já implícito na construção de GRÓCIO, ao afirmar que as crianças não cometiam um acto ilícito, pelo que contra elas não seria justo matar, mesmo durante a guerra. Com PUFFENDORF o conceito de imputação, que tem subjacente a si a vontade e o discernimento, torna-se evidente. Mas curiosamente, o autor vem admitir a existência, embora excepcional, de casos de responsabilidade sem culpa, designadamente nas situações de danos provocados pelos escravos ou pelos animais⁴³⁷.

⁴³⁵ Cf. HOBBS, *Leviathan*, 1651 (disponível em formato digital em http://books.google.pt/books?id=Q4nPYeps6MC&printsec=frontcover&dq=Thomas+Hobbes+Leviathan&hl=pt-BR&ei=0ZqpTqHWNOBQ4QS06_XrDw&sa=X&oi=book_result&ct=result&resnum=1&ved=0CDIQ6AEwAA#v=onepage&q&f=false)

⁴³⁶ CABRAL MONCADA, *Filosofia*....cit, p. 175

⁴³⁷ Cf. SAMUEL PUFFENDORF, *De jure naturae et gentium*, tradução de BARBEYRAC – *Le droit de la nature et des gens*, tome I, Basle, 1732, Lib. I, Cap. V.

No fundo, a imputação de que se cura implicaria que o sujeito estivesse apto a prever as consequências do seu acto e que pudesse reconhecer a antijuridicidade do seu comportamento. Dito de outro modo, a *imputatio* envolveria, em regra, um juízo de reprovação próximo da culpabilidade, ao mesmo tempo que se estribaria na constatação de um desvio relativamente ao que era exigido⁴³⁸. Donde se começa a cindir, embora com contornos esfumados, no seu seio, um lado objectivo de outro subjectivo, divisória que assumiria papel determinante no pensamento de THOMASIIUS. Na verdade, para este, não se justificaria em determinados casos a exigência da culpabilidade, bastando, para que aquele juízo imputacional pudesse ter lugar, que uma pessoa tivesse causado o dano⁴³⁹. Para THOMASIIUS, se alguém, com o seu comportamento, causa um dano, então deve ser responsabilizado mesmo que tenha actuado não culposamente. O fundamento da teoria podemos encontrá-lo numa ideia de responsabilidade pessoal: a imputação, para o autor, mais não significa do que a atribuição das próprias acções e das suas consequências aos seus autores, prescindindo-se da culpa no que concerne à obrigação

Cf., a este propósito, MENEZES CORDEIRO, *Da responsabilidade civil dos administradores...*, *loc. cit.*

⁴³⁸ PUFENDORF edifica o seu sistema delitual com base nos deveres morais de cada homem, que se unificam no propósito comum de permitir a co-existência próspera de todos os seres racionais. No centro de tais deveres, encontramos a genérica proibição de lesão (*allgemeine Verletzungsverbot*) que PUFENDORF acabaria por, numa aproximação a GRÓCIO, perspectivar com base nos bens jurídicos, isto é, nos direitos subjectivos. Sobre o ponto, cf., uma vez mais, NILS JANSEN, *Die Struktur...* *cit.*, p. 387. No fundo, afirmava-se que ninguém pode lesar um direito alheio, sob pena de sobre ele recair uma obrigação de indemnização. A culpa marcará a sua presença no sistema assim delineado, aparecendo dicotomizada da ilicitude. Porque a responsabilidade civil implicaria uma punição, exigir-se-ia a imputabilidade (*Zurechenbarkeit*)

⁴³⁹ *Sufficit, quod factum meum dominus adversus me allegare possit. Nam si vitrum nonn sumsissem in manus, no etiam id fuisset fractum. Quam innocens igitur sit curiositas mea, mea tamen est, non domini vitri* (THOMASIIUS, *apud* ZIMMERMANN, *The Law of Obligations...* *cit.*, p. 1033). ZIMMERMANN esclarece, a propósito do exemplo avançado por THOMASIIUS, que o princípio subjacente à imputação é o da maior proximidade do sujeito ao dano. Donde parece que se desenha a causalidade como fundamento imputacional.

Advirta-se, contudo, que o sentido com que assumiremos o carácter imputacional da causalidade anda longe da afirmação dela como fundamento da responsabilidade. Na verdade, se o que parece transparecer da posição de THOMASIIUS é a responsabilidade pela causação do dano, defenderemos que a culpa não se poderá apartar, fora hipóteses excepcionais, do quadro de requisitos de procedência de uma pretensão indemnizatória.

Cf., de THOMASIIUS, *Insitutiones jurisprudentiae divinae*, 1694.

Uma última nota para mostrar que no exemplo de que se fala (A vai a casa de um amigo e, pegando numa jarra para a ver, deixa-a cair e parte-a) seria, porventura, discernível a negligência do comportamento, a justificar a obrigação de indemnização. Pois como se sabe esta não fica dependente da intencionalidade nem aquela se confunde, por antonomásia, com o dolo. Cf. ZIMMERMANN, *The Law of Obligations...* *cit.*, p. 1033, nota 229.

Note-se, ainda, que PUFENDORF, tal como GRÓCIO, reconhece excepções ao princípio da culpa, admitindo casos de responsabilidade objectiva, designadamente em situações de estado de necessidade ou de responsabilidade noxal pelo dano causado por um animal ou por um escravo. Cf. NILS JANSEN, *Die Struktur...* *cit.*, p. 340.

de indemnizar⁴⁴⁰. Não deixa, contudo, de se centrar no direito subjectivo. Na verdade, em causa estaria a consideração de que aquele confere uma protecção tão ampla quanto possível, pelo que o titular lesado há-de, pelo menos, poder obter o valor económico correspondente ao interesse jurídico lesado⁴⁴¹. Normativamente, o autor parece encontrar uma justificação e um critério para a imposição de uma obrigação ressarcitória: a criação de um risco impende sobre aquele que o gerou no seu próprio interesse, dado que não deixa de ser problemático em termos de fronteiras⁴⁴², fazendo apelo a uma ideia de *Handelns auf eigene Gefahr* (comportamentos no seu próprio risco)⁴⁴³.

O jusracionalismo orientou-se, assim, pela importância conferida aos direitos naturais do homem e encaminhou-se para as ideias de sistematização e generalização. Procurando deduzir todo o direito de um único princípio, de uma forma puramente racional, os autores jusracionalistas acabam por construir sistemas fechados de direito positivo. E o culminar lógico dessa tendência foi o movimento da Codificação. O direito passa a ser concebido como um conjunto de regras, de normas, positivando-se nos sistemas especulativamente criados⁴⁴⁴.

⁴⁴⁰ Cf. NILS JANSEN, *Die Struktur...* cit., p. 344. Note-se que a culpa e o mérito poderiam ser importantes a outros ensejos, designadamente quando houvesse de punir o sujeito, mas tornam-se irrelevantes em sede de ressarcimento, onde avulta maior uma ideia de equidade.

⁴⁴¹ Veja-se, novamente, NILS JANSEN, *Die Struktur...* cit., p. 346 e a referência que aí encontramos ao *Vollständigkeitspostulat*. Atente-se, também, nas críticas ao princípio que JANSEN traz a lume.

⁴⁴² NILS JANSEN, *Die Struktur...* cit., p. 347. Retomando o exemplo da jarra que o lesante deixa cair em casa de um amigo, JANSEN mostra como o caso pode ser decidido de outro modo se o proprietário tivesse colocado, por consideração, a jarra na mão do seu convidado. Admite THOMASIIUS que pode ser razoável aceitar a ideia de que, para uma mais fácil aplicação da lei, se pode exigir uma certa negligência do causador do dano. Mas o standard de cuidado não pode ser exigente, nem deve ser assumido como verdadeiro requisito da imputação. É a prescindibilidade da culpa, aliás, que justifica a responsabilização de menores e de inimputáveis.

⁴⁴³ Cf. NILS JANSEN, *Die Struktur...* cit., p. 347. Sublinhe-se a importância do conceito no quadro da imputação objectiva a que nos referiremos *infra*.

⁴⁴⁴ Estes Códigos que agora surgem diferem totalmente das anteriores compilações medievais. Enquanto estas procuravam coligar a legislação dispersa, os Códigos jusracionalistas tinham a pretensão de regular de uma forma acabada e tendencialmente definitiva um determinado ramo do direito. Como refere CASTANHEIRA NEVES (“Escola da Exegese”, *Digesta*, vol. II, Coimbra Editora, Coimbra, 1995, p. 182), “a ideia de código, no seu sentido cultural e juridicamente específico, implicava que um código não fosse mera colectânea de leis, mas um corpus legislativo que se propunha, de modo racional, sistemático e unitário, a regulamentação total e exclusiva, e mesmo idealmente definitiva, de um certo domínio jurídico”.

Veja-se, ainda, ALMEIDA COSTA (*História do Direito Português...* cit., p. 404 e ss.). Aí o autor refere que “as anteriores grandes colectâneas de direito (...) correspondiam mais ou menos a períodos de síntese ou de estagnação da criatividade jurídica. Tradicionalmente, o objectivo consistia na mera organização de repositórios actualizados do direito vigente, sem grandes preocupações quanto à sua estrutura interna. Tratava-se, sobretudo, de obras de “consolidação jurídica”. Ora, os códigos modernos (...) propunham-se ser inovadores, realizando uma verdadeira transformação jurídica, com o escopo de modernização, progresso e felicidade dos povos”.

Nos primeiros Códigos Jusracionalistas encontramos já importantes referências ao problema da responsabilidade, que depõem no sentido primariamente por nós traçado⁴⁴⁵.

Assim, no *Codex Maximilianeus Bavarius Civilis* (1756) pode ler-se, na parte IV, cap. XVI, §2.3.4., *ex delicto fica-se obrigado (...) perante a parte lesada, à restituição, à indemnização e à satisfação. Quem perpetre um delito fica, com isso, obrigado para com a parte prejudicada a uma reparação pecuniária. É delito tudo o que, contra a lei e o comando, se cometa ou omita de livre vontade.*

No Código Prussiano (*Allgemeines Landrecht* prussiano de 1794), estabelece o §93 que *aquele que perturbe outrém no exercício do seu direito é responsável, para com ele, por todos os danos e desvantagens daí resultantes*^{446 447}.

E no Código Austríaco de 1811 (*Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch* austríaco) lê-se, no § 1295, que *todos têm direito a exigir do agente a indemnização do dano que este tenha causado com culpa; o dano pode ter sido causado pela inobservância de um dever contratual ou sem relação a um contrato.* E mais à frente, no § 1305, dispõe-se que *em regra ninguém é obrigado a indemnizar os danos que se tenham provocado sem culpa ou através de um comportamento não propositado.*

A breve análise dos preceitos citados permite extrair importantes conclusões.

Em primeiro lugar, é evidente a amplitude das cláusulas de responsabilidade civil com que somos confrontados. A única exigência que os preceitos estabelecem é a de que seja violado um direito, perturbado o seu exercício. Em segundo lugar, podemos constatar que ou os preceitos em análise não estabelecem como requisito autónomo de responsabilidade civil a ilicitude, baseando a obrigação ressarcitória na verificação de

⁴⁴⁵ MENEZES CORDEIRO entende não estarmos ainda perante verdadeiros códigos. Nesse sentido, MENEZES CORDEIRO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 1º volume, 2ª edição, AAFDL, Lisboa, 1987/88, p. 55, nota 3 – “o *Allgemeines Landrecht* prussiano de 1794 tinha já algumas características que prenunciavam a codificação, embora não fosse ainda um verdadeiro código, no sentido actual. De qualquer forma, pensamos que algumas das características do movimento da codificação já estariam aqui presentes e que a ideia do insigne civilista português não põe em causa a nossa conclusão no que respeita ao problema da responsabilidade civil.

⁴⁴⁶ Cf. NILS JANSEN, *Die Struktur...* cit., p. 354, afirmando que o código prussiano terá sido inspirado pela concepção de WOLFF. Para ele, o direito privado orientava-se pelo dever (*pflichtenorientiert Verständnis*). A consideração deste dever permite estabelecer a ligação entre as regras objectivas de conduta e os direitos individuais. Para WOLFF, a acção ilícita acabaria por se autonomizar como violação de um direito subjectivo.

⁴⁴⁷ No que tange à causalidade, cf., ainda, § 26 I 6 ALR, onde se determina que, havendo violação de uma lei de polícia, não só a culpa dos lesantes, como também a causalidade deve ser presumida.

danos causados culposamente, ou se o fazem consideram ilícita qualquer interferência com um direito, não precisando que tipo de direito será este⁴⁴⁸.

Os códigos estão, portanto, em perfeita sintonia com o pensamento jusracionalista que os sustenta. Basta cotejar as soluções por eles consagradas com o pensamento dos autores anteriormente referidos para constatar-mos isso mesmo. Para eles o direito positivo fundava-se num direito natural, de cariz puramente racional, que se deduziria logicamente de um axioma primário, ao qual chegam pela análise da própria natureza humana. Com as diferenças que os separam, é notória a tendência para reconhecer à sociabilidade do homem ou ao seu instinto de preservação a característica peculiar a partir da qual tudo o resto haveria de ser deduzido. Assim sendo, não é de estranhar que os autores jusracionalistas considerem que um dos primeiros deveres de cada um é o de não causar danos aos outros e o de respeitar os direitos alheios. Próprio do pensamento jusracionalista parece, pois, ser o princípio do *neminem laedere*⁴⁴⁹, que haveria de ser fortemente limitado pelo positivismo posterior. Entendia-se mesmo que

⁴⁴⁸ Cf., porém, a previsão do dano ao nível do código prussiano. É tido como a deterioração das condições do homem, quanto ao corpo, à liberdade, ou aos bens. Para maiores desenvolvimentos, designadamente no que tange à distinção entre culpa e dolo e à repercussão dela no seu seio, cf. A LA TORRE, “Genesi e metamorfosi...”, ... cit., p. 102, nota 145. Cf., também, NILS JANSEN, *Die Struktur...* cit., p. 354 e ss., onde o autor aponta índices de reconhecimento da dimensão sancionatória do sistema delitual assim consagrado.

Importa, ainda, ter em atenção o que tem sido por nós considerado neste breve excursão histórica. Na verdade, pese embora o que aqui fica dito, não nos podemos esquecer da polarização da ilicitude no resultado, a identificar-se com a violação do direito absoluto. Em causa estaria, já, a necessidade de salvaguardar o desenvolvimento da vida económica. V., novamente, NILS JANSEN, *Die Struktur...* cit., p. 302 e ss. Para outras considerações, atente-se na nossa exposição subsequente. Cf., ainda, do último autor citado, p. 354 e ss.

⁴⁴⁹ A afirmação do preceito *neminem laedere* vem já do direito romano, na célebre fórmula latina *alterum non laedere* (Ulpianus D. 1,1,10,1 – “*Iuris praecepta sunt haec: honest vivere, aletrum non laeder*” – “os preceitos jurídicos de qualquer norma jurídica são estes: não abusar dos seus poderes, não prejudicar ninguém, atribuir a cada um o que é seu”).

SEBASTIÃO CRUZ (*Direito Romano, Ius Romanum – I – Introdução. Fontes*, Coimbra, 1984, p. 12 e ss., nota 5) diz-nos que o segundo preceito, “assim como o terceiro, constituem a base do viver social. São limites imperativos impostos ao homem, como sujeito do ordenamento jurídico: “*alterum non laedere*”. A estabelecer que o uso de um direito próprio tem de coexistir com os direitos dos outros”. Mas esclarece, mais à frente, que “são próprios da *societas iruis*; por isso, o texto lhes chama *praecepta iuris*”, pelo que “não podem considerar-se comuns a todas as normas de convivência humana.” E continua, afirmando que “estes famosos *tria praecepta iuris* são uma síntese admirável de todo o ordenamento jurídico”, aos quais “nem sempre foi atribuído o mesmo conteúdo; que variou conforme os princípios metajurídicos, de ordem filosófica que estavam na base da ordem social e concretamente da ordem jurídica de determinada época e de um povo”.

Cf., quanto ao ponto, GOTTFRIED SCHIEMANN, “Das allgemeine Schädigungsverbot: “*alterum non laedere*””, *Juristische Schulung. Zeitschrift für Studium und Ausbildung*, 29. Jahrgang, Heft 5, 1989, p. 345 e ss., analisando a evolução do conceito de *neminem laedere*, desde a Antiguidade (p. 346), até à Pandectística, passando pela referência à Idade Moderna e ao pensamento de inúmeros autores que aí se integram (p. 348 e ss.). Veja-se, ainda, FRANCESCO CALASSO, « *Alterum non laedere* », *Enciclopedia del diritto*, II, 1958, p. 93 a 96; SALVATORE PUGLIATTI, “*Alterum non laedere* (Il diritto positivo e le dottrine moderne)”, *Enciclopedia del diritto*, vol. II, Milano, 1958, p. 98-108; WIDAR CESARINI SFORZA, “*Alterum non laedere*”, *Enciclopedia del diritto*, II, 1958, p. 96 a 98

ele constituía uma conquista racional do homem, sobretudo no período em que o jusracionalismo se associa ao iluminismo. A tendência de generalização própria da época em análise também depunha a favor de soluções deste género. A generalização máxima estava na consideração de que qualquer dano que resultasse da violação de um direito fazia incorrer a pessoa numa obrigação de indemnizar.

As conclusões não são novas. Mas nem por isso são menos importantes, posto constituírem um ponto de apoio seguro para ulteriores lucubrações a propósito da causalidade.

Fixemos, pois, os pontos mais marcantes do novo modelo de pensamento de que damos conta, em tudo o que ele se projecte em sede de responsabilidade civil. Três notas, vertidas em três binómios, parecem ser bastantes para captar a intencionalidade com que ela vem desenhada⁴⁵⁰.

À atomística individualização romanística, convertida dogmaticamente em tipicidade, sucede-se a generalização acompanhada da tendencial atipicidade do ilícito cujos contornos se vinham delineando progressivamente⁴⁵¹.

Tal justifica-se, a par do pano do fundo que a matriz do pensamento agora abraçado faz recair, de forma contaminante, sobre toda a juridicidade, pela diversa intencionalidade com que é captada a essência do ser humano. Repare-se que da plena imersão no cosmos natural, passando pela compreensão de si mesmo na referência teológica, se cai na afirmação contundente do homem individual de cariz racional. A abstracção fundadora dos contratualismos que à época se esboçam acaba por ser determinante de um olhar diverso sobre o problema da responsabilidade. O homem já não é responsável pela perturbação de um elemento do todo onde se integra, que deveria ser proscrita preventivamente pela previsão normativa, mas é responsável pela interferência com os direitos naturais e inalienáveis, nessa medida absolutos, dos outros

⁴⁵⁰ Os binómios a que se aludem implicam o cotejo comparatístico entre a doutrina romanística da responsabilidade civil e aquela a que aportamos por via dos autores jusracionalistas. No modo de exposição poderia ficar implícita a absoluta clivagem de soluções a que uns e outros nos conduzem. Sem que, no entanto, tal seja correcto. Na verdade, testemunhos de autores mostram que nem todos renegaram os ensinamentos contidos na casuística aquiliana. LA TORRE fala mesmo de dois grupos de pensadores: a) aqueles que prestam homenagem às fontes clássicas e elevam o *damnum iniuria datum* a expoente único e geral das obrigações advindas de um facto ilícito; e b) aqueles que, como THOMASIIUS, reconhecendo a vigência do direito romano enquanto direito natural, não têm qualquer prurido em renunciar às suas soluções. Cf. A. LA TORRE, “Genesi e Metamorfosi...”, ... cit., p. 99. Veja-se, igualmente, sobre a posição de THOMASIIUS, ZIMMERMANN, *The Law of Obligations...* cit., p. 1031.

⁴⁵¹ Cf. A. LA TORRE, “Genesi e Metamorfosi...”, ... cit., p. 98. A propósito de GRÓCIO, escreve o autor “il maleficium non è il denominatore comune di figure isolate di delitti e quasi delitti, ma una figura autonoma caratterizzata dalla *culpa sive in faciendo sive in non faciendo* ed *ex tali culpa obligatio naturaliter oritur si damnum datum est, nempe ut id resarcitur*”.

seres humanos. O que se joga neste período, também ao nível civilístico, são as condições de compatibilização de individualidades que se confrontam.

A estrutura delitual vem, então, pensada em termos de conflitualidade de esferas individuais, encerradas sobre si mesmo. De um lado, o sujeito lesado que, portador de um círculo autistamente delineado de direitos, dirige, contra todos, uma pretensão de respeito, no sentido de abstenção de todo e qualquer comportamento que os possa pôr em causa. De outro lado, o sujeito lesante que, também portador dos mesmos direitos, analisáveis sob a óptica da liberdade, negativamente entendida, enquanto magma unificador daquele círculo a que se aludiu, exige, em nome da salvaguarda daquela, a restrição da responsabilidade⁴⁵².

Dois são, pois, os pilares de intelecção do instituto. Um e outro actuam de forma não convergente, digladiando-se na medida em que representem interesses contrapostos. A tensão que perpassa a responsabilidade civil, quando contemplada na óptica dos sujeitos actuantes, figuras processuais de relevo, afigura-se ser, afinal, de forma não harmonizável a que matiza estrutural e fundacionalmente todo o instituto. É a falta de harmonia a que se alude, só contornável numa perspectiva dialéctica de compreensão conjunta da liberdade *versus* responsabilidade, determina que o juízo a entretecer deva privilegiar um dos pólos em confronto.

A afirmação do *neminem laedere* outra coisa não representa do que a busca de salvaguarda, por via repressiva, dos direitos naturais a que se alude e a cuja intelecção se chega pela contemplação da natureza racional do ser humano. A liberdade, na medida em que informa, afinal, nos moldes individualistas em que é conceptualizada, esses direitos inalienáveis, exigiria, porém, a demarcação das esferas de acção, assumindo-se a culpa como expediente técnico de concretização delas.

Neste caleidoscópico enquadramento, podemos, assim, aventar duas possibilidades teóricas. Ou o acento tónico é colocado nos direitos a salvaguardar e se parte da responsabilidade compensatória para a limitação da mesma, em nome da preservação, identicamente válida, dos direitos de acção do outro; ou o acento tónico se fixa na liberdade exercitável e (in)compreendida em termos negativos e a regra é a

⁴⁵² Cf. NILS JANSEN, *Die Struktur...* cit., p. 353, considerando que, nesta época, o direito delitual “define o que é, ao nível do direito privado, permitido e proibido”. Trata-se de um domínio onde a liberdade individual encontra a liberdade do outro, para aí definir o seu limite. Assim sendo, a responsabilidade civil transforma-se num instrumento de definição das esferas subjectivas de liberdade – *subjektiver Freiheitssphären*.

restrição, buscando-se, passo a passo, um fundamento específico para a responsabilidade.

Aquela seria a posição firmada pelo jusracionalismo; esta anuncia já a degenerescência dele no positivismo⁴⁵³.

E com isto, embora de forma perfunctória, acedemos à chave de compreensão da causalidade no quadro do pensamento moderno.

Utilizando-a, retomemos às previsões codicísticas a que aludimos *supra*. A amplitude das cláusulas nelas contidas mostra a preocupação cimeira à época: a incontornabilidade da culpa na afirmação da responsabilidade; uma concepção ampla de dano⁴⁵⁴.

Determinando-se o fundamento, o mesmo acabava por ser convertido em critério de solução dos casos que emergissem na realidade. Em tudo o resto, a conceptualização mostrava-se ainda incipiente, não se tendo arredado o legado do direito romano⁴⁵⁵, nem se logrando obter uma visão da causalidade que se apartasse da busca da causa material.

De todo o modo, as previsões a que aludimos, se completadas com outras considerações atinentes às codificações em apreço, permitem perceber que a importância da categoria é relativa no espectro dos sistemas delineados. Quer no código austríaco, quer no código prussiano, a indemnização a que a actuação culposa daria lugar oscilava consoante aquela traduzisse um comportamento doloso ou meramente negligente⁴⁵⁶. Isto é, o desvalor de conduta derramava a sua influência no *quantum* que se atribuía, mostrando a centralidade da culpa, ali também como medida do próprio ressarcimento. Com o que seria o *damnum culpa datum* a resolver, a um tempo, o problema da imputação e do cálculo das suas consequências.

⁴⁵³ Curiosamente, ainda hoje, talvez porque sejamos herdeiros directos do pensamento positivista, a bipolarização continua a ser actual, podendo concluir-se que a montante e a jusante do pensamento positivista as preocupações acabam por ser as mesmas.

Note-se, porém, que quando nos pronunciamos num sentido próximo ao primeiramente explanado derramamos uma intencionalidade diversa, já não informada exclusivamente pela necessidade de salvaguardar determinados direitos, jus-subjectivamente titulados, mas de actualizar pela via da responsabilidade a liberdade de quem actua, compreendida em moldes positivos, como verdadeira autonomia. Para mais desenvolvimentos, cf. *infra* o que se dirá sobre a teleonomia responsabilizatória.

⁴⁵⁴ A sintonia com o pensamento dos autores que oportunamente visitamos mostra-se igualmente perfeita. Cf. A LA TORRE, “Genesi e metamorfosi...”, ... cit., p. 98. Referindo-se a PUFENDORF, salienta que o pensador assumia o dano na concepção ampla de diminuição patrimonial, sendo ressarcível sempre que se verificassem as seguintes condições: 1) ilicitude; 2) ausência de consentimento do ofendido; 3) elemento subjectivo (culpa ou dolo).

⁴⁵⁵ Nesse sentido, cf. A. LA TORRE, “Genesi e metamorfosi...”, ... cit., p. 101.

⁴⁵⁶ Cf. A. LA TORRE, “Genesi e metamorfosi...”, ... cit., p. 101 e nota 145. Veja-se, também, GIUSEPPE VALDITARA, “Dalla lex aquilia...”, ... cit., p. 284 e NILS JANSEN, *Die Struktur...* cit., p. 354.

É claro que isto não desmerece a importância de uma busca causalmente relevante. Tanto mais que, ao não se definir tipicamente a conduta no ordenamento jurídico prussiano, haveria sempre de saber, em face da norma, quais os danos resultantes daquela. Ao olhar para o resultado, na senda do jusnaturalismo a que se aporta, impunha-se a recondução dele ao comportamento, mesmo que isso não se reflectisse fielmente na obrigação de compensar o dano. Ainda que a magnitude desta ficasse dependente da nota de culpabilidade e isso desonerasse em certa medida o papel tradicionalmente reservado ao nexos de causalidade, este seria sempre chamado a depor.

Contudo, em parte pela falta de uma dogmática consistente que, com cariz conceptual, viesse tematizar o problema⁴⁵⁷, a questão era resolvida sem a densificação teórica que posteriormente haveria de conhecer⁴⁵⁸.

Em GRÓCIO, como se viu, a causalidade foi claramente identificada como requisito delitual, mas foi estimada sem o apelo ao rigor conceptual a que seríamos conduzidos posteriormente⁴⁵⁹. Em PUFENDORF, encontraríamos pela primeira vez o

⁴⁵⁷ Percebe-se, por isso, *avant la lettre* que tenha sido no quadro dos sistemas influenciados pela conceptualização pandectística que foram oferecidos os maiores contributos para a densificação da causalidade em termos dogmáticos estritos. Isto, claro, sem embargo do reconhecimento do papel que aqueles sistemas de *Common Law* tiveram na matéria.

A este propósito, veja-se o testemunho de CONSTANTIN KRUSE, *Alternative Kausalität...* cit., p. 90 e ss. [Cf., ainda, MARTIN GEBAUER, *Hypothetische Kausalität...* cit., p. 33 e ss., evidenciando que no período da pandectística a questão da causalidade passa a relacionar-se sobremaneira com a questão do interesse. Sublinhe-se, contudo, que, atenta a problemática abordada pelo autor, o enfoque é sobretudo colocado na determinação do *quantum* a indemnizar e não tanto na própria definição de causalidade como um requisito que funda a obrigação de ressarcir]. Referindo-se ao *usus modernus pandectarum*, dá conta da estagnação dogmática do nexos de causalidade. Na verdade, no âmbito daquele, a causalidade será ainda discutida de acordo com as fontes jurídicas romanas, não se denotando nenhuma evolução relativamente ao tratamento que lhe era dispensado na Idade Média. No período do jusracionalismo, os dados do problema não se alterariam sobremaneira. A causalidade é tida em conta, como pudemos observar, fruto quer do incremento da dimensão indemnizatória do instituto, quer da predicação da responsabilidade no resultado lesivo. Contudo, estava-se, ainda, longe de uma dogmática conceptual que elevasse a foros de cientificidade o requisito causal.

⁴⁵⁸ Cf. A. M. HONORÉ, “Causation and remoteness of damage”, ... cit., p. 30. Numa sinopse da evolução do requisito causal ao nível da responsabilidade civil, o autor afirma que a necessidade de elaborar uma teoria acerca da matéria só surge com a industrialização do século XIX e a multiplicação, por ela potenciada, dos acidentes, a envolver complexas sequências de eventos. Assim, em Roma, os problemas relativos à causalidade não seriam discutidos sistematicamente, embora algumas questões emergissem em torno dela. O *status quo* não se alteraria sobremaneira com os Comentadores, embora estes insistissem na distinção entre a ilicitude, a culpa e a causalidade, numa embrionária analítica conceptual que seria posta em causa pelos jusnaturalistas que tendem a confundir a causalidade e a culpa. Não é, por isso, estranho – podemos afirmá-lo – que autores que se filiam na senda do jusnaturalismo tenham insistido na ideia de previsibilidade para responder a algumas das questões patenteadas a este ensejo. Cf. POTHIER, *Traité des obligations*, tome I, Bruxelas, 1835, n. 161, considerando, no quadro contratual, que a indemnização cobre os danos que as partes deveriam ter tido em conta, considerando o objecto do contrato, e que, havendo dolo, a responsabilidade é extensível aos danos gerados na restante propriedade do credor. Saliente-se, *in fine*, que a solução defendida pelo autor vem na linha da lição romanística, recebida pelos comentadores e glosadores. Veja-se, *supra*, a nota referente ao tratamento do problema em sede negocial.

⁴⁵⁹ A conclusão é colhida em GRÓCIO, *De iure belli ac pacis*, Lib. II, cap. 17, § 10 (*The Law of War and Peace in Three Books*, tradução inglesa de FRANCIS W. KELSEY (1925) com a colaboração de ARTHUR E.

conceito de *imputatio*, como expressão técnica, a partir da qual o autor procura solucionar alguns dos problemas que tradicionalmente eram tratados a propósito do requisito⁴⁶⁰. Não se errará, por isso, se adiantarmos que a preocupação com a causalidade se liga, sobretudo, ao aparecimento de amplas cláusulas delituais e à ênfase dada ao ideário reparatório (na senda da dimensão reipercusória que ao instituto aquiliano passa a ser reconhecido). A permanência de arrimos sancionatórios e a importância conferida à assunção de determinados deveres de comportamento – uns e outros a fazer apelo à culpa – ditariam a falta de necessidade de aprofundamento da temática. Em certa medida, os autores afloram-na mais do ponto de vista fundacional do que dogmático.

Os dados estavam, contudo, lançados e seriam jogados no período subsequente.

12. As duas vias calcorreadas pelo pensamento jurídico a caminho do positivismo: a *Escola da Exegese* e a *Jurisprudência dos Conceitos*. O seu eco no modelo napoleónico da *faute* e no modelo alemão de inspiração iheringiana.

12.1. A génese e conformação do positivismo jurídico

Com o jusracionalismo estavam lançadas as bases do positivismo legalista. Quer a concepção do direito como um conjunto de normas, quer a racionalidade subjacente a este pensamento, quer a desconsideração do caso concreto como único e infungível são características comuns a ambos. A diferença está na pressuposição pelo primeiro de um fundamento extralegal, identificado com um direito natural puramente racional, que o

R. BOAK, HENRY A. SANDERS, JESSE S. REEVES e HERBERT F. WRIGHT (<http://www.lonang.com/exlibris/grotius/gro-217.htm>). Cf. CONSTANTIN KRUSE, *Alternative Kausalität...* cit., p. 95 e ss.

⁴⁶⁰ Dando conta disso, v., novamente, CONSTANTIN KRUSE, *Alternative Kausalität...* cit., p. 101, nota 481. Veja-se, na página 100 e ss., a referência ao tratamento que PUFENDORF dispensa à questão da causalidade múltipla. No seu sistema de direito natural, o argumento já antes por nós referido da impunidade pode não colher no sentido da imposição de responsabilidade a todos os participantes. Importante será saber se houve ou não uma decisão conjunta e se os agentes agiram ou não em mão comum. Quando este critério falha e a contribuição individual puder ser estimada, então deve-se responsabilizar individualmente cada um dos participantes pelo dano que causou. Casos haverá de responsabilidade alternativa em que se impõe a regra da solidariedade, por oposição à responsabilidade cumulativa, contrária a uma finalidade reipercusória.

segundo terá desconsiderado por completo, desinserindo o pensamento jurídico do quadro mais amplo de problematização filosófico-prática⁴⁶¹.

Mais do que as semelhanças bastantes descortinadas entre eles, é bom não esquecer a linha de continuidade que pode, unindo-os, ser traçada. Não erra, pois, quem se atrever, na esteira do ensinamento de quantos sobre estas matérias se debruçaram, a sustentar ter sido o jusracionalismo um dos factores de emergência do positivismo^{462 463}.

A redução do direito a um acervo normativo e a índole fechada e completa dos sistemas edificados seriam um instrumento útil para quem quis deixar nas mãos do legislador a legitimidade de criação de todo o direito.

Sob influência do iluminismo, no século XVIII, passa, de facto, a postular-se a liberdade do homem como sua reivindicação máxima. A ideia do contrato social continua presente, mas entende-se, na esteira do pensamento de LOCKE⁴⁶⁴, ROUSSEAU⁴⁶⁵, VOLTAIRE e MONTESQUIEU, que nem todos os direitos originários são

⁴⁶¹ Também aqui damos por reproduzidas muitas das ideias sedimentadas na nossa dissertação de mestrado.

⁴⁶² CASTANHEIRA NEVES (“Escola da Exegese”, cit., p. 181 e ss.) afirma que “há que considerar sobretudo um pressuposto filosófico no jusracionalismo moderno-iluminista, um pressuposto político no legalismo demo-liberal e um pressuposto cultural no fenómeno jurídico da codificação pós-revolucionária. Os dois primeiros pressupostos permitem compreender o terceiro, e decerto o que mais directamente potenciou a *école de l'exégèse*. O legalismo pós-revolucionário via o direito tão-só nas leis politicamente legitimadas num Estado de assembleia representativa e estruturado segundo um rígido princípio da separação de poderes, e o jusnaturalismo dizia-as fundadas no direito natural-racional deduzido de axiomas socialmente antropológicos, mas aquele legalismo, que tinha uma imediata origem ideológica no contratualismo iluminista, não deixou de receber do jusracionalismo não só muito do conteúdo normativo prescrito pelas suas leis, como ainda a ideia de que à normatividade jurídica correspondia essencialmente o modus de uma racionalidade sistemática e mesmo de uma racionalidade axiomáticamente sistemática.”

⁴⁶³ PINTO BRONZE, *Lições...*, p. 282, afirma que o século XIX “culturalmente, e como se sabe, começou antes de 1801 e se estendeu pelas duas primeiras décadas de novecentos”.

⁴⁶⁴ Para LOCKE, o Estado é um Estado de perfeita liberdade. Para o autor, os homens são livres de dirigir as suas acções, e na sua actuação apenas estarão limitados pelos limites da lei natural que lhes impunha a sua conservação e a dos outros. Ao Estado compete criar leis dotadas de sanção que garantam a conservação dos homens e a regulação da propriedade, só se considerando válidas as leis votadas pela maioria. Ou seja, para o autor há uma série de direitos inalienáveis, concebendo-se o Estado como um estado liberal, eminentemente limitado. Defensor do Estado liberal, LOCKE é ainda um representante nítido do jusracionalismo, afirmando inequivocamente a existência de uma lei natural. Chega mesmo a dizer que o homem não se pode dar totalmente ao Estado por já ser propriedade de Deus.

⁴⁶⁵ Também para ROUSSEAU, a liberdade assume foros de essencialidade na caracterização do homem. Mas esta já não é a liberdade natural (puramente negativa de oposição ao Estado), mas a liberdade política (de integração e colaboração dentro do próprio Estado de que o indivíduo faz parte e que foi criado como resultado do contrato social que faz o homem sair do estado de natureza, no qual não poderia sobreviver). Ou seja, o homem, sendo livre, encontrou uma forma de associação em que defende a sua pessoa e bens contra todos os associados, na qual não obedece senão a si mesmo. É a ideia de vontade geral, que seria diferente da vontade psicológica de todos os seus membros e também da vontade total ou da maioria. Ser livre equivale a obedecer à vontade geral, a vontade soberana do Estado, sempre limitada pelos direitos naturais. Em ROUSSEAU, claramente, o direito, ainda ancorado em Deus, transforma-se numa ideia de normatividade, na medida em que só se torna obrigatório através da lei positiva como expressão daquela vontade geral. Somos, desta forma, conduzidos a um conceito formal de direito. Este é igual à lei e esta é igual ao que a vontade geral quiser.

transferidos para o Estado⁴⁶⁶, sendo antes alguns conservados pelos indivíduos, entre os quais assoma, pela sua importância, aquela liberdade individual de que se falava. Era a afirmação plena do espírito individualista⁴⁶⁷, que estaria na base da Revolução Francesa⁴⁶⁸, e que, naquele país, facilmente faria resvalar o jurídico para o legalismo.

Ou seja, o jurista, que já entendia o jurídico como a normatividade, despreendendo-se de toda e qualquer ordem pressuposta, afirmando como valor máximo a sua liberdade, acaba por confundir o direito com o direito posto pela instância politicamente legitimada para o efeito, o legislador, para o que também terá contribuído a aversão criada aos abusos cometidos durante as monarquias absolutas e despóticas anteriores. Direito e lei passam a ser conceitos confundíveis.

No fundo, podemos tentar sintetizar a complexidade da génese do positivismo na ideia de que esta foi uma época de excessos. Partindo da ruptura com a transcendência, os autores oitocentistas acabam por afirmar o indivíduo solitário que reivindica uma liberdade negativa no confronto com o Estado e com o outro; acabam por afirmar o secularismo, como exasperação da secularização, que não implicaria a negação da transcendência. Acabam por assumir a racionalidade dedutiva, de que DESCARTES foi o primeiro teorizador, como a única racionalidade pressuposta. Os interesses de cada um passam a ser o móbil da sociedade. O indivíduo, inteiramente livre e inteiramente igual por referência aos demais, deve prover pela satisfação das suas finalidades, sendo essa busca o motor de todo o desenvolvimento. Entendida a liberdade

Contributo inigualável para uma visão formalista de direito deu-nos também KANT. Fazendo apelo a um direito natural, este não passava de uma forma racional *a priori*. Trata-se de uma ideia regulativa e não constitutiva, expressão de um dever ser, que não nos diz nunca qual deve ser o conteúdo do direito, reduzido a uma normatividade. O que conferia validade à acção era a observância de um imperativo categórico – *Age de tal modo que a máxima da tua vontade possa ser sempre transformada em lei universal* (KANT, *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*, Textos Filosóficos, Edições 70, 1992, tradução de PAULO QUINTELA) – e não o seu conteúdo. Para uma melhor compreensão do formalismo ou não do pensamento Kantiano, veja-se infra notas sobre a influência que o pensamento do autor exerceu no VISCONDE DE SEABRA.

Curioso é ver que em KANT não existe verdadeiramente um contraste entre o direito positivo e o direito natural, na medida em que este não passa de uma exigência ideal, só tendo verdadeiro valor real o primeiro, ao qual se deve obedecer como condição para se alcançar a liberdade. Como salienta REIS MARQUES, (*Grandes linhas... cit.*, p. 259) “Caminha-se inadvertidamente para um positivismo estadual.”

⁴⁶⁶ O contratualismo não serve agora para justificar o poder absoluto do soberano, mas para justificar que um indivíduo des-solidário, tipicamente individualista, como aquele que assomou ao espírito moderno-iluminista, possa integrar-se na comunidade, de que, afinal, necessita.

⁴⁶⁷ “O homem pré-moderno não era individualista, pois compreendia-se extrapolando-se – isto é, referindo-se à ordem de que era um puro hermeneuta e apenas por mediação da qual se podia olhar a si mesmo com sentido. O homem moderno está, pois, só, e é a partir desta sua autonomia desintegrada, originariamente avessa à própria ideia de associação, que ele pretende construir a ordem do mundo, legislando-a” – PINTO BRONZE, *Lições...*, p. 292.

⁴⁶⁸ Fundamental na afirmação do espírito individualista e dos direitos do indivíduo em face do Estado seria a Revolução Inglesa de 1688, com o *Bill of Rights* e a instituição de um governo liberal parlamentar.

e a igualdade como valores formais, a vivência social deveria ser regulada por leis, caracterizadas pela sua abstracção e generalidade. A Revolução Francesa seria o facto que transforma a potência em acto⁴⁶⁹. Ou seja, que converte o pensamento que se vinha delineando numa realidade, traduzida no Estado de legalidade formal⁴⁷⁰.

Formalismo, redução do direito à lei, sistematizações abstractas e completas, pretensão de exaustividade do sistema, cuja lacunosidade se recusava, mediante a crença num sistema pleno e auto-suficiente, são algumas das coordenadas que nos permitem compreender o pensamento positivista. Todas elas estavam já anunciadas no pensamento e nos acontecimentos que permitiram a sua emergência.

O positivismo identificou o direito com a lei, fazendo depender o carácter jurídico de uma norma do facto de esta ser prescrita pelas instâncias politicamente legitimadas para o efeito, independentemente do seu conteúdo, o que está em perfeita sintonia com o ambiente demo-liberal em que surge⁴⁷¹.

⁴⁶⁹ Afirmando-se que o direito é igual à lei, com a Revolução Francesa passa a postular-se o princípio da separação de poderes, entendido de uma forma exageradamente rígida, cuja sistematização coube a Montesquieu. Para o autor, o juiz, no quadro da separação de poderes, é “*o instrumento que pronuncia as palavras da lei*” (*Esprit des lois*, XI, 6, vol. I), na esteira do entendimento formalista e legalista do direito. Sobre o ponto, cf., novamente, PINTO BRONZE, *Lições...* cit., loc. cit.

⁴⁷⁰ É curioso notar, porém, que muitos dos usos e leis que encontramos na França pós-revolucionária já vinham de trás. Isso mesmo nos diz ALEXIS DE TOCQUEVILLE – *O Antigo Regime e a Revolução*, Lisboa, 1989, p.11, tradução de LUÍS BOM – (*apud* PINTO BRONZE, *Lições...* cit., p. 309): “À medida que avançava neste estudo, admirei-me de rever em cada momento na França desse tempo [do Antigo Regime] muitos traços que nos impressionam na dos nossos dias. Reencontrava-me com uma multidão de sentimentos que eu julgava nascidos com a Revolução, uma multidão de ideias que até então eu julgava surgidas apenas com ela, mil hábitos que apenas ela nos passa por ter legado; encontrava em toda a parte as raízes da sociedade actual profundamente implantadas nesse velho solo (...) Porque a Revolução teve duas fases distintas: a primeira durante a qual os franceses parecem querer abolir tudo do seu passado; a segunda onde vão retomar dele uma parte do que nele haviam deixado. Existe um grande número de leis e de hábitos políticos que desapareceram deste modo repentinamente em 1789 e que reapareceram alguns anos mais tarde, fazendo surgir as mesmas águas em novas margens”. Esta ideia já tinha sido por nós aflorada atrás, sobretudo quando referimos que os autores juracionistas acabaram por não esquecer o direito antigo, antes se preocupando com a crítica inteligível do mesmo.

⁴⁷¹ Como já tinha ficado implícito na exposição precedente, o positivismo está intrinsecamente ligado ao surgimento do Estado de legalidade formal, decorrente das Revoluções Liberais, no qual afloram três princípios básicos. A saber: o princípio da separação dos poderes, o princípio da legalidade e o princípio da independência dos juízes. A separação dos poderes tinha como principal função combater os abusos que se tinham feito sentir durante o período absolutista. Os poderes, concebidos de uma forma tripartida, controlar-se-iam, pelo que se moderariam entre si. Rapidamente, porém, o poder legislativo assumiria o lugar cimeiro na hierarquia do Estado, com o avolumar das preocupações democráticas. Era na Assembleia Legislativa que se fazia sentir a vontade geral, fundamento do poder político, pelo que verdadeiramente o poder judicial deveria ter um papel neutral, transformando-se num mero aplicador de leis, que nada acrescentaria ao que tinha sido ditado pelos representantes dessa vontade geral, até porque ele estava igualmente limitado pelo princípio da legalidade, entendido também ele em moldes rígidos que se afastam do actual entendimento, postulador mais de uma obediência ao direito do que uma cega obediência à lei. Não percebiam, pois, que o juiz terá sempre um papel activo na constituição ou pelo menos re-constituição da normatividade, mesmo quando a sua decisão convoca como critério imediato de fundamentação uma norma objectivada no sistema de normatividade já constituído.

Como salienta PINTO BRONZE, (*Lições...* cit., p. 327), tal “desvela o sentido de uma evolução que de há muito conhecemos: a transmutação do normativismo moderno-iluminista (em que as leis, especialmente

Só as leis seriam expressão da vontade geral, pelo que só seria verdadeiramente direito o que emanasse dos representantes dos cidadãos. Seriam, no mesmo passo, garantia dos direitos e liberdades desses mesmos cidadãos.

E esta lei de que agora falamos não é mais a lei moderno-iluminista, com as suas características de generalidade (eram leis que se dirigiam a todos), abstracção (a razão iluminista alheava-se do concreto para conseguir alcançar o bem comum, pelo que a lei iluminista procurava resolver casos típicos e não casos historicamente situados), formalidade (as leis apenas definem as condições de acção, sem se preocuparem com os interesses a realizar, que eram deixados à liberdade dos indivíduos a que se dirigiam, só assim se compreendendo, aliás, que estas normas fossem condições de liberdade de cada um) e imutabilidade (na medida em que estas leis deveriam assimilar o direito natural racional). Quase todas as características de uma seriam também as características da outra, mas a lei positivista deixa de se limitar a definir as condições de acção de cada um, passando a definir o próprio programa da acção⁴⁷². No fundo, parece-nos ser uma principal nota diferenciadora entre a lei jurracionalista e a lei positivista. Enquanto esta era constitutiva de direito (era o legislador quem criava indistintamente o direito), para o jurracionalismo, a lei era declarativa de direito, na medida em que ela estaria sempre aferida por um conteúdo exterior àquele que a emanava – o direito natural, ainda que meramente racional.

Ademais, na busca da almejada segurança, valor fundamental para o positivismo, as suas leis passam a ter um conteúdo mais preciso que as congéneres jurracionalistas, que se limitavam a delimitar a esfera do permitido, dentro da qual actuaria a liberdade relativa de cada indivíduo. Procurando cegamente garantir a neutralidade do julgador, acabariam por tentar ser minuciosas na sua previsão⁴⁷³.

É verdade que a transmutação de um postulado político num concreto esquema metódico nos permite explicar, em grande parte, as concepções positivistas do direito e da prática judicativa, mas não é menos verdadeira a ideia de uma concreta axiologia que

criadas pelo pensamento jurídico, apareciam como meros enquadantes da acção concreta) em positivismo legalista (com as leis convertidas em critérios imediatos da acção concreta, prescritivamente ditados pelo poder político legislativo)”.
Sobre o carácter constitutivo da função judicial, sem que tal ponha em causa o princípio da separação de poderes, ver, por todos, CASTANHEIRA NEVES, *Metodologia Jurídica ...*, cit.

⁴⁷² Sobre os diferentes entendimentos da lei, ver CASTANHEIRA NEVES, *O instituto dos Assentos e a Função judicial dos Supremos Tribunais...* cit., e PINTO BRONZE, *Lições...*cit., p. 333 e ss., que aqui seguimos de muito perto. Aí o autor tem ainda oportunidade de referir que uma e outra concepção de lei se afastam ainda da actual compreensão de lei como um “instrumento de governo”.

⁴⁷³ De acordo com PINTO BRONZE, *ob cit.*, p. 336, esta alteração do conteúdo da lei resulta da “progressiva prevalência do ideário democrático sobre o do liberalismo”.

conformava o pensamento em causa. Como valores essenciais dos cultores desta tendência avultam a liberdade, a igualdade e a segurança. A primeira seria alcançada com a mera obediência à lei. A segunda decorreria dessa mesma obediência, na medida em que a lei se postula racionalmente universal. Por seu turno, porque as leis seriam universais, estáveis e objectivas, estaria garantida a segurança, cada um sabendo, antecipadamente, aquilo que efectivamente poderia fazer.

O positivismo mostra-se, pois, um pensamento formal. Dando a palavra a PINTO BRONZE⁴⁷⁴, a axiologia positivista é meramente formal, “e por isso mesmo, indiferente ao conteúdo das leis. Com efeito, se as leis fossem gerais, abstractas e formais, assegurariam (independentemente do seu conteúdo e da especificidade da situação judicanda) a igualdade visada. Se fossem objectivamente pré-enunciadas (e posteriormente aplicadas segundo os cânones da racionalidade axiomático-dedutiva, que então se postulava), garantiriam (também aqui sem que importasse o respectivo conteúdo, ou as singularidades do problema constitutivo do caso decidendo) a segurança prosseguida”.

Não bastava, contudo, que a lei revestisse estas propriedades. Seria necessário postular um esquema de realização do direito que garantisse que o juiz nada acrescentaria à previsão legal, até porque essa seria, além do mais, a única forma de garantir o cumprimento do princípio da separação de poderes. Esta a explicação básica do silogismo judiciário, que constituía o cerne do Método Jurídico. A lei continha todo o direito (postulado da identidade entre direito e lei), previa todos os casos juridicamente relevantes (suficiência da lei), sendo o único critério de resolução desses mesmos casos. Ao julgador nada mais competia fazer senão interpretar essa mesma lei, em moldes filológicos e exegéticos, para depois a aplicar lógico-subsuntivamente aos casos concretos, vistos como meros correlatos lógicos das hipóteses normativas. Baseado numa lógica apofântica e tautológica, o julgador seria, nas palavras de MONTESQUIEU, “a boca que profere as palavras da lei”⁴⁷⁵.

⁴⁷⁴ PINTO BRONZE, *Lições...* cit., p. 336

⁴⁷⁵ A grande tarefa do julgador resumia-se ao conhecimento da lei, na qual se esgotava todo o direito. Daí a importância crescente que passa a ser dada à publicação das mesmas que está, aliás, na base do periodismo jurídico, na sua primitiva fase. Sobre este ponto em concreto, veja-se RUI MARCOS, *A Fundação do Boletim da Faculdade de Direito e o periodismo jurídico em Coimbra*, separata do Boletim da Faculdade de Direito, vol. Comemorativo, tomo 75, Coimbra, 2002

12.2. Os dois caminhos trilhados pelo positivismo jurídico e a sua projecção em sede delitual.

Em França, o positivismo desenvolveu-se sob a égide da Escola da Exegese, que teve o seu início por volta de 1804 e perdurou por todo o século XIX, influenciando mais ou menos determinantemente o espectro do juridicamente relevante em diversos países, entre os quais o nosso.

Ligando-se, sobretudo, à obra dos civilistas, a Escola da Exegese via o direito como um conjunto de textos sistematizados nos Códigos, por antonomásia, o Código de Napoleão, surgido na mesma data (21 de Março de 1804)⁴⁷⁶. O direito era identificado com o direito positivo, prescrito pelo legislador, numa afirmação do legalismo da época⁴⁷⁷.

⁴⁷⁶ A codificação em França, para além da expressão da racionalidade jurídica daquele tempo, mostrou-se imprescindível para tentar unificar a diversidade de costumes e as diversidades regionais que se faziam sentir à época.

⁴⁷⁷ Para uma percepção da influência que o liberalismo exerceu na conformação do direito delitual num espectro jurídico díspar daqueles que estamos a analisar, mais precisamente o ordenamento jurídico norte-americano, cf. JOHN FABIAN WITT, “Toward a new history of american accident law: classical tort law and the cooperative first-party insurance movement”, *Harvard Law Review*, vol. 114, nº3, 2001, p. 690-841. O autor considera que o direito delitual clássico norte-americano foi forjado sob a égide do liberalismo e acaba por considerar que essa influência, contaminando a sua estrutura, ditou o seu fracasso como expediente de resolução de conflitos entre particulares, pela ineficiência a que conduzia (cf. p. 696). O primeiro enfoque é, portanto, profundamente pragmático, chegando ao limbo do utilitarismo. Tanto mais que, em alternativa, coloca o direito delitual em diálogo aberto com o *cooperative first-party insurance movement* (cf. p. 696). [Sobre a diferença entre o *first* e o *third insurance movement*, cf., *inter alia*, GEORGE L. PRIEST, “The modern expansion of torts liability: its sources, its effects, and its reform”, *Journal of economic perspectives*, vol. 5, 1991, p. 31-50, aqui p. 31]

Para uma compreensão dos factores de emergência do sistema de *torts* nos EUA, tal-qualmente ele surge concebido no tempo actual, cf. p. 700 e ss. Interessante notar, a este ensejo, a dúplici perspectiva que é apontada pelo autor. De um lado, coloca os autores materialistas, para os quais a leitura das alterações na matéria se faz com base nos incidentes da industrialização; do outro lado, surgem os pensadores idealistas que, não divergindo nos factos, os explicitam à luz da mutação ao nível da história das ideias ou da sociologia do conhecimento (cf. p. 704-705). Para uma compreensão da confluência entre as duas ópticas, veja-se, ainda, p. 707. Salienta-se aí que quer materialistas, quer idealistas assumem que há uma relação entre uma particular mutação social (industrialização), um novo desenvolvimento intelectual (alteração das ideias sobre a causalidade) e uma particular estrutura da *accident law* (cf. p. 707), sem que esta se possa confundir com o sistema de *torts*.

Porém, o autor evidencia a impertinência de uma abordagem simplista da história que olvide a teia de interacções e influências determinantes do surgimento de uma dada configuração do modelo ressarcitório. Na verdade, segundo o seu depoimento, basta pensar que foram idênticos os acontecimentos sociais e não obstante muito divergentes as soluções a que se chegou em ordenamentos jurídicos como o alemão e o americano (cf. p. 710).

Cremos pesar na clivagem o tipo de pensamento filosófico que terá contaminado cada um dos horizontes de referência. Talvez por isso tenhamos privilegiado no nosso excursão uma aproximação ao problema que, na categorização de WITT, se polarizaria do lado dito “idealista”. O que não impede o reconhecimento do papel motriz que a própria realidade tem na condução do desenvolvimento das ideias. Veja-se, a propósito, novamente WITT, “Toward a new history of american accident law...”, ... cit., p. 740, para uma súpula interessantíssima acerca do direito delitual nos EUA e das influências que ele

Curioso é notar que o Código Napoleónico não pretendia ser uma obra completa. PORTALIS, no seu *Discour Préliminaire*, considerava que a codificação era essencial para garantir a uniformidade do direito e concomitantemente a igualdade de todos perante a lei, bem como a certeza do direito, sem o qual não era possível alcançar o progresso, traduzindo-se numa aplicação do método à legislação, mas não deixa de reconhecer que além da lei positiva existe uma lei natural que é anterior àquela. O cônsul CAMBACERES, na apresentação do primeiro projecto do Código Civil, reconhece que “*le législateur ne doit pas aspirer à tout dire; mais après avoir posé des principes fécondes qui écartent d’avance beaucoup de doutes...*”. E PORTALIS, no seu *Discour Préliminaire*, na mesma linha jusracionalista, afirma que “*...les lois positives ne sauraient jamais entièrement remplacer l’usage de la raison naturelle dans les affaires de la vie*”. E continua, considerando que “*un code quelque complet qu’il puisse paraître, n’est pas plutôt achevé, que mille questions inattendues viennent s’offrir au magistrat. Car les lois, une fois rédigées, demeurent telles qu’elles ont été écrites; les hommes, au contraire, ne se reposent jamais*”. Por isso, “*l’office de la loi est de fixer, par de grandes vues, les maximes générales du droit; d’établir des principes féconds en*

sofreu. Muito esquematicamente, apontamos a compreensão da liberdade em termos negativos e a construção da responsabilidade alicerçada nas doutrinas do contrato social, a repercutirem-se na importância da desvelação da culpa e na pressuposição de um contrato social, no âmbito do qual “individuals gave up their natural rights to the inviolability of person and property in return for the like abandonment of rights by their neighbors”. Note-se que é ainda a senda liberal que enerva a discussão a que se assiste a propósito da possibilidade ou não de se impor a responsabilidade ao agente causador do dano quando este tenha agido despido de qualquer culpa. A causalidade passa, então, a ser chamada à liça para lidar com o problema do fundamento da imputação. Citando EPSTEIN, um autor liberal, WITT não hesita em qualificar o seu pensamento como *caused-based liability standard* (cf. RICHARD EPSTEIN, “A theory of strict liability”, *Journal of Legal Studies*, 2, 1973, p. 151 e ss. e WITT, “Toward a new history of american accident law...”, ... cit., p. 740).

Curioso notar, ainda, que perpassa a discussão evolutiva que se acompanha no estudo de WITT a preocupação em criar uma cisão público/privado (cf. 736).

Saliente-se, em abono do rigor, não se confundir a responsabilidade civil com um sistema securitário em cujos meandros WITT ingressa. Pelo que, se aqui chamamos à colação o estudo do autor, tal se justifica por duas razões não despidas: por se entender que é possível transpor o excuro, com as necessárias adaptações, para o domínio delitual clássico; por o próprio autor com ele dialogar, quer porque na base do referido sistema securitário, quer porque se desvela um mútuo condicionamento a funcionar em termos dialécticos. No fundo, o sistema securitário, ancorando numa lógica muito própria, vem responder a algumas das inconsistências suscitadas pela doutrina delitual iluminista, sem que fosse a única alternativa pela qual o jurista poderia optar.

Para outros desenvolvimentos acerca da evolução histórica da *tort liability* nos EUA, cf. GEORGE L. PRIEST, “The modern expansion of tort liability...”, ... cit., p. 31-50. De destacar, no estudo do autor, a explicitação do peso crescente que as ideias dos economistas passaram a ter no seio da *Common Law* (cf. p. 31-35), bem como da contaminação do sistema com as notas securitárias, desenhando-se, assim, diferentes perspectivas de abordagem do fenómeno (cf. p. 34-35). Em torno delas, gravitam questões normativas tão importantes como a admissibilidade e os contornos da *strict liability*. Veja-se, ainda, neste excuro diacrónico, p. 38. Dois modelos são postos em diálogo. Se de um lado avulta a preocupação com a internalização dos custos sociais e bem assim com o incremento dos seguros, do outro releva uma ideia de sanção contra um comportamento desvalioso (cf. p. 38).

conséquence, et non de descendre dans le détail des questions qui peuvent naitre sur chaque matière »⁴⁷⁸. E chega mesmo a considerar que o juiz deve recorrer à equidade, aos usos e à lei natural perante o silêncio, oposição ou obscuridade das leis positivas.

De facto, o artigo 4º Código Napoleão proíbe a denegação de justiça, perante a obscuridade, a insuficiência ou o silêncio da lei, pelo que se pode afirmar que os redactores do Código fornecem ao julgador a possibilidade de procurar uma solução para o caso concreto fora do sistema positivo codificado. Mas este artigo 4º seria objecto de uma interpretação que restringiu o seu entendimento. Os comentadores do Código de Napoleão acabaram por entender e consagrar a posição segundo a qual os juízes seriam obrigados a julgar apenas com base na lei positiva, afirmando-se, desta feita, a plenitude do sistema que não estava pressuposta no projecto do diploma⁴⁷⁹. Ou seja, os comentadores do *Code Civil* acabam por fazer dele, na sua matriz um código jusracionalista, um código positivista, expressão acabada de uma razão jurídica, que se bastaria a si mesmo⁴⁸⁰. Podemos dizer com CASTANHEIRA NEVES⁴⁸¹ que, “à medida que o momento histórico do surto jusnaturalístico da legislação revolucionária e da codificação ia ficando para trás, o que juridicamente avultava, ou que juridicamente sobretudo relevava, era decerto tão-só o legalismo”.

A Escola da Exegese surge como a escola dos intérpretes do Código Civil, com base neste entendimento. E nessa interpretação procuravam apenas descobrir a vontade do legislador histórico, numa intenção de cariz subjectivista, que proclamava uma total e incondicional fidelidade aos textos da lei. Parece, porém, que a própria escola acabaria

⁴⁷⁸ Cf. PORTALIS, *Discours, Rapports et Travaux Inédits sur le Code Civil*, Libraire de la Cour de Cassation, Paris, 1844. Vide, igualmente, FRÉDÉRIC PORTALIS, *Essai sur l'utilité de la Codification*, Libraire de la Cour de Cassation, 1844

⁴⁷⁹ Terá contribuído para este entendimento a abolição do artigo 9º do Livro preliminar do projecto do Código de Napoleão, onde expressamente se consagrava a possibilidade de recurso ao direito natural para suprir as insuficiências do Código.

Sobre a interpretação que a Escola da Exegese fez do artigo 4º do Code Civil veja-se SANTOS JUSTO, “O Código de Napoleão e o Direito Ibero-Americano”, *Boletim da Faculdade de Direito*, vol. LXXI. 1995, p. 34, nota 24.

V., ainda, EUGÉNE GAUDEMET, *L'interprétation du Code Civil en France depuis 1804*, Paris, 1935

⁴⁸⁰ MENEZES CORDEIRO salienta que o Código Napoleónico não era um código revolucionário – *Teoria geral do direito civil*, ... cit., p. 58 e ss – “O Código Napoleónico é com frequência assimilado a um diploma cheio de intenções perante a Revolução Liberal e a burguesia industrial que se anunciava. Há muito que se proclama o infundado desta orientação: a primeira codificação traduz apenas o ponto de chegada de uma evolução complexa, iniciada com os comentaristas, renovada pelo humanismo e pela primeira sistemática e inflectida pelo jusracionalismo (...). O Código pôs cobro a inúmeras invocações introduzidas durante o período revolucionário, adaptando soluções anteriores (...).”

No mesmo sentido, afirmando que no Código Napoleónico, o individualismo não é absoluto, veja-se SANTOS JUSTO, “O Código de Napoleão e o Direito Ibero-Americano”, ... cit., p. 32 e 33. O autor sustenta a sua posição com base nos limites ao direito de propriedade e à autonomia privada que o diploma consagra, os quais remontam já ao direito romano.

⁴⁸¹ CASTANHEIRA NEVES, “Escola da exegese”, cit. p. 183

por negar essa sua fidelidade, caso não passasse de pura utopia, pelo que acabámos de referir em relação ao artigo 4º do diploma legal.

E outro tanto poderia ser dito no tocante à responsabilidade civil. O artigo 1382º consagra que *tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer*. E o artigo seguinte continua dizendo que a pessoa é responsável mesmo que tenha actuado negligentemente ou imprudentemente. O que quer dizer que toda a imputação delitual se baseava na *faute*, um conceito amplo, que carecia de ser concretizado pela prática jurisprudencial.

O conceito de *faute* já vinha de DOMAT, um jusnaturalista cristão⁴⁸², sendo este o verdadeiro fundamento da responsabilidade civil. Para DOMAT, aquela que no direito canónico era mais um instrumento de moralização das condutas humanas, do que um instrumento destinado a indemnizar as vítimas seria, simultaneamente, critério, causa e condição da responsabilidade civil. Na sua obra *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, podemos ler *On peut distinguer trois sortes de fautes dont il peut arriver quelque dommage. Celles qui vont à un crime ou à un delit: celles des personnes qui manquent aux engagements des conventions, celles qui n'ont point de rapport aux conventions, qui ne vont pas à un crime ou à un délit*. E continua afirmando que *toutes les pertes et toutes les dommages qui peuvent arriver par le fait de quelque personne, soit imprudence, légèreté, ignorance de ce que l'on doit savoir ou autres fautes semblables, si légères qu'elles puissent être, doivent être réparées par celui dont l'imprudence ou autre faute y a donné lieu*⁴⁸³. DOMAT dá-nos, pois, uma noção lata de *faute*, que no seu pensamento acaba por ser o único critério de imputação⁴⁸⁴. Não se ignora que fala, igualmente, de ilicitude; contudo, os dois conceitos tendem a coincidir, porquanto os factos ilícitos surjam definidos não somente como *ceux qui sont défendus par des lois*

⁴⁸² A influência do Cristianismo em DOMAT é vincada. Ela exerceu-se sobretudo por obra dos canonistas e dos teólogos influentes como SÃO TOMÁS. Em RANJARD (*La responsabilité civile dans Domat*, 1943, *apud* GENEVIEVE VINEY, *ob cit*, p. 12) podemos ler que “la doctrine de l'Église, telle qu'elle apparaît dans les textes de l'Évangile et de l'Ancien Testament tient une grande place dans l'oeuvre de Domat... Mais c'est le droit romain qui lui a servi de guide dans le détail des matières du droit civil. Il a travaillé directement sur les textes romains...”, levando VINEY (*ob cit*, *loc cit*) a constatar que “c'est donc d'une symbiose entre les solutions romaines et les grands principes de la morale chrétienne que devait naître la conception moderne de la responsabilité qu'a finalement consacrée le Code de 1804”. Para uma análise do pensamento de DOMAT e de POTHIER, v. GUIDO ALPA, *Responsabilità civile e danno*, ... *cit.*, p. 93 e ss.

⁴⁸³ DOMAT, *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, ... *cit.* Livre II, Titre VIII, Section IV, article premier.

⁴⁸⁴ Cf. NILS JANSEN, “Duties and Rights in Negligence...”, ... *cit.*, p. 462, considerando que DOMAT terá interpretado a fórmula de GROCIO no sentido de «incluir os danos puramente patrimoniais. POTHIER segue o mesmo caminho e rejeita a diferença do direito romano entre os diversos tipos de danos ». Explicar-se-ia, por esta via, de acordo com JANSEN o modelo cristalizado no artigo 1382º Code Civil Francês, no qual o ressarcimento é restringido com apelo à culpa, causalidade e dano.

expresses, mas também como aqueles que *blessent l'équité, l'honnêteté ou les bonnes moeurs, quoiqu'il ne se trouvât point de loi écrite qui les exprimât car tout ce qui est contraire à l'équité, à l'honnêteté ou aux bonnes moeurs est contraire aux principes des lois divines et humaines*⁴⁸⁵.

POTHIER, na linha de uma grande amplitude que era conferida à responsabilidade civil, define delito como *le fait par lequel une personne, par dol ou malignité, cause du dommage ou quelque tort à une autre*. E fala ainda de quase delito, considerando que é *le fait par lequel une personne, sans malignité mais par une imprudence qui n'est pas excusable, cause quelque tort à un autre*⁴⁸⁶. Tanto num caso como no outro, o autor do dano deve responder civilmente⁴⁸⁷.

Os redactores do Código Civil assumiram a *faute* como o fundamento privilegiado de imputação delitual. A filosofia humanista e liberal aproveitou o conceito para fazer restringir a responsabilidade aos comportamentos culposos.

Se confrontarmos estas soluções ressarcitórias com aquelas que vinham enunciadas nos primitivos códigos jusracionalistas, vemos que a distância que as separa não é grande. Também os pais do Código de Napoleão e o próprio diploma consagram como requisito único de imputação delitual a produção culposa de danos⁴⁸⁸. O espírito jusnaturalista racionalista, com a sua pretensão de generalização máxima, estava presente, sem embargo de salientarmos a figura de proa que foi DOMAT, e da influência que este recebeu da Igreja Católica, o que fez dele um caso ímpar no período jusracionalista.

Nos trabalhos preparatórios do Código podemos ver isso mesmo. A intenção dos redactores do diploma é a de alargar ao máximo o âmbito do juridicamente relevante em matéria de obrigação ressarcitória. BERTRAND DE GREUILLE começa por declarar em princípio que *tout individu est garant de son fait*, para deduzir que *si se fait cause à*

⁴⁸⁵ DOMAT, *ob cit*, Livre II, Titre VII, Section II, Preamble. Como se pode constatar, pela expressão do autor, ele não se insere na linha do jusracionalismo. O direito natural a que faz apelo está intimamente relacionado com a transcendência.

⁴⁸⁶ POTHIER, *Traité des obligations*, ... cit., p. 69

Para uma análise do papel que o jurista teve no quadro da responsabilidade civil em França, cf., também, GIUSEPPE VALDITARA, "Dalla lex aquilia...", ... cit., p. 285.

⁴⁸⁷ No que diz respeito à responsabilidade contratual, que aqui não temos tratado, POTHIER mostra-se, porém, mais restritivo, estabelecendo algumas distinções. Como nos diz VINEY (*ob cit*, p. 15), "en matière contractuelle, l'influence des textes romains conduisit la majorité des auteurs à introduire des distinctions. Il admirent en effet que certains débiteurs ne devaient répondre que leurs fautes lourdes, tandis que d'autres étaient contraints de répondre de leurs fautes légères ou mêmes très légères (...)" A teoria do autor acabaria por ser contestada considerando-se que toda e qualquer inexecução obrigacional gera responsabilidade.

⁴⁸⁸ Refira-se que, entre nós, MENEZES CORDEIRO entende que a *faute* deve ser compreendida no sentido de abarcar quer a culpa, quer a ilicitude.

*autrui quelque dommage, il faut que celui par la faute duquel il est arrivé soit tenu de le réparer*⁴⁸⁹.

No que concerne à extensão da responsabilidade, pode ler-se, ainda, nos trabalhos preparatórios “*ce principe, consacré par le project, n’admet point d’exception; il embrasse tous les crimes, tous les délits, en un mot tout ce qui blesse les droits d’un autre; il conduit même à la conséquence de la réparation du tort qui n’est que le résultat de la négligence ou de l’imprudence*”⁴⁹⁰. Chega-se mesmo a afirmar, pela boca de TARRIBLE, que a todas as vítimas de danos é assegurada a máxima segurança – “*que le propriétaire, l’artiste, le commerçant, se livrent donc avec confiance et avec sécurité à leurs soins domestiques, à leurs travaux, à leurs spéculations; la loi veille sur eux; quel que soit l’auteur du dommage qu’ils auront essuyé, elle signalera toujours un réparateur*”⁴⁹¹.

O código de Napoleão acabava, assim, de consagrar um princípio geral em matéria de responsabilidade civil que correspondia ao desenvolvimento do instituto ao longo da história e que era tido como uma conquista da humanidade, depois das Luzes⁴⁹². A história mostra-nos que a responsabilidade civil começou por não existir, confundindo-se totalmente com a responsabilidade penal, e que, quando finalmente se autonomiza, apenas eram reconhecidos alguns casos típicos de ilicitude. O Código de Napoleão vem alterar esse estado de coisas, consagrando este princípio geral^{493 494}.

A extrema generalidade com que era tratada a responsabilidade civil no Código de Napoleão não podia deixar de perturbar os autores da Escola da Exegese, cultores da

⁴⁸⁹ FENET, *Travaux préparatoires du Code Civil*, tomo XIII, p. 474

⁴⁹⁰ BERTRANDE DE GREUILLE, apud FENET, *Travaux préparatoires du Code Civil*, tomo XIII, p. 474

⁴⁹¹ TARRIBLE, apud FENET, *op cit*, p. 490

⁴⁹² Referindo-se à codificação francesa e ao modelo de responsabilidade civil que ela consagrou, VINEY (*op. cit*, p. 17 e ss.) resume a três ideias as linhas de força dessa modelação: universalismo (na esteira da escola racionalista, deixa de haver a dispersão de costumes que caracterizava o direito antigo, para se afirmar, na linha do que tinha sido proposto por DOMAT, um princípio geral de responsabilidade civil, válido em todos os lugares e tempos), individualismo (que aqui não tem o alcance do individualismo revolucionário de que já falámos, antes traduzindo a ideia de que a responsabilidade que se afirma em cada caso concreto é a responsabilidade de uma pessoa e não a responsabilidade de um grupo de pessoas) e o moralismo (a *faute* ocupa o lugar central na teoria da responsabilidade, em consequência da ligação que se estabelece novamente, mais uma vez pela obra de DOMAT, entre a responsabilidade civil e a responsabilidade moral).

⁴⁹³ Para mais desenvolvimentos, ver HUSSON, *Les transformations de la responsabilité. Etude sur la pensée juridique*, Presses Universitaire de France, 1947, p. 157 e PATRICE JOURDAIN, *Les principes de la responsabilité civile*, 2^e édition, Dalloz, 1994, p. 7 e ss. Do primeiro autor citado, cf., ainda, « Analyse critique de la méthode de l’exégèse », *Archives de Philosophie du Droit*, 18, 1972, p. 115 e ss.

⁴⁹⁴ Da mesma forma, parece ser neste período que se sedimenta a distinção, já anteriormente estabelecida e prenunciada inicialmente pela distinção romanista entre delitos públicos e privados, entre responsabilidade penal e responsabilidade civil. Nesse sentido, explicando-a por factores políticos e económicos, como sejam a concentração do poder régio e a importância acrescida que o dinheiro passa a ter numa sociedade que se começa a orientar para a obtenção de lucro, veja-se VINEY, *ob cit*, p. 12

certeza do direito e da ideia de que ao juiz apenas competia um papel passivo, pelo que as leis deveriam ser certas e determinadas.

A primeira preocupação dos redactores do *Code Civil* foi a de conter a obrigação ressarcitória dentro da esfera dos danos que pudessem ser imputáveis a um sujeito. Era a ideia de culpa que já vinha do direito anterior, por inspiração do pensamento cristão, a única compatível com uma ideia de liberdade que assumia foros de valor essencial no sistema que se pretendia erigir. Tal preocupação estava presente na economia do diploma. São inúmeras as referências ao longo dos trabalhos preparatórios à ideia de imputação do dano por negligência ou imprudência. E a própria noção de *faute* encerra em si a noção de culpa⁴⁹⁵. Originariamente, em França não se conheciam casos de responsabilidade objectiva. Só em 1870, com o desenvolvimento da sociedade industrial, surge a ideia de risco, que não se adaptava ao fundamento individualista e espiritualista que estava na base do *Code Civil*⁴⁹⁶. Os Tribunais começariam, aí, a desvirtuar o sentido da *faute*, confundindo-a com o erro, pelo que aquela perderia em parte a sua função de combate a comportamentos anti-sociais.

Se em termos subjectivos é a própria realidade a impor um alargamento do conceito de *faute*, em termos objectivos, isto é, no que diz respeito aos comportamentos que são susceptíveis em si mesmo de desencadear a reacção indemnizatória, são os primeiros comentadores do Código de Napoleão a alterar o sentido amplo com que a cláusula geral de responsabilidade civil deveria ser entendida. Presos à ideia de segurança e certeza jurídica, os autores da escola da exegese trataram de restringir o conceito de *faute*, de forma a circunscrever exactamente o seu âmbito. Era a ideia de liberdade negativa a triunfar. De facto, a liberdade de cada um seria limitada na exacta medida em que ela contendesse com a liberdade do outro. Dentro destes limites, o

⁴⁹⁵ Já DOMAT entendia que os casos fortuitos não eram susceptíveis de ser indemnizados. Trata-se de uma ideia mais ou menos pacífica à data que pode ser documentada na ideia de GENY, segundo a qual “*les pertes qui résultent d’un case fortui, c’est-à-dire d’un événement indépendant de la volonté de ceux à qui arrive, doivent être supportés par le maître de ce qui est perdu, parce que de tels événements sont de pur effets de l’ordre divin*” – GENY, « Risques et responsabilité », *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 1902, p. 812 a 849, aqui p. 817-819

⁴⁹⁶ Cfr., porém, os artigos 1384º, 1385º 3 1386º do *Code*, onde se consagra a responsabilidade dos pais ou dos encarregados da guarda e direcção pelos danos provocados pelos menores e a responsabilidade dos proprietários pelos danos causados por animais e pela ruína de casas, também consagrada no Código de Seabra, nos artigos 2379º, 2394º e 295º.

Sobre o problema do risco e da concepção de responsabilidade que lhe anda associada, veja-se, numa interessante análise, JÚLIO GOMES, “O dano da privação do uso”, *Revista de Direito e Economia*, ano XII, 1986, p. 172-173.

indivíduo poderia actuar a seu bel-prazer, sem que sobre ele recaísse qualquer possibilidade de vir a ser demandado⁴⁹⁷.

Neste sentido, os primeiros comentadores do Código de Napoleão passam a entender que é necessária, para que se verifique uma situação de responsabilidade civil, a violação de um direito subjectivo de outrem⁴⁹⁸, só se voltando a alargar o conceito de *faute* já no século XX, quando se passa a defender que basta a lesão de um interesse legítimo juridicamente protegido e mais recentemente a ideia de que a simples violação de uma situação de facto mesmo que não protegida pela lei pode desencadear uma pretensão indemnizatória⁴⁹⁹.

Dito de uma forma mais directa. Contra o que expressamente sustentava o Código de Napoleão, em obediência ao pensamento dos autores que o elaboraram, os exegetas franceses acabaram por consagrar a doutrina segundo a qual só se verificaria uma situação de responsabilidade civil naquelas situações em que ocorresse a violação de um direito subjectivo alheio, tendo mesmo alguns autores sustentado que seria necessária a lesão de um direito absoluto.

A concretização do preceito relativo à responsabilidade civil era, pois, feita pelos comentadores do texto legal, sem qualquer relação com os casos concretos que suscitassem a intervenção do decidente. De facto, em total sintonia com o ideal de passividade do julgador, as sentenças da *Cour de Cassation* limitavam-se a considerar aplicável o artigo 1382º ou a transcrever o preceito, sem sequer procederem a qualquer análise reconstitutiva do mesmo⁵⁰⁰.

Já na Alemanha, o positivismo afastou-se do seu congénere exegeta.

No século XIX, deparamo-nos com a influência da Escola Histórica do Direito, que se opõe radicalmente ao racionalismo moderno-iluminista, afirmando o carácter histórico de todo o direito, donde aliás recebe o seu nome⁵⁰¹. E foi esta crença na

⁴⁹⁷ TOULLIER, *Le droit civile français suivant l'ordre de Code*, 1838, apud GUIDO ALPA, *Responsabilità...*, cit, p. 96 – considera que a *faute* não diz respeito ao estado de ânimo subjectivo, mas à contrariedade com o direito, que se traduz, afinal, na lesão de direitos alheios, como sejam os direitos da pessoa e os direitos reais (nos quais o autor inscreve também a posse).

⁴⁹⁸ MARCADE (apud FRANCO TORTORANO, *Il danno meramente patrimoniale, Percorso giurisprudenziale e comparazione giuridica*, Giappichelli Editore, Torino, 2001Giappichelli Editore, Torino, 2001, p. 84, nota 5) ao explicitar a noção de *faute* precisa que *il faut d'abord que le fait soit illicite, c'est-à-dire qu'il presente une violation du droit d'autrui*.

⁴⁹⁹ Cf. Cass. Civ. 4.3.1964, in Gaz. Pal. 1964, I, p. 392

⁵⁰⁰ Tivemos acesso a algumas dessas sentenças através da obra de MENEZES CORDEIRO, várias vezes citada (p. 428 e 429)

⁵⁰¹ Sobre as influências que a Escola Histórica e os autores que nela se inscrevem receberam, veja-se, por todos, e para mais desenvolvimentos, CASTANHEIRA NEVES, “Escola Histórica do Direito”, *Digesta, Escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros*, vol. II, Coimbra

natureza histórica do direito que levou ao repúdio da codificação⁵⁰². Se todo o direito era o resultado do espírito dos povos, tinha um carácter eminentemente histórico, é razoável que os juristas da Escola Histórica se opusessem à ideia da plena titularidade do direito pelo legislador. Terá ficado mesmo célebre a controvérsia entre SAVIGNY e TIBAUT, responsável pela proposta para a codificação do direito civil alemão e representante do jusracionalismo tardio, em 1814. Enquanto este defende a promulgação de um código, SAVIGNY considera que tal é totalmente impossível e afirma que a codificação só é pensável em épocas muito favoráveis.

Mas, embora a Escola História tenha surgido para combater o legalismo francês, ela não deixou de ser um importante factor de emergência do positivismo jurídico. O direito era algo pressuposto, ainda que não fosse imposto pelo legislador. O jurista limitava-se a descobrir esse direito na história de cada povo, nas instituições culturais que tinham surgido ao longo dos tempos. E fazia-o utilizando a racionalidade axiomática do seu tempo, pelo que rapidamente a Escola História caminhou para o conceitualismo.

Ademais, podemos dizer, sem correr o risco de incompreendermos a proposta desta corrente alemã, que ela acabou por cair numa contradição em face do seu projecto inicial. O direito era o produto do espírito dos povos. Tinha inegavelmente um carácter histórico. E tinha um forte pendor nacionalista – o direito seria função das peculiaridades próprias de cada povo, razão que levou os autores desta Escola a recusarem a ideia de um direito natural, permanente no espaço e no tempo. No entanto, perante o dualismo de posições que nasceu no seio da Escola – a posição romanista e a posição germanista⁵⁰³ – foi a primeira que triunfou e influenciou significativamente o pensamento jurídico europeu. O que quer dizer que afirmou o direito como o resultado do espírito de um povo, mas acabou por construir um sistema de direito independentemente da consciência colectiva desse povo, com base no direito romano.

Editora, Coimbra, 1995, p. 203 e ss., e DUFOUR, « Rationnel et irrationnel dans l'école du droit historique », *Archives de Philosophie du Droit*, 23, 1978, p. 147 e ss.

⁵⁰² Para SAVIGNY, “a história de um povo não é apenas uma colecção de exemplos ético-políticos”, mas “cada época é a continuação e o desenvolvimento de todos os tempos passados”. “A história não é uma mera colecção de exemplos, mas o único caminho para o conhecimento verdadeiro da nossa própria situação”. Mais concretamente a propósito do direito, SAVIGNY afirma que “o direito tem um carácter determinado, peculiar ao respectivo povo, tal como a língua, os seus costumes e a sua constituição”, pelo que “o direito vive, tal como a língua, na consciência comum do povo” – *Über den Zweck*, apud CASTANHEIRA NEVES, *ob cit*, p. 207 e 208

⁵⁰³ A corrente romanista procurou transformar num sistema acabado o direito romano aplicável na Alemanha; a corrente germanista procurou edificar, em áreas diferentes das ocupadas pelos romanistas, um sistema de direito alemão alicerçado na investigação das raízes tradicionais. Veja-se, sobre este ponto, ALMEIDA COSTA, *História do Direito Português*, cit., p. 348 e ss.

Assim se chega à Pandectística, cujo objectivo era o de reunir o jurídico num sistema completo e abstracto. E com isto retorna-se ao positivismo, não o positivismo legalista tipicamente francês, mas um positivismo científico, que comungava com aquele a crença na possibilidade de se edificar um sistema de direito onde se encontrasse resposta para todos os problemas jurídicos.

Como salienta PINTO BRONZE⁵⁰⁴, “SAVIGNY, influenciado neste particular pelo pensamento kantiano, ao querer converter o histórico numa dogmática coerente que servisse de base à ideia de sistema, acabou por pensar este sistema como um conjunto de estruturas que subsistiriam naquilo que dogmaticamente se mantinha; abstraiu assim da contingência histórica, pois a verdade não estava no empiricamente variável, mas na estrutura que permanecia. Ou, de outro modo: a dimensão histórica tinha, para Savigny, a ver com os textos, basicamente de Direito Romano; por seu turno, a dimensão dogmática consistia na conversão desses dados históricos num sistema de instituições jurídicas racionalmente pensadas (...) em vez do histórico, Savigny preferiu, afinal, o a-histórico (...) isto porque o que se pretendia era atingir a kantiana racionalidade sistemático-dogmática – nota esta determinante para se compreender a dissolução da EH na “jurisprudência dos conceitos””.

O pensamento kantiano exerceu, portanto, uma influência determinante em SAVIGNY e isso culminou na transformação de um pensamento que se pretendia histórico num pensamento puramente racional. O direito converte-se num sistema conceitual e abstracto e a Escola Histórica acaba por se vir a encontrar com a Escola da Exegese na sua projecção metódica. De facto, para o conceitualismo alemão, o direito acaba por ser reduzido a um conjunto de conceitos sistematicamente construídos que se aplicariam lógica e dedutivamente aos casos concretos.

A objectividade do pensamento jurídico acabaria por dominar os autores da Escola Histórica (nas suas sucessivas degenerescências na Pandectística e na Jurisprudência dos Conceitos). A certeza e a segurança do direito acabariam por triunfar no quadro axiológico proposto por esta corrente⁵⁰⁵.

⁵⁰⁴ PINTO BRONZE, *Lições...cit.*, p. 315

⁵⁰⁵ No que concerne à responsabilidade civil, vemos SAVIGNY a sustentar, num quadro dogmático caracterizado pela sua abstracção, que o delito tem origem na violação de um direito, e PUCHTA a estabelecer duas condições para a verificação de um delito – violação de um direito alheio e culpa do autor. Sublinhe-se, ainda, que o facto tinha de ser praticado fora do exercício de um direito próprio (v. GUIDO ALPA, *Responsabilità civile e danno*, ... cit., p. 103).

WINDSCHEID, na tradição da pandectística, não enuncia regras de carácter geral, antes examinando as fontes de direito romano para ver quais delas são ainda actuais e quais se integrariam na disciplina do

E é dentro dela que se pode inscrever IHERING, apesar de numa última fase do seu pensamento o autor se mostrar bastante crítico em relação à mesma, evidenciando as insuficiências da Pandectística, pelo que acabaria por se abrir ao positivismo sociológico⁵⁰⁶.

E é a IHERING que se deve uma importante obra em matéria de responsabilidade civil – *Das Schuldmoment im römischen Privatrecht – O momento da culpa no Direito privado romano* – da qual resulta um modelo diferente daquele que já analisámos. IHERING passa a distinguir duas instâncias de imputação delitual. À culpa acresce a

direito alemão. (v. ALPA, cit, p. 104). Refira-se, nesta sede, que WINDSCHEID participou activamente na elaboração do BGB.

Dos dois autores citados, cf. PUCHTA, *Lehrbuch der Pandekten*, J. A. Barth, Leipzig, 1838, p. 269 e ss. e 432 e ss.; PUCHTA/RUDORFF, *Pandekten*, 4. Auflage, Leipzig, 1853; WINDSCHEID, *Lehrbuch der Pandektenrechts*, vol. II, 6. Aufl., Rütten & Koenig, Frankfurt, 1887 [*Diritto delle Pandette*, II, Torino, 1925 (tradução italiana de Carlo Fadda e Paolo Emilio Bensa)]. Cf., ainda, LUDWIG ARNDTS, *Lehrbuch der Pandekten*, 2. Aufl., München, 1855, p. 354 e ss.

No que respeita ao direito alemão mais antigo, cf., também, SCHIEMANN, “Schadensersatz aus unerlaubter Handlung im geltenden deutschen BGB”, L. VACCA (ed.), *La responsabilità civile da atto illecito nella prospettiva storico-comparatistica*, G. Giappichelli Ed., 1995, p. 183 e ss.

⁵⁰⁶ Em 1847, o procurador KIRCHMANN profere uma conferência intitulada “*Falta de valores da Jurisprudência como ciência*”, que representa, de acordo com o que apurámos junto de LARENZ (LARENZ, *A metodologia da ciência do direito*, 3ª Edição, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 1997, tradução de José Lamego e Ana de Freitas, p. 50 e ss.), uma forte crítica à Jurisprudência dos Conceitos. De facto, embora a conferência se mostre particularmente confusa, parece que quando KIRCHMANN salienta a inutilidade da prática jurídica se está a referir ao conceitualismo alemão. Diz-nos o procurador que “ela tende a constringer as formas da actuação das ultraconhecidas categorias de figuras já mortas”. Segundo LARENZ, voltamos a repeti-lo, isto não é mais do que uma crítica a PUCHTA e a IHERING na sua primeira fase de pensamento.

Note-se que, ainda segundo o autor citado, é a partir deste momento que IHERING se apercebe das insuficiências da Pandectística. Mas ainda em 1889, VON GIERKE refere, criticamente, as insuficiências de uma posição positivista em matéria de responsabilidade civil, que só mais tarde se abre à consideração da responsabilidade pelo risco e do abuso de direito. Por isso, embora a obra de IHERING a que vamos fazer referência (*Das Schuldmoment im römischen Privatrecht – O momento da culpa no Direito privado romano*) date de 1867, pensamos não incorrer em erro se a tentarmos explicar à luz das doutrinas positivistas alemãs. Nesse mesmo sentido, veja-se CASTANHEIRA NEVES, “*Nótula a propósito de estudo sobre a responsabilidade civil, de Guilherme Moreira*”, *Digesta*, vol. I, Coimbra Editora, Coimbra, 1995, pp. 475 e ss. (também em *Boletim da Faculdade de Direito*, vol. LIII, 1977, p. 381 e ss.). Nesse estudo, CASTANHEIRA NEVES salienta que GUILHERME MOREIRA teria pretendido “superar o dispersivo assistemático e as limitações epistemológicas do método exegético por um pensamento jurídico que teria numa dogmática sistemático-conceitualmente consistente e os seus fundamentos doutrinários e a sua expressão. Igualmente na nossa doutrina, a *Begriffsjurisprudenz* pretendia assim substituir o mero positivismo legalista por um positivismo científico”. Ora, a proposta de GUILHERME MOREIRA em matéria de responsabilidade civil inspira-se directamente no modelo que IHERING tinha construído algum tempo antes, o que nos vem mostrar que também IHERING continuava preso à Jurisprudência conceitual à época da elaboração do seu estudo sobre a responsabilidade civil.

Saliente-se, porém, que em 1861 aparece a primeira carta *Ueber die heutige Jurisprudenz* (“Sobre a Jurisprudência actual”), de autoria de IHERING, onde este se mostra particularmente crítico do método jurídico conceitual que tanto tinha defendido. No entanto, devemos considerar que, apesar da abertura do autor à consideração dos fins do direito, a sua posição ainda comunga de muitos dos preconceitos positivistas.

Num sentido diferente, afirmando a continuidade de todo o pensamento de IHERING, veja-se FIKENSTCHER, *Methoden des Rechts*, vol. III, p. 202 e ss., *apud* LARENZ, *op. cit.*, p. 26, nota 15

ilicitude, um filtro objectivo que irá seleccionar as hipóteses relevantes em matéria de obrigação ressarcitória⁵⁰⁷.

Pode ler-se na obra de IHERING⁵⁰⁸, *qualquer pessoa sente a diferença que existe entre a pretensão do proprietário contra o terceiro possuidor, de boa fé, da coisa dele e a do roubado, contra o ladrão. Naquele caso trata-se, apenas, da existência do direito controverso, sem ser necessário confrontar-se, por parte do Autor, com a censura de um desvio jurídico consciente e censurável (...) o momento da censura subjectiva é aqui irrelevante (...). Pelo contrário, a acção contra o ladrão respeita, essencialmente, à censura do desvio jurídico ou seja a violação, querida e consciente, do nosso direito; o momento da censura subjectiva é-lhe indispensável, pois não há roubo sem intenção (...). A consequência natural, de qualquer violação culposa, dum direito alheio, é a obrigação de suprimir as consequências danosas do facto, isto é, de indemnizar, independentemente de saber se e quanto lucrou o culpado, com o facto em causa.*

O que IHERING nos diz é que não basta a culpa para fazer desencadear a obrigação ressarcitória. É ainda essencial que se verifique um acto ilícito, consubstanciado na violação de um direito alheio. Restringia-se, desta feita, o âmbito do juridicamente relevante em matéria de responsabilidade civil⁵⁰⁹.

Em 1900, entraria em vigor o BGB⁵¹⁰, que consagraria a distinção entre culpa e ilicitude. E para isso, com o objectivo de salvaguardar ao limite a distinção, fixam-se três cláusulas de ilicitude. O § 823º I prevê que *quem com dolo ou negligência violar ilicitamente a vida, o corpo, a saúde, a liberdade, a propriedade fica obrigado a indemnizar (...)*. Tutela-se, por esta via, toda a intromissão culposa em direitos absolutos alheios, prevendo-se no número II daquele preceito as hipóteses de

⁵⁰⁷ Cf. MENEZES CORDEIRO, *Da responsabilidade...* cit, p. 432 e ss.

⁵⁰⁸ IHERING, *De la faute en droit prive ...* cit.

Veja-se, também, quanto ao ponto, a referência oferecida por MENEZES CORDEIRO em *Da responsabilidade...* cit, loc cit.

⁵⁰⁹ Antes de IHERING, também no espaço germânico, usava-se sem grande rigor os conceitos de culpa e ilicitude, havendo grande confusão entre os dois. Alguns autores utilizavam mesmo culpa no sentido da *faute* francesa. Para mais desenvolvimentos sobre o ponto, remetemos uma vez mais para MENEZES CORDEIRO, *Da responsabilidade...cit., loc cit.* Saliente-se, apenas, que os tribunais alemães, mesmo antes da entrada em vigor do BGB, já consideravam essencial que para além da culpa se verificasse a ilicitude da conduta.

A dicotomia entre a ilicitude e a culpa já tinha sido preparada anteriormente, pelo pensamento de autores nossos conhecidos. Assim, rememore-se o que ficou dito a propósito das teorias delituais forjadas por GRÓCIO, PUFENDORF, THOMASIIUS. Sobre o ponto, v., uma vez mais, NILS JANSEN, *Die Struktur...* cit, nas págs. também anteriormente citadas.

⁵¹⁰ O BGB preocupou-se mais com questões de carácter técnico e com o rigor das soluções que propugnava do que com aspectos ideológicos que tinham marcado o movimento codificador revolucionário. Neste sentido, veja-se, com algum desenvolvimento, MENEZES CORDEIRO, *Teoria Geral do Direito Civil, ...* cit., p. 65 e ss.

responsabilidade decorrente da violação culposa de normas que visem proteger interesses alheios. Por último, o § 826 comina a obrigação ressarcitória para os casos de danos causados dolosamente contra os bons costumes⁵¹¹.

Da análise dos preceitos em questão podemos retirar diversas conclusões. A previsão das três cláusulas de responsabilidade mostra-se imprescindível para dar cumprimento ao modelo proposto por IHERING. Como salienta MENEZES CORDEIRO⁵¹², “uma cominação geral de tipo napoleónico, correria sempre o risco de, pela generalização, aproximar os conceitos. Ao manter autónoma a necessidade de pesquisar a ilicitude, a lei alemã conservou viva a dupla instância de controlo, sobre as imputações delituais.”

Além disso, ao sermos remetidos para o § 826º, constatamos rapidamente que a restrição positivista do âmbito da responsabilidade começava já a ficara atenuada. De facto, para além dos comportamentos que violem direitos absolutos e normas legais de protecção de interesses alheios, somos igualmente confrontados com a previsão de responsabilidade para os casos de causação dolosa de danos, com ofensa dos bons costumes, mas sem conexão com nenhuma situação objectiva prevista anteriormente pelo ordenamento. E isso configura, sem dúvida, uma abertura enorme, sobretudo se pensarmos que a preocupação era a de restringir ao máximo as situações de responsabilidade. Já não estava só em causa a compreensão da liberdade como uma liberdade negativa, fruto do pensamento individualista. Nem estava só em causa a preocupação de alcançar a certeza jurídica, ou de imputar ao julgador um mero papel passivo próprio de um aplicador de leis. O positivismo jurídico começava a conhecer a sua fase de declínio. Mas a posição do legislador tudesco em relação à responsabilidade civil haveria de ser ainda profundamente restritiva por outros motivos. Estávamos em plena época de industrialização e teve-se consciência de que um alargamento desmesurado da responsabilidade, sem limitação do número de potenciais credores, acabaria por coarctar a iniciativa industrial e os novos empreendimentos. Foi-se, por isso, profundamente cauteloso^{513 514}.

⁵¹¹ Cf. NILS JANSEN, “Duties and Rights...”, ... cit., p. 461, considerando que a doutrina pandectística distingue dois tipos de ilicitude – a violação de um direito individual e a violação de um dever legal, tendo-se a dicotomia tornado a base do modelo do BGB. Frisa o autor que, “ironicamente, os direitos tornaram-se um limite da responsabilidade”!

⁵¹² MENEZES CORDEIRO, *Da responsabilidade civil...cit.*, p. 437

⁵¹³ Sobre as repercussões que a industrialização teve ao nível dos sistemas de responsabilidade civil, veja-se PINTO MONTEIRO, *Cláusulas limitativas* ... cit., p. 71 e ss. Refere o autor que “ (...) a afirmação do princípio da culpa, como fundamento único da responsabilidade, se revela um pressuposto necessário à estratégia económica do “*laissez-faire*”. Mas o processo de industrialização, numa fase inicial, em que

A diferente evolução do pensamento jurídico em França e na Alemanha parece ter determinado diversos modelos de responsabilidade civil. Assim, no primeiro país, sob inspiração do jusracionalismo (*maxime* pela influência de DOMAT e do seu jusnaturalismo cristão), estabeleceu-se uma cláusula geral de imputação delitual, baseada na *faute*, que passaria a ser entendida de uma forma restritiva, com fundamento nas preocupações positivistas da certeza e segurança jurídicas⁵¹⁵. Já no ordenamento jurídico alemão, sob influência do conceitualismo, e com a procura de um máximo rigor por este potenciado, ao que se aliam as preocupações anteriormente referidas, estabelecem-se três cláusulas com base nas quais pode surgir uma obrigação ressarcitória, dando-se cumprimento à distinção preconizada por IHERING, entre culpa e ilicitude⁵¹⁶.

12.3. O papel da causalidade em cada um dos modelos delineados

12.3.1. A função dogmática desempenhada na estrutura mencionada. Breve apontamento.

A origem histórico-filosoficamente marcada dos modelos ressarcitórios com que ainda hoje lidamos torna clara a intencionalidade com que os mesmos surgiram informados⁵¹⁷. Não se mantendo inalterada, não fosse a normatividade eivada pela nota

não se alcançara ainda um grau de perfeição técnica adequado, exigia mais. Exigia, nomeadamente, que se permitisse às empresas afastar ou limitar antecipadamente a sua responsabilidade por danos resultantes de faltas que inevitavelmente iriam ocorrer, numa época de aventura industrial. A alternativa seria a paralisação do processo económico motivada pelo receio de pesadas e imprevistas responsabilidades, que o empreendimento de novas actividades e o emprego da tecnologia desconhecida fomentava. Não é de estranhar, neste quadro, que a ordem pública não constituísse obstáculo às cláusulas limitativas e de exclusão da responsabilidade. Estas, além de se harmonizarem com os postulados do individualismo e voluntarismo jurídico, correspondiam igualmente às aspirações económicas da época, assentes na necessidade de proteger o desenvolvimento industrial imprescindível para o bem-estar social. (...) Atitude de favor traduzida numa maior liberdade de em se excluir a responsabilidade por actos de auxiliares (...) esta atitude de raiz liberal do legislador alemão havia de ser corrigida posteriormente (...)”.

Transcrevemos este trecho da obra de PINTO MONTEIRO porque ela atesta o espírito do legislador alemão, corroborando as nossas afirmações, não obstante versar sobre outras matérias.

⁵¹⁴ A elaboração do BGB durou cerca de 23 anos, tendo a comissão de elaboração sido dominada por WINDSCHEID, que pertence à Pandectística alemã. Este é mais um argumento relevante para sustentarmos que o BGB e, no que a nós nos diz respeito, a concepção de responsabilidade civil estariam dominadas pelo positivismo científico alemão. A própria sistematização do BGB é consonante com a sistematização pandectística

⁵¹⁵ A indeterminação da *faute* constituiria um dos principais problemas com que a civilística francesa teve de operar. Faltava-lhe a precisão jurídica que era reclamada pelos positivistas.

⁵¹⁶ A este propósito, cf. DAVID KRETZMER, „Transformation of tort liability in the nineteenth century: the visible hand“, *Oxford Journal of Legal Studies*, 1984, 4, p. 46-87

⁵¹⁷ Curiosamente, parecem também ser as influências que especificamente se fizeram sentir no seio do ordenamento jurídico estadunidense a determinar a diferente perspectiva com que ali se lida com a questão ressarcitória. Para um acompanhamento da evolução histórica dos *torts* nos EUA, cf., *inter alia*, e

da historicidade, continua a condicionar algumas das soluções cristalizadas ao longo dos tempos, porquanto subsistam muitos dos pré-conceitos positivistas.

Talvez por isso seja mister indagar qual o papel que a causalidade é chamada a cumprir no seio deles⁵¹⁸.

Para satisfazer o propósito, dois caminhos se afiguravam, em teoria, viáveis: por um lado, o acompanhamento do pensamento dos autores que mais marcadamente se pronunciaram sobre a categoria, delimitando o horizonte de referência jurídica em que laboravam; por outro lado, a explicitação – ainda que simplificada – do lugar por aquela ocupado na economia do instituto.

Optando pela primeira via, somos reconduzidos ao capítulo pretérito, lidando, então, com as teorias que se foram sucedendo. Sem que isso nos comunique mais do que ali colhemos, nem nos permita, afinal, mergulhar internamente naquilo que agora nos preocupa.

Mais do que perscrutar a concreta via de concepção do requisito causal, urge, aos nossos olhos, procurar saber por que razão é dogmaticamente impossível fazer

novamente, JOHN FABIAN WITT, “Toward a new history of American accident law: classical tort law and the cooperative first-party insurance movement”, ... cit., p. 690-841.

Recorrentemente, as histórias dos pensamentos jurídico e político norte-americano dos séculos dezanove e vinte têm ficado de fora da análise dos sistemas de compensação de danos, apontando-se como peça central de explicação diacrónica a onda de industrialização crescente e os problemas por ela suscitados, a fazer sentir a necessidade de forjar novos remédios em matéria de acidentes. No fundo, o que WITT nos pretende transmitir, e segundo as suas próprias palavras, é que “scholars tend to assume that accident law did not implicate the basic structures of political and social life”. WITT, por seu turno, pretende mostrar que o sistema de danos, oscilando actualmente entre os *torts* e a *accident law*, é modelado com base em dois vectores primordiais. À industrialização e aos caminhos que a mesma forçou a calcorrear junta-se necessariamente a assunção de uma determinada mundividência normativa de política económica. São suas as palavras: “accident law is a story of sharply divergent normative conceptions of political economy. Our own accident law regime today is (...) the product (...) of different visions of American politics and society”.

Note-se, em abono do rigor, não se curar aqui dos *torts*, mas outrossim da *accident law* que daqueles se aparta pelo sentido securitário e não responsabilizante com que surge pensada. Contudo, aproveita WITT o ensejo para se debruçar também sobre os primeiros e mergulhar numa panorâmica histórica de compreensão deles. Se o faz, justifica-o pela refracção deste no segundo. O paralelo entre ambos é traçado, segundo cremos, pelo enervamento conjunto pelas notas de emergência referidas *supra*. Donde, retomamos as nossas considerações pretéritas para afirmar com WITT que a responsabilidade civil não pode ser exclusivamente lida à luz daquilo que a realidade impõe.

⁵¹⁸ CONSTANTIN KRUSE, *Alternative Kausalität im Deliktsrecht...* cit., p. 46 e ss., onde o autor analisa o papel da causalidade no quadro do pensamento dos canonistas (como PORTIUS, PLACENTIUS, ACÚRSIO, ODOFREDUS, HOSTIENSIS, BARTOLO DE SAXOFERRATO, BALDUS ULBALDIS, cf. 46 e ss.); no quadro da recepção do *usus modernus pandectarum* na Alemanha, na qual se verifica uma estagnação dogmática do entendimento causal (cf. p. 80); e no quadro do jusracionalismo e do movimento codificador (cf. p. 95 e ss.).

A propósito da concepção de causalidade de BARTOLO, cf. GIOVANNI VALCAVI, “On juridical causation in civil liability due to non-performance and unlawful conduct”, ... cit., p. 34 e ss. (versão digital), considerando que, com BARTOLO, assim como com DONELLUS, a causalidade se passa a confundir com a previsibilidade.

recair uma obrigação ressarcitória sobre o agente lesante sem lançar mão do pressuposto.

Advirta-se, porém, que a lupa à luz da qual concretizaremos o exercício prático-especulativo não é nossa, antes pertencente ao passado⁵¹⁹, ou seja, orientada pela pressuposição de sentido a que acedemos no ponto anterior, como se todo um mundo de superação do positivismo jurídico não tivesse, entretanto, sido transposto.

O Código Napoleónico previa, no tocante ao ressarcimento, que todo o facto humano que cause a outrem um dano, por culpa sua, fizesse impedir sobre o lesante a obrigação de o reparar. A abertura é plena e consentânea, como vimos, com a matriz jusracionalista em que o preceito é forjado. E se o pensamento exegeta ulterior haveria de estabelecer restrições a essa amplitude originária, o certo é que o único critério de imputação ali consagrado é a *faute*. Pelo que é a partir das nervuras que a entretecem que há-de ser pensado o enquadramento da causalidade na economia do instituto.

Aquele que comete a *faute* actua culposamente. Simplesmente, esta culpa não é aqui, pela falta de cisão entre ela e a ilicitude, um mero juízo de desvalor subjectivo, antes sendo integrada por uma dimensão objectiva de quebra do dever. Incorpora, por isso, enquanto não seja formalisticamente encarada, uma concatenação estrita entre o dano que ocorre e o comportamento do agente. Deixa, porém, sem filtro os prejuízos patrimoniais que subsequentemente avultem, já que, inexistindo a ilicitude do resultado, eles não podem ser reconduzidos a nenhum pólo de sindicância da responsabilidade para lá do comportamento do dito agente. Colocar-se-ia, então, posteriormente, o problema da limitação daquela. É, pois, neste contexto que se recupera a lição romanística da distinção entre danos directos e imediatos e danos indirectos e mediatos para a consagrar positivamente no Código de Napoleão. A inspiração vem de DOMAT e POTHIER e visa, ao erigir-lo em critério guia do julgador, com assento normativo, coarctar a possibilidade de serem ressarcidos os danos em cascata e em ricochete⁵²⁰.

⁵¹⁹ A expressão “passado” não é aqui empregue com o sentido rigoroso de tempo ido, porque se pode assistir ainda hoje à sobrevivência, ainda que na maioria das vezes não consciente, de um pensamento de índole marcadamente positivista. Já não exegetico, é certo, mas muitas vezes dominado por pré-conceitos apenas compatíveis com o tipo de racionalidade que se mobilizava.

⁵²⁰ Veja-se, a este propósito, o artigo 1151º Código Civil Francês, que afirma que no caso de não cumprimento do contrato as perdas e danos só devem abranger o dano sofrido e o ganho de que o credor foi privado que representem uma consequência imediata e directa da inexecução da obrigação. O preceito, previsto a propósito do mundo negocial, considera-se aplicável à sua congénere delitual e encontra eco no revogado artigo 707º Código de Seabra, nos termos do qual “só podem ser tomados em conta de perdas e danos as perdas e danos que necessariamente resultam da falta de cumprimento do contrato”, segundo testemunha PEREIRA COELHO (cf. “O nexos de causalidade...”, ... cit., p. 230).

Uma interpretação não subjectivista histórica levou, porém, o insigne civilista português a afastar-se da doutrina das consequências directas e imediatas para encontrar na norma um sustentáculo para a defesa da doutrina da causalidade adequada.

Acerca do nosso direito mais antigo, v. J. H. CORRÊA TELLES, *Digesto Portuguez ou Tratado dos Direitos e Obrigações civis, Accommodado às leis e costumes da Nação Portuguez para servir de subsídio ao novo Código Civil*, ... cit., p. 35 e ss. Considera o autor que “só é indemnizada a perda e interesse que é consequência imediata da inexecução da obrigação. A perda ou interesse remoto, que não foi ou não podia ter sido previsto no tempo da obrigação contraída, não deve ser indemnizado. Havendo dolo ou culpa grave, é indemnizável não só o dano como o lucro cessante. Verificando-se uma situação de multiplicidade causal, isto é, havendo mais do que um autor para o dano, cada uma deve responder pelo que fez, conforme o grau de culpa. Mas, “se muitas pessoas causaram o dano de propósito ou por culpa grave, e não se pode individualizar qual delas o causou, um responde por todos e todos por um” (p. 77). Do mesmo modo, se for impossível determinar a porção da perda por que cada um é responsável, cada um dos co-réus responde pela totalidade. A responsabilidade excluir-se-ia por via do caso fortuito, entendido como o acontecimento que não pode ser previsto ou que, ainda que o fosse, não se lhe podia resistir.

Mais próximo da lição de POTHIER parece ter andado COELHO DA ROCHA, *Instituições de Direito Civil Portuguez*, vol. I-2, 8ª edição, Lisboa, 1917, p. 84. Para ele, a indemnização por perdas e interesses variaria conforme as diferentes causas: dolo, culpa, mora ou acaso (sendo este entendido como “todo o acontecimento que o homem não pode prever nem desviar naturalmente. É tido como uma desgraça e ninguém é obrigado a indemnizar a perda que dele proveio, excepto se o tomou expressamente sobre si ou se foi precedido de culpa ou mora”). Para o cálculo da indemnização (p. 87), apenas se atendem aos prejuízos que resultam imediatamente da falta de cumprimento e não aos remotos. Na concretização do que são os danos imediatos, o autor remete expressamente para a lição do civilista francês, sem, no entanto, oferecer um critério. De acordo com a lição de COELHO DA ROCHA, a obrigação de indemnizar seria, ainda, diferente consoante o grau de culpa: no caso de dolo ou culpa lata, todos os danos seriam ressarcidos; no caso de culpa levíssima, excluir-se-iam da compensação os lucros cessantes.

Não só a relevância conferida à culpa permite antever o pendor não formalista do pensamento do autor, como COELHO DA ROCHA se preocupa em, lidando com exemplos concretos, sedimentar algumas regras imputacionais que andam longe de uma estrita matematização causalista dos danos. Assim, refere que “não se deve se o dano proveio do acaso ou do uso que se faz do direito próprio, excepto se o danificante, tendo outros meios de usar o seu direito, escolheu aquele por dolo ou emulação”. Do mesmo modo, “o dono de um animal feroz é responsável por todo o dano que este causar”, mas, “se o animal causou o dano por ser provocado, quem o provocou fica responsável pela indemnização” – cf. p. 91.

Ainda na vigência do Código de Seabra, a propósito do já referido artigo 707º, GUILHERME MOREIRA, no quadro da responsabilidade contratual, afirma que se deve ter em consideração se, “posteriormente ao não cumprimento do contrato, existe qualquer outro facto danoso que não seja uma consequência necessária dele e que pudesse ser evitado pelo credor”, acrescentando que, “quando o facto danoso seja fortuito, torna-se necessário verificar se o caso fortuito deve ou não considerar-se como representando uma consequência da inexecução da obrigação, sendo só nesse caso que o devedor deve considerar-se responsável pelos prejuízos que dele derivem” – cf. *Instituições de Direito Civil Português*, vol. II, *Direito das Obrigações*, ... cit., p. 145 e ss. No tocante à responsabilidade delitual, GUILHERME MOREIRA diria que “em teoria a doutrina que se nos afigura mais defensável é a que torna o autor do facto ilícito responsável pelos prejuízos que sejam devidos a esse facto, ou que não se haveriam dado pela superveniência de causas fortuitas, se não fora o facto ilícito. A situação em que a autor do facto ilícito se coloca deve torná-lo responsável pelas consequências que dele resultarem, e, provando-se que o prejuízo, embora seja motivado por um caso fortuito, não se teria dado se não fosse o facto ilícito, a vítima deste deve ter direito a ser indemnizado” – cf. “Estudo sobre a responsabilidade civil”, *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, 38º, p. 4. Não sendo rigorosa a inserção de GUILHERME MOREIRA nesta nota, por ser o seu pensamento influenciado por racionalidades diversas das que contaminam o jurídico nos alvares do século XIX, não deixa de ser interessante constatar como se manteve estável o tratamento que a causalidade recebeu no nosso país ao longo do tempo. Acerca do tratamento que GUILHERME MOREIRA dispensou à causalidade, cf. *Instituições de Direito Civil Português*, vol. I, *Parte Geral*, Imprensa da Universidade, 1907, p. 594. Depois de sustentar que “não basta violar materialmente um direito”, tendo de se acrescentar à autoria material a autoria moral, pelo que a responsabilidade, em regra, fica dependente de culpa, não bastando o nexo de causalidade que alguns pretendem erigir em fundamento da obrigação de indemnização (até porque “elas contrariam o conceito de direito, porque este constitui uma lei não de causalidade, mas de finalidade” – cf. p. 588), o insigne civilista determina que, “para que o autor do facto ilícito seja responsável pelo dano é necessário que entre este e o facto ilícito haja uma

relação de causalidade, ou melhor, que entre o prejuízo e o facto ilícito haja uma relação de conexidade tal que, sem o facto ilícito, o dano não se teria produzido”. Concretizando a lição que GUILHERME MOREIRA retira dos artigos 707º e 2361º CC, “se o facto ilícito consiste numa acção, o seu autor deve responder por todos os prejuízos que dela resultem directa e imediatamente e, se é uma omissão, pelos danos que desta são consequência necessária. Quando haja circunstâncias que, dando-se ao mesmo tempo que o facto ilícito ou posteriormente, venham determinar o dano ou o agravem, é necessário verificar se essas circunstâncias formam, com o facto ilícito, um todo incindível, ou representam, segundo a ordem natural das coisas, uma consequência necessária desse facto, sendo nestes casos que ao autor do facto ilícito deve imputar-se a responsabilidade” (p. 594). Assim, e continuando a acompanhar a lição do mestre, se A lança uma pessoa para um poço onde existem objectos perfurantes, então ele deve responder pelos prejuízos que resultem dos ferimentos causados por esses objectos, do mesmo modo que é responsável pela morte de um cavalo resultante da queda num precipício a pessoa a quem ele foi entregue e o abandonou. No tocante aos “prejuízos devidos a factos supervenientes, nos casos em que estes não possam considerar-se consequência necessária do facto ilícito, mas que todavia se não haveriam dado se não fosse o facto ilícito, como se, havendo sido furtada uma coisa, esta perecer num incêndio que casualmente houver deflagrado na casa onde a colocaram, é necessário verificar se há ou não responsabilidade por esses danos, por isso que o autor do facto ilícito apenas é responsável pelos prejuízos que dele sejam consequência necessária. Há responsabilidade se o incêndio não tiver atingido a casa onde o objecto estava anteriormente”, porque aí aquele não teria perecido – cf. p. 595. Para GUILHERME MOREIRA, o mais justo é considerar que “o autor do facto ilícito é responsável por todos os prejuízos dele resultantes, no caso em que esses prejuízos, sendo devidos a causas fortuitas que não se possam considera uma consequência necessária desse facto, não se haveriam dado se não for o facto ilícito”.

Ainda sobre o artigo 707º, vide JOSÉ DIAS FERREIRA, *Código Civil Portuguez annotado*, Lisboa, 1871, tomo 2, p. 215, considerando que só podem ser tomados em conta de perdas e danos aqueles que necessariamente resultam da falta de cumprimento do contrato e realçando, na sua anotação, a diferença entre a necessidade e a eventualidade. Assim, “não são tomados em conta os lucros que eventualmente proviriam do contrato. Pela sua natureza contingente não podem apreciar-se e fixar-se com tanta facilidade”. Lida-se aqui, sobretudo, com a questão atinente aos danos e, sublinhe-se, pese embora o critério de que parte, não se exclui do ressarcimento o lucro cessante. Cf., também, tomo 5, 1876, p. 129, em anotação ao artigo 2396º.

A causalidade é, igualmente, objecto de atenção por parte de MANUEL DIAS DA SILVA, *Estudo sobre a responsabilidade civil...* cit., cap. II. O autor começa por identificar os elementos constitutivos da responsabilidade civil: a) o dano tem de ser causado; b) tem de envolver a ofensa de direitos de outrem; c) o dano tem de resultar de um facto positivo ou negativo imputável a alguém. Apresentando a responsabilidade civil como uma via de salvaguardar os direitos do homem na sociedade civil, o autor indaga se basta, para a imputação de que fala, a simples relação material de causalidade entre o dano e o acto praticado por um indivíduo sem atenção à sua vontade. Já antes (cf. p. 25), DIAS DA SILVA tinha mostrado que houve um trabalho de séculos para “substituir, em relação às perdas e danos, o ponto de vista da causalidade externa do facto pelo da causalidade interna da culpabilidade, e o das penas privadas pelo da reparação do dano”. Ou seja, e dito de um modo mais directo, ao longo de toda a obra, percebe-se a lenta evolução no sentido da afirmação quer do carácter reparatório do instituto, quer da imprescindível presença da culpa como fundamento da imputação delitual. Qualquer um dos dados, sendo absolutamente conciliável com o outro, acaba por ter impacto ao nível do tratamento da causalidade. Em consonância com as linhas de evolução traçadas, MANUEL DIAS DA SILVA sustenta que, ao nível da responsabilidade, porque ela implica a ofensa à ordem moral – a violação de um dever do homem em sociedade (o dever primário de não ofender direitos alheios) –, não é suficiente a dita causalidade para se impor uma obrigação ressarcitória, uma vez que ela é cega. Há que jogar com a inteligência e liberdade do agente, supondo-se assim mobilizável o conceito de imputabilidade – cf. p. 116. Só em casos excepcionais aquela obrigação de indemnização “remonta ao autor material do facto ilícito” (cf. artigo 2377º, 2379º Código de Seabra e p. 119). O facto de se exigir, em regra, a culpa como fundamento da imputação delitual não significa que a causalidade não seja chamada à liça. Veremos, mais à frente, que a culpa não soluciona todos os problemas com que o jurista, a este nível, há-de lidar. Do mesmo modo, teremos ocasião de sublinhar que a necessidade de um segmento de imputação objectivo não nos remete insofismavelmente para o limbo da causalidade. De todo o modo, por ora, importa acompanhar o pensamento de DIAS DA SILVA a este ensejo. Diz-nos o civilista, a págs. 193 e ss., quais são os requisitos que o dano deve revestir para que seja indemnizado. Assim, em atenção ao artigo 2361º, que fala em *causa*, muitos sustentam que “só os danos que sejam consequência directa e imediata do crime é que obrigam à reparação. Todos os outros são tidos como danos remotos, que, podendo ter outras causas, não são uma consequência

necessária. Só que, para o civilista, esta regra não é admissível: “se os danos remotos não são consequência necessária do crime e podem ter outras causas, também podem não ter e ser consequência do facto criminoso”. Em alternativa, considera que “deve recusar-se a imputação dos danos a que o crime tenha dado ocasião, mas que derivem do dolo ou da culpa do próprio lesado ou de um terceiro”, sendo estes os danos indirectos. No fundo, e continuando a acompanhar os seus escritos, “a responsabilidade do autor deve ampliar-se até onde começa a culpa ou dolo de outrem”. Num exemplo que nos oferece, o grão que tinha sido comprado para alimentar os escravos foi furtado. Em virtude disso, os servos acabaram por morrer à fome. Poderá haver imputação, respondendo o ladrão pelo dano da vida? De acordo com a posição do autor, a resposta terá de ser negativa, porque “podia ter-se evitado a morte deles suprimindo a carência de grão” (cf. p. 199). Quando haja agravamento do dano em virtude de uma falha da parte lesada, “os tribunais deverão arbitrar até que ponto a culpa de um e de outro intervieram como elemento na perda e fazer suportar a cada um uma parte do valor à sua culpa” – cf. p. 201.

SIDÓNIO RITO sustenta que a indemnização abrange os prejuízos relativamente aos quais a conduta ilícita é condição e que não podiam ser evitados pelo lesado (“Elementos da responsabilidade civil delitual”, *Jornal do foro*, ano 9º, pág. 289 e ss. e ano 10º, p. 31 e ss., 1946Lisboa, 1946); CUNHA GONÇALVES defende a doutrina da eficiência; JAIME DE GOUVEIA adere à doutrina da *conditio sine qua non*; MANUEL DE ANDRADE (*Teoria Geral das Obrigações* (com a colaboração de RUI DE ALARCÃO), 3ª edição, 1966, adere à doutrina da causalidade adequada. No entanto, afirma que “o devedor será responsável pelos danos que efectivamente previu ou até tenha querido provocar, mesmo que porventura o inadimplemento constitua para esses danos uma causa inadequada”.

GOMES DA SILVA viria repensar a responsabilidade civil e reelaborar os seus pressupostos. Em *O dever de prestar e o dever de indemnizar*, 1944, defende uma concepção normativa do nexos de causalidade (cf. p. 151 e p. 233. Aí o insigne professor atesta que o problema da causalidade só pode ser correctamente configurado se pensado em termos de nexos de imputação e acrescenta que “o nexos de causalidade não constitui um elemento autónomo da responsabilidade civil, antes representa um simples aspecto por que se encara a imputação do dano ao responsável”), afastando-se de todas as concepções teóricas já propostas por entender que assentam numa visão naturalística das coisas. No fundo, o autor parece advogar um nexos entre a conduta do lesado e o dano assente na culpa e na previsibilidade. Mais concretamente, diz-nos GOMES DA SILVA: “em primeiro lugar, importa averiguar se certo dano teve por condição necessária algum dos factos que a lei considera fontes de responsabilidade civil; em segundo lugar, deve investigar-se se o facto danoso, pertencendo embora a alguma das categorias legais de factos criadores de responsabilidade, na realidade produziu os danos, em certo caso concreto, pela forma a que a lei atendeu ao incluí-lo no número de circunstâncias de que pode emergir a responsabilidade (...). Se a lei fundamenta a responsabilidade em certa relação entre o dano e uma pessoa, é indispensável, para se verificar a responsabilidade, que esse dano haja sido produzido pela forma que a lei teve em vista ao estabelecer essa relação. Nisto consiste o nexos de causalidade: um facto diz-se causa do dano, para efeitos de responsabilidade civil, quando o produz pela forma que a lei tinha em vista ao considerar os factos da mesma espécie fontes de responsabilidade civil”. Para o autor, o tratamento da causalidade, assim convertida em nexos de imputação, seria, pois, diverso consoante estivessemos diante de uma responsabilidade objectiva ou de uma responsabilidade subjectiva.

É PEREIRA COELHO quem mais profundamente mergulha na problemática do nexos de causalidade. Não escondendo a influência da Jurisprudência dos Interesses, o autor adere expressamente à doutrina da causalidade adequada, para, mais tarde, tratar de forma pormenorizada a questão da relevância da causa virtual. Referência na matéria, é a ele que os civilistas portugueses têm ido beber inspiração para dar resposta aos problemas atinentes à questão. Não se preocupando em visitar os quadros dogmáticos do pressuposto, divergem, apenas, na adesão a uma formulação negativa ou positiva da adequação ou no papel que reservam à condicionalidade *sine qua non*. A abertura denotada relativamente à doutrina do escopo da norma violada é relativa, reservando a teoria, na maioria dos casos, para a concretização da segunda modalidade de ilicitude. Excepção feita a autores como MENEZES CORDEIRO (*Da responsabilidade civil dos administradores...* p. 532 e ss.) e MENEZES LEITÃO (*Direito das Obrigações*, I, cit., p. 362 e *Responsabilidade do gestor...* cit., p. 281), que advogam uma concepção normativa de causalidade e abrem a porta a outro tipo de considerações partilhadas recentemente por variados autores (MENEZES LEITÃO afirma contundentemente que “a obrigação de reparar os danos causados constitui uma consequência jurídica de uma norma relativa à imputação de danos, o que implica que a averiguação do nexos de causalidade apenas se possa fazer a partir da determinação do fim específico e do âmbito de protecção da norma que determina essa consequência jurídica”). Fazem-no, contudo, de forma não monográfica, restando sem tratamento exaustivo o tópico da causalidade (veja-se, quanto ao ponto, a crítica de OLIVEIRA ASCENSÃO a MENEZES CORDEIRO, centrada na responsabilidade contratual e vertida na arguição do curriculum apresentado pelo segundo no concurso a professor agregado – “Arguição do

DOMAT considera que, “se um dano resulta de um facto inocente de uma forma imprevista, sem que se possa imputar a *faute* ao autor de tal facto, ele não tem de suportar o resultado”. Mais adianta que, “se o facto fortuito é uma consequência de um facto ilícito, e dele resulta um dano, aquele que com o facto estabelece uma ligação, então, deve ser responsabilizado, pela simples razão de que o caso fortuito é, aí, uma consequência de tal imprudência”⁵²¹. No tocante ao que se viria a desenhar como requisito causal, DOMAT aponta como arrimo a previsão. Fácil é, também, perceber que a forma como vai pensada a imputação anda, pela convocação da *faute* como suporte do juízo delitual, longe de uma estrita quantificação do dano. Pelo contrário, a lição do jusracionalista cristão que aqui acompanhamos mostra-se necessária para o preenchimento do próprio conteúdo daquela *faute*. A duplicidade funcional do requisito torna-se, neste seu embrião, evidente.

currículo apresentado pelo Doutor António Menezes Cordeiro nas provas para obtenção do título de professor agregado”, *Revista da Faculdade de Direito de Lisboa*, 1998, p. 826)

Esta é, aliás, uma nota comum a todos os períodos do direito pátrio. Com excepção dos estudos sublinhados, os autores nunca se mostraram particularmente sensíveis ao tema. Em bom rigor, anteriormente à codificação, a preocupação denotada com a responsabilidade civil era exígua. Em autores como PASCOAL JOSÉ DE MELLO FREIRE (*Institutiones iuris civilis lusitani cum publici tum privati*, vol. IV – *De obligationibus et actionibus*, Coimbra, 1815) não encontramos uma análise do instituto, embora o autor elenque, entre as fontes das obrigações, o delito e o quase delito (tradução de PINTO DE MENEZES “Instituições de Direito Civil”, *Boletim do Ministério da Justiça*, nº160-161, 1966; 162 a 166, 1967; p. 89-200: 31-138; 5-123; 17-147; 45-180. Do autor, cf., igualmente, “Instituições de Direito Criminal Português”, *Boletim do Ministério da Justiça*, nº155, 1966, nº156, 1966, tradução de PINTO DE MENEZES e « História do Direito Civil Português », *Boletim do Ministério da Justiça*, 173, 174, 175, 1968, tradução de Pinto de Menezes). Em MANOEL DE ALMEIDA E SOUZA (LOBÃO), *Tratado Pratico das Avaliações e dos Damnos*, Imprensa Régia, Lisboa, 1830, não se dá tratamento especial à causalidade.

Para uma análise das influências que o nosso direito civil sofreu, cf. GUILHERME BRAGA DA CRUZ, “Formação histórica do moderno direito privado português e brasileiro”, *Scientia iuridica*, Tomo IV, 1954-1955 e *Exposição bibliográfica dos trabalhos relativos ao Código Civil de 1867 e preparatórios do futuro Código Civil Português*, Coimbra, 1959; ID., *Exposição bibliográfica dos trabalhos relativos ao Código Civil de 1867 e preparatórios do futuro Código Civil Português*, Coimbra, 1959; SINDE MONTEIRO, “Manuel de Andrade e a influência do BGB sobre o Código Civil Português de 1966”, *Boletim da Faculdade de Direito*, volume comemorativo, Coimbra, 2003, p. 181 a 208. Veja-se, igualmente, VICENTE FERRER NETO PAIVA, *Reflexões sobre os sete primeiros títulos do livro único da parte I do Projecto do Código Civil Portuguez do Sr. António Luiz de Seabra por Vicente Ferrer de Neto Paiva*, Imprensa da Universidade, Coimbra, 1859. *In fine*, cf. ANTÓNIO LUÍS DE SEABRA, (Visconde de), *Trabalhos preparatórios do Código Civil de 1867*. No que tange ao actual Código Civil, cf., entre outros, ANTUNES VARELA, « A elaboração do Código Civil », *A Feitura das Leis*, 1986, p. 17-34; ID., « Do projecto ao Código Civil », *Boletim do Ministério da Justiça*, nº161, 1966, p. 5 a 85; FRANCISCO JOSÉ VELOZO, « Na iminência de um novo Código Civil Português. Orientações filosóficas do Código de 1867 e do actual projecto », *Brotéria*, vol. LXXXIII, Lisboa, 1966, p.174 e ss. e 304 e ss.

⁵²¹ Cf. JEAN DOMAT, *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, lib. II, título VIII, § 9 e § 10.

Refira-se que o autor apresenta outros critérios de imputação. Assim, cf., § 4º (quando haja necessidade de adoptar medidas de precaução em obras e outros trabalhos das quais possam resultar danos, haverá imputação se não for tomado o cuidado que se impunha); § 6º (considerando que, no caso de se verificar um incêndio, haverá responsabilidade porque aquele resulta sempre de uma *faute*, ao menos por imprudência ou por negligência); § 7º (se um dano é causado voluntariamente para evitar um perigo, não há responsabilidade); § 8º (pode haver responsabilidade pelos danos que se causam e que poderiam ser evitados).

Em POTHIER, parece ressaltar, sobretudo, a dimensão limitativa do ressarcimento. Diz-nos o autor que a indemnização dos danos resultante da não execução do pactuado não tem de cobrir todos as perdas que resultem do não cumprimento⁵²². Há, na verdade, que distinguir diferentes casos e diferentes espécies de *dommages et intérêts*: não havendo dolo e havendo apenas uma *faute* ligeira, ele só terá de indemnizar os danos que haja previsto ou que pudesse prever; havendo dolo, devem ser todos indemnizados. Adianta o autor que, “normalmente, as partes previram apenas os danos que o credor, pelo não cumprimento da obrigação, pode sofrer por referência à coisa que é objecto do acordo e não têm em conta que ele pode ocasionar ulteriores danos nos seus outros bens”. Nessa medida, a responsabilidade não abrangerá toda e qualquer perda, mas tão-só as que directamente atinjam a coisa objecto da obrigação. A indemnização circunscreve-se aos danos *propter rem ipsam*.

As considerações do autor não ficariam assim completas. Ilustrando o seu pensamento com aquele que viria a ser um caso de escola, diz-nos POTHIER que, se A vende uma vaca doente com dolo e ela contagia todos os outros animais do comprador, o ressarcimento estende-se à perda de todo o gado, para depois questionar qual será o limite a partir do qual devemos reputar de demasiado longínqua e indirecta a consequência do dolo do devedor⁵²³. Imagine-se que a vaca doente não só contagiou os outros animais como impediu o cultivo das terras: deverá por este dano ser compensado o comprador da vaca doente? E se com isso o credor ficar impossibilitado de pagar as suas dívidas e abrir falência? Nestas sub-hipóteses, considera POTHIER que não se devem indemnizar tais danos, porque eles são uma consequência demasiado longínqua. O mesmo é dizer que eles não são uma consequência necessária da *faute*, podendo ter tido outras causas. Designadamente, explicita o autor, o credor poderia ter obstado à perda das terras ou à sua ruína económica por outras vias⁵²⁴.

⁵²² POTHIER, *Traité des Obligations*, cit., p. 93 e ss.

⁵²³ POTHIER, *Traité des Obligations*, cit., p. 100.

⁵²⁴ A propósito da posição de DOMAT e de POTHIER nos casos em que concorrem, para a produção do dano, outras causas para além do facto imputável ao demandante, cf. CHRISTOPHE QUÉZEL-AMBRUNAZ, *Essai sur la causalité...* cot., p. 6, apontando como critérios a previsão, no caso de DOMAT, e a proximidade e necessidade, no caso de POTHIER.

Veja-se, ainda, FORCHIELLI, *Il rapporto di causalità...* cit., p. 44, considerando que POTHIER limita a indemnização com base na noção de dano indirecto, do qual faz uma interpretação literal, introduzindo, posteriormente, o conceito de dano necessário. Com base nisso, passa a admitir a ressarcibilidade do dano mais indirecto e supera aquela visão literal. Em suma, “o nexo causal entre o ilícito e o dano interrompe-se não por causa do eventual carácter remoto do dano, mas pela inevitabilidade desse dano”. FORCHIELLI conclui, assim, que o critério do dano indirecto é olhado pelo civilista francês como um dano necessário: este é um aperfeiçoamento do primeiro, pelo que “não se pode negar a possibilidade de uma interpretação extensiva do artigo 1151º C. Napoleão”, ou seja, nem todos os danos indirectos seriam excluídos do

POTHIER expõe o problema a propósito da responsabilidade contratual. Duas razões tornam perceptível a opção dialógica. Por um lado, o autor remonta ao direito romano, onde o critério da distinção entre os danos *circa rem* e os danos *extra rem* foi cristalizado no âmbito negocial⁵²⁵. Por outro lado, a amplitude comunicada pela noção de ilícito do autor viabiliza o tratamento conjunto dos dois hemisférios em que, no nosso mundo e no nosso tempo, cindimos a responsabilidade civil⁵²⁶.

Embora na lição de POTHIER se denote menos a necessidade de preenchimento da *faute*, o certo é que a limitação da responsabilidade opera menos por via da ligação naturalística entre um resultado e um comportamento do que por meio de critérios que fazem apelo à exigibilidade, ao convocar a ideia de inevitabilidade para concretizar a noção de dano indirecto. Pesará na orientação tanto a matriz jusracionalista do pensador, como a estrutura delitual com que o mesmo se confronta. Os seus ensinamentos não estão, contudo, isentos de dificuldades, abrindo as portas a dúvidas e incertezas, algumas das quais permanecem até hoje.

ressarcimento. É que, quanto mais remoto for o dano, mais provável é que no processo causal se insiram outras causas concomitantes, como a culpa do lesado, na ausência das quais o dano não se teria verificado. Trata-se, portanto, de uma probabilidade que assume o aspecto de uma quase certeza (FORCHIELLI, *op. cit.*, p. 47).

⁵²⁵ Considerando que a distinção entre os danos directos e os danos indirectos remonta ao direito romano e ao texto de PAULUS (D. 19, 1, 21, 3), cf. FORCHIELLI, *Il rapporto di causalità...* cit., p. 38. Acompanhamos, por breves momentos, a exposição do autor italiano: o vendedor não entrega a coisa objecto do acordo entre as partes. Apenas podem ser indemnizados os danos *circa rem*, ficando de fora da compensação todos os outros eventualmente sofridos pelo comprador (danos *extra rem*). Assim, pergunta-se se seria ou não ressarcido o dano que o comprador teve por não ter podido negociar o vinho cuja entrega falhou ou o dano pela morte do escravo que faleceu porque aquele comprador não tinha comida para lhe fornecer, como consequência da falta de *traditio* por parte do vendedor.

Muitos são os problemas levantados pelo fragmento do *Digesta*. Desde logo, questiona-se se os lucros cessantes também serão excluídos pelo critério. Por outro lado, tal como FORCHIELLI nota, constatam-se inúmeras contradições entre os jurisprudentes romanos. ULPIANUS (D. 9,2,22, pr.) considera que quem lesa um escravo alheio há-de indemnizar também os danos que o proprietário sofre por não poder cumprir uma obrigação. E JULIANUS (D. 19, 1, 13, pr.) mostra que o vendedor que, com dolo, fornece um animal com uma doença contagiosa responde pela perda dos animais que foram contagiados.

FORCHIELLI oferece, então, pistas de solução para as aparentes aporias discursivas. Segundo uma determinada perspectiva, a solução adoptada por PAULUS “dependeria da concomitância de culpa do comprador por não ter adquirido outro vinho para revender ou para fazer face à fome do escravo. Em definitivo, resultava da falta ou, pelo menos, insuficiência do nexo causal”, mas já seria outro o juízo se se provasse que ele não teria conseguido comprar o vinho noutra lugar. Para outros, o fragmento do *Digesta* implicaria a exclusão do lucro cessante do ressarcimento. Numa terceira via, a solução justificaria-se por o facto de o comprador não conseguir adquirir um produto sucedâneo ser um facto anormal.

Cf., ainda, a este propósito, LEONE, “Nesso causale tra colpa e danno”, *Rivista di Diritto Civile*, 1913, p. 554 e ss. e TRAEGER, *Der Kausalbe.griff...* cit., p. 229 e ss.

Atente-se, de modo especial, no texto citado de ULPIANUS. Neste, o autor estende a indemnização para além da perda do valor do escravo directamente lesado, não fornecendo, contudo, qualquer critério para a circunscrição dos danos relevantes para esses efeitos.

⁵²⁶ A influência que os pensadores que acompanhamos exerceram no C. Napoleão determina que, ainda hoje, em França se propenda, muitas vezes, para um entendimento unitário do problema da responsabilidade civil. Nessa medida, afirma-se que a responsabilidade contratual e a responsabilidade extracontratual mantêm uma relação de especialidade entre si.

Na recusa já dogmaticamente fundada da interpretação do arrimo legal no sentido material da não interposição de nenhum dano entre aquele que se pretende reparar e o comportamento do agente, os autores acabariam por confluir, as mais das vezes, em posições similares àquelas que serão firmadas ao nível dos ordenamentos jurídicos de inspiração tudesca^{527 528}.

Esta confluência experimenta-se quer pela tendencial convergência – que não identidade – dos critérios de solução do problema, quer pela partilha de um substracto funcional comum, pese embora a distância que, estruturalmente, separa os modelos francês e alemão.

Na verdade, neste quadro, a causalidade visaria reconstituir historicamente a trajectoria que vai desde o comportamento *fautif* até à produção do dano, encontrando, embora despido de um sentido imputacional materialmente inucleado, o autor daquele e garantindo que não é outro que não o seu autor a repará-lo. Por outro lado, procurar-se-ia prospectivamente encontrar balizas para a limitação da indemnização, pelo que o critério da condicionalidade faleceria rapidamente, dando origem a uma intensa discussão em torno da previsibilidade, probabilidade como modelos conformadores do critério consagrado legalmente⁵²⁹.

Ora, este papel não seria diverso, segundo a visão maioritária, daquele que ocuparia no âmbito da mobilização do sistema aquiliano previsto no BGB. E não

⁵²⁷ A causalidade adequada acabará, portanto, por ser aceite no espectro dos ordenamentos de influência napoleónica. Relembre-se, por exemplo, tudo o que foi dito a propósito do ordenamento jurídico italiano, até de uma forma mais veemente do que aquela que se assiste em França. Note-se, porém, que se restringe amiúde o seu sentido estrito a uma ideia de *conditio sine qua non*. A depor, afinal, no sentido por nós explicitado. Que a causalidade vem, no desiderato limitador da indemnização que a matiza, a informar-se por uma racionalidade científica que faz jus à preocupação de transposição do plano do dever ser para o plano do ser, isto é, de busca do verdadeiro causador do prejuízo, não se duvida. Sendo certo que, porém, pela falta da desvelação de um resultado ilícito, se lhe atribui uma outra missão: a de descoberta da pertinência deles à *faute*. Pelo que, em segunda via, se procuraria determinar aquele filtro de que se fala.

⁵²⁸ Frisando as diferenças entre as duas mundividências jurídicas, cf. CHRISTOPHE QUÉZEL-AMBRUNAZ, *Essai sur la causalité...* cit., p. 6 (“a tradição civilística francesa não tentou elaborar uma teoria geral do nexos de causalidade, ao contrário do que sucedeu com a doutrina germânica, muito prolixa”).

Para uma consideração do modo de tratamento da causalidade no direito germânico, num período ainda marcado pelo conceptualismo, cf., uma vez mais, *inter alia*, VON BAR, “Zur Lehre vom Causalzusammenhang im Rechte, besonders im Strafrecht und Zivilrecht”, cit. p. 21 e ss.; VON BURI, *Über Kausalität und deren Verantwortung*, Leipzig, 1873; VON KRIES, “Über den Begriff der objektiven Möglichkeit und einige Anwendungen desselben”, *Vierteljahresschrift für wissenschaftliche Philosophie*, 12, 1888, p. 179 e ss.; RÜMELIN, “Die Verwendung der Causalbegriffe im Straf- und Civilrecht”, ... cit., p. 171 e ss.; TRAEGER, *Der Kausalbegriff im Straf- und Zivilrecht*, ... cit.

Atentando ao direito alemão da Pandectística, cf. BERNHARD WINDSCHEID, *Lehrbuch der Pandektenrechts*, ...cit., p. 41 e ss.; PUCHTA, *Lehrbuch der Pandekten*, ... cit., p. 279 (tratando do problema dos acidentes – *Zufall* – e, nessa medida, lidando com questões atinentes à imputação) e p. 432 e ss. (lidando com a *actio legis aquiliae*); LUDWIG ARENDTS, *Lehrbuch der Pandekten*, 2. Aufl., München, 1855, p. 354. Não são grandes as indicações que aí se encontram a propósito da causalidade.

⁵²⁹ Veremos em que medida a introdução da temática configura já uma evolução em relação ao pensamento positivista estrito com que aqui nos ocupamos.

falamos, importa referi-lo, das cláusulas secundárias de previsão de relevância danosa. Na verdade, o formalismo com que se olhou, à época, para a violação de direitos absolutos teve como resultado imediato o esquecimento quer do desvalor com que ela não poderia deixar de ser contaminada, quer da ancoragem dos danos subsequentes na preterição daqueles.

À causalidade é também aqui reservada a função de reconstituição do percurso traçado pelo real desde a conduta do lesante até à produção dos danos. Repare-se que assim não teria de ser, na medida da existência daquele primeiro dano, identificável com a ilicitude desvelada pelo resultado, desde que, depois de devidamente reconduzido à actuação do responsável – sem o qual perde todo o sentido responsabilizante –, se procurasse apenas a pertinência do prejuízo à violação da esfera alheia.

Perspectivada a ilicitude na pureza do resultado – descontados os casos de interferência de uma causa de justificação –, o prejuízo patrimonial que consubstanciava o dano teria de ser unido por alguma via ao sujeito⁵³⁰, numa preocupação intimamente ligada ao sentido indemnizatório do instituto, tanto mais que o problema avultava em sede de cálculo da reacção predisposta pelo ordenamento.

12.3.2. O condicionamento filosófico-metodológico das soluções cristalizadas

O breve apontamento inscrito no ponto precedente viabilizou a percepção acerca da função que o nexa de causalidade é chamado a cumprir. Mas garantiu também a correcção dialógica, mostrando que não é, ou pelo menos não é só, a dimensão

⁵³⁰ O que ficou dito em texto pode, ademais, ser atestado pela também já referida confluência de critérios. Saliente-se, porém, não se poder falar de identidade no tratamento da questão. Na verdade, enquanto no quadro de inspiração germânica o critério é o da probabilidade, domina no horizonte de influência francesa a ideia de previsibilidade, impondo-se, assim, que se sublinhe um dado já referido anteriormente. Não se confundindo um com o outro na sua pureza, a verdade é que a necessidade de corrigir as soluções a que se aportava no seio da causalidade adequada determinou a degenerescência do primeiro no segundo. Tratar-se-ia de uma previsibilidade abstracta, aferida pelo padrão de medianidade do homem razoável, que seria chamada à liça. Referindo-se, pela desconsideração a este nível do pilar fundacional que constitui a violação de direitos absolutos, porquanto os vários pressupostos de procedência de uma pretensão ressarcitória fossem vislumbrados no isolamento conceptual, a probabilidade/previsibilidade aos prejuízos patrimoniais ulteriores, os mesmos problemas com que o decidente se confrontaria em terras gaulesas afectariam o juízo alemão.

Paradigmático disso mesmo é o ordenamento jurídico italiano que, situando-se a meio termo entre o modelo da cláusula geral e o sistema da quase tipicidade alemã, visa ressarcir os danos consequência sem que deixe de olhar para um primeiro dano ou dano evento. Mostra-se, portanto, que as soluções pensadas foram não só condicionadas estruturalmente, mas determinadas intencionalmente.

Ilustrativo, ainda, o pormenor de alguns autores forjarem soluções no quadro de um sistema próximo do francês e considerarem-se as mesmas válidas por referência a outro(s) inspirado(s) no modelo do BGB. Nesse sentido, cf. PEREIRA COELHO, *O nexa de causalidade...* cit.

funcional a condicionar o modo como ele, em concreto, vai pensado. Melhor serviço se presta, pois, ao rigor argumentativo se, a um passo, admitirmos que é a intencionalidade predicativa da juridicidade que se mobiliza que condiciona estruturalmente o problema e não o inverso, instando-nos, portanto, a prescrutar quais os dados que a conformam.

A pressuposição heurística leva-nos, de momento, a adiantar serem três os segmentos que confluem nesse sentido: coloração estritamente negativa da liberdade, pensada na individualidade; exacerbação de uma racionalidade logicista consentânea com o espírito cientista da época; esquema metódico a postular uma cisão clara entre uma questão de facto e uma questão de direito no seio do discurso do decidente.

Se o simples enunciado se mostra revelador, o certo é que a importância – para o logrado desenvolvimento do nosso tema – de cada um desses factores obsta a que nos cinjamos a estas considerações.

Olhemos, pois, para cada um dos pontos sublinhados.

Vimos, de facto, ter-se chegado, no abstraccionismo ficcionista próprio de um pensamento de cariz iluminista, à afirmação de uma liberdade compreendida no isolamento do ser. Cada um seria livre enquanto e porquanto estivesse apto a agir independentemente da interferência dos demais. Livre, pois, perante o Estado; livre, ainda, diante dos seus semelhantes. O valor absoluto que se postulava tinha como único limite a liberdade do outro, assim definida no confronto conflitual dos sujeitos actuantes, sem que nenhum outro pressuposto de sentido a informasse. Portanto, um resultado que se produzisse fora da esfera de cada um estava atomisticamente separado dela, urgindo que se encontrasse um meio que garantisse a sua recondução, em termos causais, até ao centro geracional do mesmo⁵³¹.

Acresce que a hipertrofia da razão aristotélica, caracterizada pelo seu logicismo, e o vigor que as ciências exactas conheceram à época influenciaram a solução que então se edificou, surgindo esta matizada pelas notas do determinismo naturalista, nem sempre reconhecido, nem sempre exasperado, mas nem por isso ausente⁵³².

⁵³¹ Teremos oportunidade de salientar ser diverso o modo como os termos vão sopesados a partir do momento em que se invoque uma liberdade positiva. Na verdade, implicando esta que o sujeito supere o encerramento no eu e se encaminhe no encontro com o tu, ela surge entretecida pela nota da responsabilidade, potenciadora da actualização daqueloutra responsabilidade no sentido da *liability* quando o dever seja preterido, pelo que o resultado que se produz na esfera jurídica do lesado pertence *ab initio* ao lesante desde que funcionalmente ligado ao sentido preventivo que o seu comportamento devia revestir e foi em concreto olvidado.

⁵³² Estabelece-se assim uma equação entre três elementos que se relacionam de forma condicionante. Ou seja, a influência da filosofia do direito vai repercutir-se quer ao nível metodológico, quer ao nível da própria compreensão da responsabilidade. Ao mesmo tempo, o plano metodológico, não se confundindo

Entre nós, bebedores da cultura jurídica além-fronteiras, foi notório o facto. Remontando ao pensamento de PEREIRA COELHO, referência ainda hoje na matéria, porquanto seja sua a última monografia nacional sobre o tema, somos confrontados com a confissão da adesão, mesmo que condicional, aos conceitos oferecidos pelas ciências da natureza. E se a condicionalidade a que se alude aponta para uma juridificação da categoria⁵³³, não menos exacto é concluir que a mesma fica, desta feita, privada das nervuras axiológicas que entretecem a juridicidade. O que, no quadro do pensamento com que dialogamos, cultor da neutralidade aproblematicamente assumida como desiderato, não só é meritório, como explicável em termos metodológicos. Pois que a categoria de que se lança mão, nos termos em que é feito, tem como principal objectivo não imputar responsabilizatoriamente um resultado ao seu agente, mas garantir que apenas o dado por ele gerado seja indemnizado, num perfeito equilíbrio de patrimónios que também se busca. Donde é, afinal, a transposição para a realidade que passa a estar em causa.

Não é, de facto, estranho a tudo isto que a problemática donexo de causalidade tenha sido, *ab initio*, envolvida pela *vexata quaestio* da sua pertença ao âmbito factual ou normativo. O que, por seu turno, nos impõe um excursão sobre um dos temas mais candentes com que os juristas se têm confrontado: qual o sentido da dualização mencionada? Qual o sentido da conceptualização jurídica?

com o primeiro, mas sendo por ele determinado, vai reflectir-se no terceiro elemento e na concepção de causalidade que se mobilize, no seu seio, para que ela se torne operativa.

Por isso é interessante notar o que se viveu nos sistemas não continentais. Na verdade, o positivismo inglês edificou-se, sobretudo, por influência empirista. Autores como LOCKE e HUME terão sido decisivos na conformação do pensamento nesses territórios, onde o tratamento da causalidade assumiu contornos diversos. Para uma referência àqueles, cf. KAUFMANN, “A problemática da filosofia do direito ao longo da história”, in KAUFMANN e HASSEMER (org.), *Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas*, Fundação Caloust Gulbenkian, tradução de Marcos Keel e Manuel Seca Oliveira, 2002, p. 118

Cf., igualmente, A. M. HONORÉ, “Causation and remoteness”, ... cit., p. 30, referindo-se à diferente evolução que o conceito de causalidade conheceu nos sistemas da *Common Law* e realçando dois marcos importante (o teste do *natural and probable consequences*, consagrado no *Rigby v. Hewitt*, em meados do século XIX e a ideia, veiculada no século XX, em *Re Polemis e Furness, Whithy & Co.*, segundo a qual o lesante deveria indemnizar o lesado pelas consequências directas da sua conduta).

⁵³³ Cf. PEREIRA COELHO, “O nexo de causalidade...”, ... cit., e *O problema da causa virtual...* cit.

Não queremos com isto apodar o pensamento do autor de positivista. Como teremos oportunidade de assinalar, ele situa-se já longe do paradigma de pensamento em questão. Sem que, contudo, se vislumbre uma mutação do tipo de racionalidade com que a juridicidade vai pensada. É possível, por isso, integrá-lo, ainda que superando-a, na visão tradicional da causalidade. A superação a que se alude passa, como também registaremos de modo oportuno, pela fixação dos quadros de operacionalidade da causalidade adequada, a afastar-se, ainda que não determinantemente, do primitivo mecanicismo e determinismo, próprio quer das doutrinas factuais, quer das doutrinas condicionais. Tudo depende, nesta sede, do modo como a própria adequação é cogitada.

Compreendê-lo ajudar-nos-á a aceder também a muitas das nervuras que cobrem o modo como o positivismo forjou a causalidade⁵³⁴.

Em nada se pretenderá inovar. Desejá-lo era, afinal, procurar o impossível, porquanto, se não tudo, pelo menos muito já foi detidamente considerado a este propósito. Mas não deixa de ser prestimoso mobilizar activamente esses ensinamentos para que, na sua presença directa, possamos acrescentar algo aos referentes de inteligibilidade que estamos a procurar edificar a propósito do nosso tema.

Entre nós, foi CASTANHEIRA NEVES quem, magistral e proficuamente, se deteve na contemplação crítico reflexiva do modo como deve ser estabelecida a dicotomia entre questão-de-facto e questão-de-direito⁵³⁵.

Assumida pelo pensamento tradicional em termos estanques, ela mostrava-se em consonância com os dados metódicos que entretecem o seu modelo de racionalidade e o método jurídico em que se projecta. Por um lado, interpreta-se a norma em abstracto; por outro lado, tal harmoniza-se com a ingénua pressuposição do direito como um dado, a esgotar-se no posto ou imposto pelo legislador. Consoante nos diz CASTANHEIRA

⁵³⁴ Relembramos, a este ensejo, a importância do que a seguir se dirá, não só em termos gerais como, mais particularmente, pela consciência clara de que somos herdeiros directos do modelo de pensamento com que dialogamos incidentalmente. E de que, pese embora a sua superação, continuamos ainda a ser dominados por muitos dos seus preconceitos.

Saliente-se, ainda, termos de regressar ao ponto de que agora tratamos. Na verdade, não será o simples afastamento da posição positivista na matéria que legitimará uma atitude displicente de absoluta desconsideração da importância do ponto. Pelo contrário, ainda que fundadamente chegemos, como vamos chegar, à afirmação do carácter axiológico-normativo da categoria que ousamos tratar em termos sistemáticos, nem por isso devemos esquecer a segunda face que qualquer caso jurídico impõe que com aquela dimensão já identificada se harmonize. Em ambas as situações é a justeza material da decisão judicativa a instar o estudioso a encontrar um meio de correspondência entre o plano da validade e o plano do ser.

Só isto é bastante para deixar antever a complexidade do tema. Com efeito, focá-lo faz-nos confrontar com a eterna problemática da divisória entre o plano do ser e do dever ser, opondo as posições monistas àquelas dualistas.

⁵³⁵ Do autor, veja-se, em particular, *Questão-de-facto – Questão-de-direito ...* cit. Muito esquematicamente, e procurando apenas ilustrar aquela que ao longo da extensão da obra vai sendo firmada como posição do autor, diremos, com o insigne professor, que “não é o direito e o facto, mas, e simultaneamente, o direito do facto e o facto do direito, pois, segundo a fórmula exacta de Sforza, o facto e o direito existem enquanto coexistem (...). A intenção jurídica, ao referir-se a uma realidade – a realidade histórica da vida social humana – em que se intenta cumprir, participa naquela atitude geral do Espírito (...) entra em diálogo com as coisas (a realidade concretamente situada) para lhes discutir a validade (...) como uma resposta de sentido” (cf. preâmbulo).

Não nos deteremos, por agora, na escarpelização, de forma completa, da questão. A ela referir-nos-emos incidentalmente procurando saber como se operou a conceptualização no seio de um pensamento que a cultivou acima de tudo. O direito realizar-se-ia pela redução do seu conteúdo a conceitos, tidos como *prius* e expressos ora numa pressuposição idealista *a priori*, ora numa recepção naturalista, garantindo-se, desta feita, a correspondência entre os dois planos. Cf. CASTANHEIRA NEVES, *Questão-de-facto... cit.*, p. 14.

Tudo o que queremos é, pois, salientar que, no âmbito de uma mundividência que assume indiscutivelmente a cisão, os conceitos assumiram um sentido particular e, como tal, também o conceito de causalidade veio a ser por ele matizado.

NEVES, a verdadeira actividade jurídica viria a densificar-se na obtenção, a partir das normas, de uma rede de conceitos aos quais se subsumiriam, posteriormente, os factos⁵³⁶.

Mais especificamente, para o positivismo, bem como para o escolaticismo medieval e o racionalismo jusnaturalista, o processo de aplicação do direito seria meramente lógico-dedutivo, o que seria possibilitado pelo acompanhamento de um *monismo conceitual naturalista*⁵³⁷: “pensa os conceitos como abstracções dos actos da vida social e natural e a norma jurídica como o resultado de uma abstracção conceitual de numerosos sucessos da vida jurídica”. Por isso, “entre os conceitos jurídico-legais e os factos era possível estabelecer uma relação lógica”⁵³⁸.

Assim, e continuando a acompanhar a exposição do autor, “os primeiros [conceitos de facto] seriam conceitos empírico-naturais de determinação causal; conceitos de ser. Os segundos conceitos normativo-teleológicos, de determinação normativa, de valor, de dever-ser”⁵³⁹, colocando-se posteriormente o problema do inter-relacionamento entre ambos⁵⁴⁰.

Ou, de outro modo, mas igualmente significativo, “deste nominalismo jurídico podia inferir-se serem apenas conceitos jurídicos aquelas significações pela lei enunciadas com uma explícita intencionalidade jurídica (...) – i.é, a que quisesse (querer reconhecido por interpretação) ligar um particular relevo ou sentido normativo. Todos os outros seriam, ainda que utilizados em normas, conceitos de facto”⁵⁴¹.

⁵³⁶ Cf. CASTANHEIRA NEVES, *Questão-de-facto...* cit., p. 53. Não tardaria, porém, a crítica do professor de Coimbra. Segundo o seu testemunho, hoje o direito orienta-se no sentido de uma “adequada resposta à co-presença constituinte da material-concreta realidade social e histórica” (cf. p. 54).

⁵³⁷ Cf. CASTANHEIRA NEVES, *Questão-de-facto...* cit., p. 130, nota 2.

⁵³⁸ Cf. CASTANHEIRA NEVES, *Questão-de-facto...* cit., p. 130, nota 2.

⁵³⁹ Cf. CASTANHEIRA NEVES, *Questão-de-facto...* cit., p. 134.

⁵⁴⁰ Fala-nos, em relação com o problema, CASTANHEIRA NEVES (*Questão-de-facto...* cit., p. 135, nota 8) da teoria da redução, a qual aceitaria a especificidade metodológica dos conceitos jurídicos, nisto se distanciando da pureza inicial do naturalismo jurídico. Simplesmente, esta especificidade residiria no critério de selecção, limitando-se o conceito jurídico a optar, no acervo geral dos factos, por aqueles que teriam relevo jurídico, pelo que era possível reduzir os conceitos normativos a conceitos de facto.

⁵⁴¹ Cf. CASTANHEIRA NEVES, *Questão-de-facto...* cit., p. 137 e nota 10.

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

CASTANHEIRA NEVES acabaria por se referir, mais detidamente, à posição de autores como LASK, RADBRUCH, BINDER, KOHLRAUSCH, SCHWINGE, WOLF, MITTASCH, SCHADDESTEIN: “todos os conceitos enunciados nas normas jurídicas têm o seu sentido e fundamento no *telos* ou em valores que essas normas pressupõem. O fundamento metodológico não reside na referência significativa a uma realidade objectiva pura e simples, mas no particular *modus* de consideração da realidade do ponto de vista dos valores ou pela referência teleológica da realidade a valores. Todos os conceitos jurídicos seriam teleológico-normativos” (cf. CASTANHEIRA NEVES, *Questão-de-facto...* cit., p. 148). Com isto é já a superação do estrito positivismo originário que se vislumbra, sem que, contudo, a superação logre ser cumprida. Mais

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

O neo-kantismo, à sombra do qual se foi edificando o positivismo jurídico, terá comunicado aos cultores de tal paradigma de pensamento o dualismo entre o ser e o dever ser. Ora, se o jurídico se realizava de forma logicista, pela pura subsunção, haveria que encontrar mecanismos – ou uma explicação do ponto de vista teórico – que viabilizassem a transposição entre os dois mundos. Pelo que, em bom rigor, e antes de se poder tecer qualquer comentário acerca do juízo apofântico que aquela encerra, haveria de procurar saber qual a natureza que revestiam os conceitos jurídicos. Isto é, haveria de determinar qual a relação que apresentavam com os conceitos de facto. Para se concluir, então, relevadas que estejam as *nuances* das diversas posições sobre o problema, não ser o conteúdo da norma mais do que um correlato, também ele lógico, das hipóteses suscitadas pelos casos concretos.

Sem que tal esgote o paradigma. Patenteia-se, antes, a propósito, uma dupla alternativa: ou o jurídico se reduz à facticidade, permitindo a subsunção; ou o que vem inscrito na norma jurídica ganha o lastro de juridicidade. Apenas lógico-formalmente eles apareceriam como entidades diversas⁵⁴².

Na verdade, se para uns o conteúdo da norma reflectia a realidade do ser, outros houve que se pronunciaram no sentido da juridificação dos conceitos, não deixando, porém, de ser esta uma posição consentânea com a gnoseologia neo-kantiana, posto que se continue a ver “na realidade intencionada pelas normas uma realidade cultural específica, constituída e objectivada por uma referência a valores e assim irreduzível a uma comum e indiferenciada realidade natural”⁵⁴³, ou seja, posto que se continue a postular a dualidade atrás mencionada⁵⁴⁴.

Abre-se, contudo, uma dupla vertente na abordagem da temática. De um lado, o positivismo mais estrito, fiel ao legalismo, a sustentar ser direito tudo aquilo que for

se diga que neste ponto conseguimos perceber a necessidade de passar da *conditio sine qua non* para a causalidade adequada no quadro das doutrinas emergentes em torno da causalidade.

⁵⁴² Cf. CASTANHEIRA NEVES, *Questão-de-facto...* cit., p. 133.

⁵⁴³ Esta seria a posição de autores como MANNHEIM, *apud* CASTANHEIRA NEVES, *Questão-de-facto...* cit., p. 139 e nota 11.

⁵⁴⁴ Sobre o problema da conceptualização jurídica, cf. KAUFMANN, *Filosofia do Direito*, 2ª edição, Fundação Caloust Gulbenkian, Lisboa, 2007 (tradução de ANTÓNIO ULISSES CORTÊS), p. 140 e ss. Não só resulta das páginas mencionadas a influência da gnoseologia kantiana na formulação do problema, como, no debate acerca da coincidência ou não entre a linguagem corrente e a linguagem jurídica, o autor, com apelo ao pensamento de ENGISH, fala especificamente do termo causalidade (cf. p. 142).

prescrito em forma de lei⁵⁴⁵. De outro lado, uma perspectiva que protagoniza uma aproximação paulatina a uma destrição em termos materialmente cunhados, ao sustentar, na esteira do entendimento gnoseológico explicitado, que os elementos do real, quando incorporados na norma, adquirem um sentido normativo⁵⁴⁶.

No fundo, e reduzindo a complexidade em que se mergulhou ao ousarmos tratar desta temática, “quer se acentue a subsunção para dar preferência aos conceitos jurídicos, quer se acentue a redução para dar preferência aos conceitos de facto, a conclusão será sempre a mesma no que toca à nossa distinção: num caso tudo será questão-de-direito, no outro tudo será questão-de-facto”⁵⁴⁷.

Recorrendo, agora ao nosso verbo, e procurando projectar as considerações expandidas em sede de percepção do modo como vai construída, à época, a noção de

⁵⁴⁵ Cf. CASTANHEIRA NEVES, *Questão-de-facto...* cit., p. 139, nota 11.

⁵⁴⁶ Cf. CASTANHEIRA NEVES, *Questão-de-facto...* cit., p. 139 e ss., que aqui continuamos a acompanhar de muito perto. Note-se estarmos ainda longe de uma verdadeira materialização da dicotomia. Basta atentar no pensamento de ZITELMANN, citado pelo insigne jurista português. Ao falar de conceitos descritivos e de conceitos normativos, reserva para os primeiros as descrições, efectuadas pelo legislador, dos pressupostos factuais dos efeitos jurídicos, considerando que os segundos “se referiam a objectos de carácter estritamente jurídico ou enunciavam uma significação que implicava um juízo de avaliação, jurídico ou outro” (cf. p. 147, nota 17).

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

Saliente-se, *in fine*, no quadro da teoria subsuntiva, que àqueles que sustentam uma relação estabelecida entre dois conceitos se opõem, pela insustentabilidade da posição mesmo do ponto de vista idealista, para quem a realidade, a que só se acede por meio das categorias *a priori* do sujeito, não deixa por isso de existir, aqueloutros para quem o facto se refere, efectivamente, a factos reais que são depois predicados juridicamente. Cf. p. 156 e 159. No fundo, a teoria subsuntiva viria já a considerar, numa fase posterior do seu desenvolvimento, que “a aplicação do direito implica sempre um acto constitutivo de uma unidade de síntese entre o factual e o jurídico”, mas só aparentemente porque, embora compreenda “a aplicação concreta do direito em termos materiais, não a reduzindo a uma simples relação estática de conceitos”, “insiste em tratar a sua estrutura segundo o esquema lógico-subsuntivo” e continua a pensar a relação entre facto e direito “como aquela que medeia duas entidades objectivamente dadas” (cf. p. 180).

Que o normativismo não constitui um magma uniforme já todos o sabemos. Que o silogismo se não identifica totalmente com a teoria subsuntiva também não ignoramos (cf. p. 207). Que tal não é bastante para considerar superado o pensamento positivista, no sentido amplo que ele ganha, parece resultar claro do pequeno excurso que trouxemos a lume. Pelo que, verdadeiramente, teremos de concluir não serem substancialmente diversas as considerações dos autores que, fiéis ao estrito legalismo ou ao conceptualismo normativistas, se pronunciaram acerca da causalidade relativamente às outras que os juristas, abraçando já formas predicativas da juridicidade com suporte teleológico material, firmaram.

⁵⁴⁷ Cf. CASTANHEIRA NEVES, *Questão-de-facto...* cit., p. 208.

causalidade, isto é, passando do plano puramente metodológico para aqueloutro dogmático, torna-se claro o esboço discursivo de que a seguir daremos conta.

Assim, no quadro de um legalismo estrito e primário, que fazia do silogismo a pedra de toque da realização/aplicação do direito, os factos corresponderiam logicamente aos conceitos previstos na hipótese normativa, sendo, por isso, consentâneo com ele um monismo conceptual naturalista. Nesse sentido, o nexu de causalidade, mesmo que apreendido pelo legislador, e ainda que convertido formalmente em jurídico, mais não seria do que o espelho fiel da causalidade natural, como ela surge na realidade do ser.

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

Não seria substancialmente díspar a solução pensada no quadro de uma perspectiva subsuntiva que se afastasse do primitivo silogismo judiciário. Espelhando um grau de conceptualização acrescido, a que não seria indiferente o périplo traçado pelo pensamento jurídico alemão⁵⁴⁸, privilegiar-se-ia a normativização da facticidade, fazendo-a revestir da especificidade jurídica. E assim ia realizado o direito no plano logicista da relação entre dois conceitos ou entre um facto e um conceito, quando se recuse a negação da realidade do ser, para o que se pressuporia, em qualquer dos casos, a redução do conceito ao mero facto, na medida em que aquele se limitaria a “seleccionar, no acervo geral dos factos, aqueles que teriam relevo jurídico”⁵⁴⁹.

Também não se distanciaria daqueloutra posição ainda mais desenvolvida que implicaria um acto de constituição das premissas a apelar à contemplação dos casos, posto que, em qualquer delas, “da realidade só se seleccionarão os momentos que cumpram a intencionalidade conceitual”⁵⁵⁰. Donde, e de um modo mais directo, da realidade colher-se-ia o sentido da causalidade natural para dela relevar as notas que se revelassem aptas a cumprir a teleologia normativa.

⁵⁴⁸ Referência implícita, pois, à *Jurisprudência dos Conceitos* e ao seu ontologismo conceptual, porquanto a existência precederia a essência. Sobre o ponto, cf. KAUFMANN, “A problemática da filosofia do direito...”, ... cit., p. 168.

⁵⁴⁹ Cf. CASTANHEIRA NEVES, *Questão-de-direito...* cit., p. 134.

⁵⁵⁰ Cf. CASTANHEIRA NEVES, *Questão-de-direito...* cit., p. 210.

Em qualquer dos casos, porque a continuidade logicista haveria de ser garantida, pelo não reconhecimento do papel autonomamente constitutivo do labor jurisprudencial, era o sentido tendencialmente determinista da causalidade natural a ser importado para o jurídico que assim cumpria na perfeição as duas funções que lhe reconhecemos: contenção da indemnização nos limites da causação do dano; correspondência entre o plano normativo e o fáctico. E isto mostrava-se, novamente, em consonância com o sentido da acção, entendida em termos materiais⁵⁵¹.

Só que o que na aparência da aproblematicidade com que ia pensado configurava um esquema perfeito mostrar-se-ia de duvidosa prestabilidade. Por um lado, porque metodologicamente irrealizável e axiologicamente desvalioso; por outro lado, e confluindo com esses dados, porque a paulatina superação do positivismo conduziu a lucubrações diferentes, a instar o jurista a percorrer outros caminhos.

Tais caminhos anunciavam-se, afinal, com a conceptualização da realidade do ser e a chamada à liça da teleologia do jurídico⁵⁵², fazendo antever o longo caminho que se teria de percorrer até ao presente e mostrando o *continuum* evolucionar que muitas vezes se invoca, desnudado de qualquer intelecção do tipo de pensamento subjacente, entre as doutrinas fisicistas e meramente condicionais e a causalidade adequada.

⁵⁵¹ Tal confluí, aliás, numa das preocupações cimeiras do tipo de pensamento com que lidamos. Na verdade, e acompanhando novamente CASTANHEIRA NEVES, cujos ensinamentos nestas matérias nunca serão demais, podemos afirmar que, “tentando que o direito fosse uma ciência, o positivismo traçou uma exigência quanto ao conteúdo ou pelo menos natureza dos seus objectos. Estes teriam de ser dados positivos, logo a natureza desses dados teria de ser tal que levasse assegurada a exigida positividade”. E com isto o resultado era claro: “simples fórmulas significativas nos enunciados verbais das normas, natureza de factos empíricos, sociológicos, psicológicos” [cf. *Questão-de-facto...* cit., p. 595].

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

⁵⁵² É nesta longa estrada que vamos encontrar a Jurisprudência dos Interesses. No entanto, e pese embora o reconhecimento da persistência de dados especificamente característicos do normativismo, não hesitamos em autonomizar a perspectiva, já porque informada por um finalismo espúrio ao formalismo que predicou o primeiro; já porque denunciador das próprias aporias dele.

A presente nota serve, pois, apenas para assinalar uma linha de continuidade entre ambas ao nível do problema da causalidade, diferentemente do que se poderá assistir quando mergulharmos noutras racionalidades.

12.3.3. O normativismo como filão condutor entre a condicionalidade *sine qua non* e a causalidade adequada. O duplo olhar sobre a adequação e a indiciação da superação do positivismo jurídico.

O que ficou dito nos pontos expositivos precedentes permite-nos extrair algumas conclusões que, a um tempo, garantirão a unidade discursiva e a sedimentação de ideias-chave importantes na compreensão do tema que nos propusemos tratar.

Em primeiro lugar, ficou claro que a mobilização do requisito da causalidade no seio da responsabilidade delitual, não tendo conhecido o mesmo peso em todos os tempos históricos, está intimamente ligada quer à estrutura da acção com que vai pensado o delito, quer à construção dogmática que dele se faça. Compreende-se, por isso, o tratamento que a categoria recebeu na Roma Antiga e, bem assim, a mutação operada com a passagem aos quadros do pensamento jusracionalista.

Entra, então, em linha de conta um segundo segmento conclusivo. É que, bem vistas as coisas, a reduzida importância que também ali lhe foi conferida (só contrariada pelo impulso que a polarização da ilicitude no resultado oferece) mostra, na verdade, que o fundamento da imputação extracontratual não deixa incólumes as soluções que a este nível são cogitadas. A galvanização da culpa como fundamento daquela tornou despicienda, em muitos aspectos, a indagação causal.

Para tanto terá contribuído, bem o sabemos, a menor dificuldade transmitida pelo real, que ainda não apresentava ao jurista as complexas sequências causais com que se haveria de confrontar no período pós-revolução industrial.

Só que aí o acento tónico não se situava mais nos direitos inalienáveis do homem, mas numa liberdade formal e negativa que, colocando-o como opositor do eu semelhante, o encerrava sobre si mesmo e convocava uma estrutura de actuação diversa, em consonância com o pensamento filosófico e metódico que acompanhou a transmutação da juridicidade.

Eis-nos, pois, chegados ao positivismo jurídico, a que dedicámos longas páginas. Não sendo uniforme a sua emergência, não deixa de nos mostrar, no que à causalidade tange, a influência determinante que o modelo delitual concretamente traçado exerce na conformação da categoria. Assim, pudemos observar dialogicamente que em França, onde os ventos do jusracionalismo sopraram mais veementemente no momento da elaboração do Código de Napoleão, a noção de causa interfere no preenchimento concreto da *faute* que, não se esgotando nela, nos encaminha paulatinamente para a

consideração da culpa, enquanto na Alemanha a bipolarização da imputação, de acordo com a visão de IHERING, impõe a ligação entre o resultado, indiciador da ilicitude, e a conduta do lesante.

Unidos pelo mesmo modelo metódico e mesma racionalidade, para onde a Escola da Exegese e a Escola Histórica – nas suas subseqüentes degenerescências – acabam por confluir, as duas vias de afirmação do positivismo jurídico estavam, ainda, ligadas, no que ao mundo extracontratual respeita, pela necessidade de reconstituir o *iter* conducente à produção do dano e conter a indemnização dentro de determinados parâmetros. Não é já – afirmamo-lo na pressuposição da dicotomia *ab initio* traçada entre a causalidade fundamentadora da responsabilidade e a causalidade preenchedora da responsabilidade – a primeira que é problematizada, mas a segunda.

No que ao ordenamento jurídico francês concerne, haverá de questionar a ligação entre a *faute* e os danos consequenciais. E, se a solução historicamente consagrada é a cisão entre os danos directos e indirectos, sempre se terá de concluir, pela contemplação dos escritos dogmáticos na matéria, que o seu significado não dista sobremaneira daquele a que no quadro do sistema tudesco se chega com a tematização da condicionalidade *sine qua non* e, posteriormente, da causalidade adequada.

Em tudo isto ficou patente, não só o recorte finalístico da categoria, como a sintonia que o desenho concreto que dela se fez apresenta com uma dada compreensão da conceptualização jurídica⁵⁵³.

Pensamos tê-lo mostrado no nosso excursão anterior, restando-nos agora, em jeito conclusivo, evidenciar melhor em que medida a doutrina da *conditio sine qua non* cumpre o desiderato almejado. Importando-se o sentido tendencialmente determinista da causalidade natural para o mundo jurídico, compreende-se que, fruto do fervor cientifista da época, tivesse sido colhido nas concepções dominantes na cultura científica.

No primitivo positivismo, o que se buscava era a sintonia entre o termo causa e o conceito homólogo da natureza, permitindo-se, deste modo, operar o silogismo judiciário. Seria, então, em MILL e na sua noção de causa como “soma das condições positivas e negativas postas em conjunto que, uma vez realizadas, levam invariavelmente a uma consequência”⁵⁵⁴ que os autores se baseariam para defender a

⁵⁵³Cf. FLORENCE G’SSELL-MACREZ, *Recherches...* cit., p. 311, afirmando que, “deixando de lado as intenções morais, o direito laicizado assume, por influência positivista, como fundamental a causalidade”.

⁵⁵⁴ Cf., novamente, STUART MILL, *A system of logic...* cit., p. 392 e ss.

indivisibilidade do efeito e a indistinção do poder causal das condições postas ao serviço de um resultado e para edificar a teoria da *conditio sine qua non*. Com isso vemos VON BÜRI⁵⁵⁵, e os que se lhe seguiram, a sustentar que toda a condição sem a qual de um dano é causa dele, segundo um raciocínio de tipo contrafactual^{556 557}. O conceito jurídico, em obediência ao paradigma de pensamento do momento histórico-filosófico em que mergulhámos, reflectia a realidade do ser e prestava homenagem ao tipo de racionalidade mobilizada.

Simplesmente, ele viria a mostrar-se imprestável a dois níveis.

No plano do que é, torna-se evidente a incapacidade do critério para responder a muitas das dúvidas patenteadas a propósito da causalidade. Não retomamos com isto as

⁵⁵⁵ Cf. *Über Kausalität und deren Verantwortung*, Leipzig, 1873 e *Lehre von der Teilnahme an dem Verbrechen und der Begünstigung*, Gessen, 1860.

Cf., a este propósito, A. M. HONORÉ, “Causation and remoteness of damage”, ... cit., p. 30, considerando que o primeiro teorizador da doutrina da *conditio sine qua non* terá sido GLASER, *Abhandlungen aus dem österreichischen Strafrechte*, 1858, I, p. 298, *apud op. cit.*, loc. cit.

Sublinhe-se que o facto de algumas destas teorias terem sido tematizadas no quadro do direito penal não obsta a que o sentido evolutivo que aqui traçamos seja considerado plausível.

⁵⁵⁶ Cf. FLORENCE G’SSELL-MACREZ, *Recherches...* cit., p. 157 e ss., para o acompanhamento da questão ao nível do ordenamento jurídico francês, evidenciando o acolhimento que a doutrina aí recebeu e a posterior evolução. Na mesma obra, veja-se, ainda, p. 17-18, considerando que, “para a corrente positivista, a causalidade constitui uma noção técnica que não exprime mais do que uma vontade normativa, sem referência à natureza das coisas”, e p. 20, sublinhando que a causalidade adequada e a condicionalidade *sine qua non* constituem posições típicas de uma época e de uma cultura jurídica marcadas pelo positivismo científico.

⁵⁵⁷ A simplicidade discursiva denotada em texto não pretende obnubilar as *nuances* que se encontram entre os diversos pensadores que aderem à doutrina da *conditio sine qua non*.

STUART MILL considera que qualquer evento tem uma causa e que as mesmas causas produzem os mesmos eventos. A invariabilidade do efeito que se segue à causa não corresponde, no pensamento do autor, à necessidade de surgimento da consequência. A diferença estima-se entre o que separa a necessidade da suficiência. Sobre o ponto, explicitando o pensamento do autor, cf. FLORENCE G’SSELL-MACREZ, *Recherches...* cit., p. 148 e ss.

Diz-nos a autora que, enquanto “HUME estima que a causa deve ser suficiente e também necessária – x é invariavelmente seguida pelo efeito y e y não pode produzir-se se x não se tiver produzido”, MILL “exclui o carácter de necessidade”, considerando que é causa a causa suficiente para produzir o resultado, donde se conclui que um mesmo evento pode ter múltiplas causas.

A discrepância entre os dois pensadores não pode deixar de ser pertinentemente convocada a propósito da questão, ulteriormente abordada, da causalidade múltipla, bem como da discussão agigantada nos sistemas da *Common Law* em torno da alternativa entre o *but-for test* e o *Ness-test*. Se a ela regressarmos mais tarde, convém não esquecer que a necessidade de tornar plausível a transposição da teoria milleana para o seio do sistema delitual impôs a urgência de explicações por parte de autores como VON BÜRI. É a partir delas que se denotam algumas especificidades na forma como a teoria da *conditio sine qua non* é construída. Assim, para MILL, e como já referimos, a causa é um conjunto de todas as condições a que invariavelmente se segue a consequência, independentemente de ser ou não necessário. Não é, portanto, possível isolar uma condição, porque todas são equivalentes. Ora, se MILL adverte para o facto de não se poder deduzir de cada condição tomada isoladamente o carácter causal, uma vez que ela é ineficiente na ausência das restantes, VON BÜRI acaba por partir daqui para a definição da causalidade. Considera o autor que cada condição dá às restantes a possibilidade de produzir o efeito e, nessa medida, pode ser considerada causa da causalidade das outras condições. A justificação teórica avançada por outros é diversa, mostrando, então, que o seguidismo a que, por facilidade argumentativa, aludimos em texto não é a pedra de toque da abordagem que os juristas fazem do problema.

Numa referência a essas discrepâncias, veja-se, com invocação do pensamento de VON LISZT (*Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, 1903), novamente, FLORENCE G’SSELL-MACREZ, *Recherches...* cit., p. 153.

críticas que atrás foram expostas, mas sublinhamos, apenas, a paulatina abertura a índices de probabilidade. A aplicação da teoria, a instar o jurista a abraçar uma lógica contrafactual, impõe a construção de um cenário hipotético, conforme à realidade habitual. Ora, tal exercício implica a noção da existência de diferentes graus de possibilidade. Ou seja, há que pensar num mundo ideal no qual o acto ilícito e culposo não teria ocorrido, pelo que se torna patente o recurso às regras da experiência e a generalizações causais e se apresenta a resposta à *conditio sine qua non* em termos de probabilidade⁵⁵⁸.

Acresce que o mundo determinista pensado por HUME cede lugar a um espaço onde a causalidade é tão-só probabilística. A palavra é dada a VON KRIES que, partindo da ideia de que todas as condições necessárias são equivalentes, procura, na recondução dos factos a tipos, saber se o tipo de condição considerada é apta a produzir o tipo de efeito em consideração. A causa – dita adequada – seria aquela que aumenta de maneira significativa a possibilidade objectiva de surgimento do dano⁵⁵⁹.

Não seria, contudo, apenas a este nível que a imprestabilidade se denotaria. No plano da validade, as soluções a que se chegava – também o sabemos – com a doutrina da condicionalidade *sine qua non* não se mostravam satisfatórias. O arrimo criteriológico encontrado ao nível da adequação, entretanto popularizada por RÜMELIN e TRÄGER, permitia uma abertura às preocupações atinentes ao justo, ao mesmo tempo que se mostra em consonância com uma evolução do pensamento metodologicamente cunhado.

O formalismo positivista haveria, de facto, de esbarrar com críticas várias a denotar a insusceptibilidade de realização do direito de acordo com o esquema do silogismo judiciário. A permeabilidade aos interesses, protagonizada pela Jurisprudência do mesmo nome, enquanto orifício de entrada da materialidade subjacente à juridicidade, torna premente a consideração da teleologia da norma na hermenêutica que dela se faça.

⁵⁵⁸ Cf., neste sentido, uma vez mais, FLORENCE G'SELL-MACREZ, *Recherches...* cit., p. 171 e ss., realçando a proximidade das noções de condição sem a qual e de causa adequada. Sobre a questão, veja-se atrás o que ficou dito a este propósito.

⁵⁵⁹ Cf. VON KRIES, “Über den Begriff der objektiven Möglichkeit und einiger Anwendungen desselben”, *Vierteljahrschrift für wissenschaftliche Philosophie*, 12, 1888, p. 179 ss., 287 ss., 393 e ss. O acento tónico é colocado pelo autor na ideia de aumento de probabilidades.

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

Surge, então, como viável um olhar diverso sobre o critério guia do jurista na questão causal. A adequação perde, na voz de muitos autores, o cunho matemático e rigoroso que nos encaminha para um simples cálculo de probabilidades para ter em atenção índices cognitivos do agente e atender às finalidades do instituto⁵⁶⁰.

Mostrando-se sequaz da Jurisprudência dos Interesses, PEREIRA COELHO, ao debruçar-se sobre a questão da causalidade, não esconde que a construção do conceito de causa não fica imune às influências da orientação metodológica que se abraça em concreto. A este propósito, diz-nos expressamente que, “no quadro duma jurisprudência dos interesses (...), não partiremos dedutivamente da noção de causa para a solução dos casos que nesta matéria nos possam vir a surgir; antes, analisando a necessidade e os interesses da prática e seguindo a dialéctica das valorações legais, ou emitindo, em último recurso, juízos de valor autónomos”⁵⁶¹, “(...) não tendo os conceitos que construímos mais do que uma função de (...) instrumentos de expressão dos conteúdos das normas a que pudermos chegar”. E acrescenta que, “tradicionalmente, [na causalidade], tem-se partido dos conceitos para chegar às soluções. E não se tem partido sequer de conceitos jurídicos, construídos por via de abstracção sobre as disposições legais, mas de conceitos transportados de outras ciências, com aquela mesma estrutura e aquele mesmo conteúdo com que tais ciências os utilizam. Assim, (...) os autores foram buscar a noção físico-natural de causa e trouxeram-na para a ciência do direito. Mas isto sem ao menos ter o cuidado de verificar se essa noção (...) era aquela que conduzia a

⁵⁶⁰ Veja-se, a este ensejo, e com grande expressividade, a posição de PEREIRA COELHO na matéria. Assim, em “O nexa de causalidade na responsabilidade civil”, ... cit., p. 69 e ss., o autor afirma que “não resulta dos textos (...) o conceito de causa com suficiente univocidade e nitidez”, concluindo que estamos “nitidamente em face de uma regulamentação deixada em aberto pelo legislador”, pelo que, nesse processo de *integração da lacuna*, articula a solução com a conceptualização jurídica, dado que não deixa de ser significativo quando sabemos que a simples formulação do problema das lacunas do sistema é tributária dos pré-conceitos positivistas.

Nesse âmbito, questiona qual deve ser a atitude do jurista em face da noção naturalística de causa, alertando que a resposta ao problema estará condicionada pela prévia solução da questão da “vinculação ou liberdade do magistrado”. Em suma, para o autor, ela há-de ser consonante com a opção entre a jurisprudência dos conceitos ou pela dos interesses.

Admitindo que a realização do direito não se queda hoje numa actividade estritamente vinculada da parte do julgador, participando na interpretação algo de pessoal e de arbitrário, alerta para o perigo de, em alternativa, se resvalar para uma jurisprudência dos sentimentos: “antes de tudo – e admitindo mesmo que o juiz tenha uma ampla liberdade – a formulação de regras quanto ao problema do nexa causal visará a esclarecer o arbítrio do julgador, a pôr-lhe diante dos olhos a verdadeira natureza do problema (...). Apontar-lhe-á (...) aqueles interesses para cuja tutela o legislador sancionou este requisito, e o espírito com que deve guiar-se o magistrado ao decidir da existência ou inexistência, no caso *sub judice*, do nexa causal”.

A páginas 78, acrescenta que, para sabermos o que foi causa do prejuízo, teremos de “achar o conceito” e, para tanto, “transpor aquela porta atrás da qual tem decorrido a disputa entre a jurisprudência dos conceitos e a jurisprudência dos interesses”.

⁵⁶¹ Cf. PEREIRA COELHO, “O nexa de causalidade...”, ... cit., p. 78.

resultados mais justos, aquela por cuja via melhor eram salvaguardados aqueles interesses fundamentais para que o direito a ela recorria”⁵⁶².

Ora, considera o insigne jurista que a aplicação da noção científica de causa ao direito conduz a resultados inaceitáveis e advoga a autonomia dos conceitos jurídicos – “quando o legislador utiliza (...) conceitos que fazem parte do património de outros saberes, tem forçosamente de remodelar ou reelaborar em função do especial dever ser que tem em vista”⁵⁶³.

No que à causalidade respeita, explica PEREIRA COELHO que o legislador usa o conceito de causa das ciências exactas, mas não tem de ficar vinculado ao exacto sentido que ele tem no mundo das ciências da natureza, podendo “chamar causa ao que muito bem quiser (...)”⁵⁶⁴. Só que “dizer-se que a noção naturalística de causa carece de ser reelaborada e adequada aos fins do direito não quer evidentemente dizer que ela tenha de sofrer uma remodelação ou adequação substancial”, podendo acontecer que “interesse ao direito que a noção de causa seja usada com aquela mesma estrutura e aquele mesmo conteúdo que possui no mundo das ciências da natureza”⁵⁶⁵.

Não é, porém, esta a solução protagonizada pelo autor, que anuncia, logo na abertura do seu estudo, a necessidade de reelaboração não só formal, mas também substancial do conceito⁵⁶⁶. A ela chega, não obstante, não por via da necessidade de afastamento da *conditio sine qua non* pelo cunho naturalístico dela, mas pela análise dos interesses e necessidades comunicadas pela prática.

Aderindo à causalidade adequada, no decurso do estudo que faz acerca do tema, PEREIRA COELHO acaba por nos elucidar no sentido da argumentação que estamos a expender. Ela não surge já como um simples conceito de facto que, sendo incorporado na norma jurídica, mantém o conteúdo naturalista, embora ganhe outra forma, mas, em homenagem à jurisprudência superadora do positivismo, adquire um sentido próprio de acordo com as finalidades do instituto em que se insere.

A um tempo, torna-se clara a continuidade discursiva entre uma dada perspectiva da adequação e a Jurisprudência dos Interesses, pois é no prescrutar da

⁵⁶² Cf. PEREIRA COELHO, “O nexa de causalidade...”, ... cit., p. 80.

⁵⁶³ Cf. PEREIRA COELHO, “O nexa de causalidade...”, ... cit., p. 81.

⁵⁶⁴ Cf. PEREIRA COELHO, “O nexa de causalidade...”, ... cit., p. 86.

⁵⁶⁵ Cf. PEREIRA COELHO, “O nexa de causalidade...”, ... cit., p. 86.

⁵⁶⁶ Cf. PEREIRA COELHO, “O nexa de causalidade...”, ... cit., p. 86-87. O autor fala de uma reelaboração formal do conceito, que ocorre sempre que o legislador utiliza na norma conceitos importados de outros ramos do saber que, por esse facto, adquirem um cunho jurídico (“o conceito é sempre formalmente outro”); e de uma reelaboração material ou substancial, sempre que o conceito adquira um conteúdo diferente daquele que teria no ramo do direito a que originariamente pertencia.

teleologia da norma que se burilam os contornos da categoria, e evidenciam-se os pré-conceitos positivistas com que a mesma ainda surge matizada, quer porque a norma continua a ser vista como o *prius* metodológico, quer porque os conceitos visam viabilizar a *applicatio*, quer porque, e retomando as nossas palavras de há pouco, se olha para a realidade para dela captar as notas que cumprissem a finalidade normativa, mantendo-se, portanto, a fidelidade a uma lógica conceptual pretérita.

A despeito da intencionalidade conclusiva do último parágrafo, o excursus histórico-metologicamente comprometido que aqui trazemos a lume está longe de conhecer o seu fim. Presente-se, é certo, a aproximação relativamente ao momento presente. Mas este é marcado pela pluralidade valorativa e de racionalidades, esboçando-se uma miríade de vias de superação do pensamento positivista.

Por ora, podemos firmar apenas a ideia de que a doutrina da causalidade adequada, por não ser unívoca nos seus contornos, se liga em algumas impositões a uma visão tradicional da realização do direito e noutras formulações a uma perspectiva de superação dela.

13. A superação do positivismo jurídico

Muitos foram os factores de superação do positivismo jurídico⁵⁶⁷. Não querendo, porque extemporâneo relativamente ao nosso leque de questões, tratar de todos eles,

⁵⁶⁷ Acerca do problema da superação do positivismo, cf., *inter alia*, CASTANHEIRA NEVES, *Questão-de-facto...* cit., p. 276 e ss. Situando o diálogo na conceptualização jurídica e na relação entre esses conteúdos e os casos concretos, o insigne filósofo do direito português denuncia o erro do normativismo: “os casos eram correlatos lógicos das hipóteses normativas e o problema era tão-só o da lógica definição de um campo de aplicação, através da própria intencionalidade dos conceitos. Não se ultrapassa o domínio lógico: as premissas ocupam o lugar dos problemas; os factos, os momentos reais são meros pontos de apoio para um pensar de conceitos”. Ora, pelo contrário, devemos considerar que “o real é o verdadeiro objecto e não apenas um ponto de apoio para um lógico pensar de conceitos. Os conceitos são integrados numa função práctico-normativa e revelam-se com um carácter apenas funcional, sempre indeterminados e continuamente superados por uma material intenção normativa ao serviço da qual estão”.

Por outro lado, saliente-se que os primeiros passos superadores da originária impositão ficam muito aquém daquilo que seria veiculado pelos ulteriores pensadores do direito e, no tocante à causalidade, deixam-na ainda imersa num magma pouco consentâneo com a axiologia predicativa da normatividade. De facto, ainda que se passem a considerar os factos como jurídicos *ab initio*, porquanto ele seja um facto para o direito, e os conceitos como categorias que levam ínsito o ponto de vista jurídico e o interesse que o entretece, a verdade é que continua o jurídico a reduzir-se ao sistemático, olvidando o referente de sentido que tudo deve contagiar e que identificaremos oportunamente com a pessoalidade. Porque assim é, o nosso entendimento não se deterá nos importantes contributos da Jurisprudência dos Interesses ou do finalismo por ela protagonizado que abriu as portas a outros tipos de pensamento.

Cf., igualmente, na citada obra, p. 611, onde o autor sublinha os dois pontos que, intrinsecamente, determinaram a auto-falência da corrente: alheamento em relação ao plano axiológico-valorativo; alienação relativamente à realidade que se esgota na conceitualização prescrita pela norma.

sequer de alguns, apenas se dirá em que medida tal superação conduziu a uma outra luz de captação da causalidade ao nível da responsabilidade delitual. Ou, e em conformidade com isso, limitar-nos-emos a traçar as múltiplas vias para que tendeu o pensamento jurídico que, abandonando a tendencial unicidade evolutiva, enveredou, fazendo jus à pluricomplexidade do tempo presente, por mais do que um caminho, cada um deles a alicerçar-se numa diferente racionalidade que assim o justifica.

O leque de possibilidades discursivas afigura-se quase infinito⁵⁶⁸. E impõe, por isso, com meridiana urgência, um prévio trabalho de sistematização que, cumprindo ainda um desiderato historicista, feito presente neste capítulo, não deixe de apelar, ainda que minimamente, à diacronia de sentidos^{569 570}.

Note-se que não termina com a superação do apodítico fundamento normativo que o positivismo legalista francês e conceptualista alemão preconizaram o normativismo, porquanto outras formas de desvelação dele se têm vindo a acentuar. Sobre elas, porém, não teceremos considerações de maior, excepto se e quando se mostre pertinente para a escalpelização do nódulo central da nossa temática.

⁵⁶⁸ Para uma síntese exemplar da evolução do direito delitual, cf. GERT BRÜGGEMEIER, “Judizielle Schutzpolitik de lege lata – Zur Restrukturierung des BGB – Deliktsrechts”, *Juristenzeitung*, 41 Jahrgang, 1986, p. 969 e ss. O autor apresenta-nos três fases distintas: a) do primado da externalização do dano à internalização dele através do direito delitual; b) da compensação de danos ao domínio da prevenção deles; c) direito delitual como uma forma de regulamentação social através da formulação judicial de deveres de comportamento delituais.

Veja-se, ainda, JUAN ANTONIO MORENO MARTÍNEZ, *Perfiles de la responsabilidad civil en el nuevo milenio*, Dykinson, Madrid, 2000 e STEFANO RODOTÀ, “Introduzione – La responsabilità civile fra presente e futuro”, *Rivista Critica del Diritto Privato*, anno XVI, 4, 1998

⁵⁶⁹ Sincronicamente, muitas são as abordagens possíveis para o pressuposto causal. Na verdade, para lá da sistematização tradicional a apontar no sentido da tripartição exposta no capítulo anterior, vimos aí que a doutrina do escopo da norma apresenta contornos suficientemente elásticos para albergar no seu seio uma miríade de posições, consoante o modelo de pensamento de que se parta. É também a elas que nos referiremos.

Veja-se, a este propósito, num elenco sugestivo e com uma nomenclatura não habitual, a sistematização levada a cabo pelo Tribunal Nola, na sentença de 11 de Abril de 2005, onde se fala, a par da causalidade adequada, de uma causalidade científica (para a qual seria causa toda a condição indispensável a produzir o evento, de modo certo e altamente provável) e de uma causalidade humana (para a qual mesmo os factores causais atípicos são valorados porque situados na esfera de controle humano, desde que o resultado não seja devido à ocorrência de factores excepcionais). A propósito da causalidade humana, veja-se, também, STEFANO ROSSI, “Brevi note a margine in materia di causalità”, *Persona e danno*, 2009, www.personaedanno.it/cms/data/articoli/015051.aspx (a teoria da causalidade humana determina que uma conduta é causa do evento quando é *conditio sine qua non* e o evento entra na esfera de domínio do homem com base nos seus poderes cognitivos e volitivos e não seja devido a factores excepcionais); ANGELO LUMINOSO, “Possibilità, realtà o necessità della relazione causale”, ... cit., p. 209-221; RANIERO BORDON, *Il nesso di causalità...* cit., p. 75 e ss.; ANTOLISEI, *Il rapporto di causalità nel diritto penale*, Padova, 1934, p. 178 e ss. (procura corrigir os excessos da teoria condicionalística e os limites da doutrina da causalidade adequada, para o que elabora a teoria da causalidade humana. A ideia central é a de que só é causado pela conduta do sujeito o resultado que entra na sua esfera de domínio – isto é, que ele podia ter evitado ou que ele quis).

Para uma crítica à doutrina da causalidade humana, surgida no direito penal, pela mão de ANTOLISEI, cf. MIRIAM CONZUTTI, “Il criterio scientifico e il nesso di causalità. Cass. pen. Sez. V, 26 marzo, 2009, n.13388”, *Persona e danno*, www.personaedanno.it/cms/data/articoli/014013.aspx, considerando que esta teoria não afasta uma excessiva indeterminação do conceito de evento, não explicitando se o mesmo deve ser entendido em abstracto ou em concreto; exclui a responsabilidade por eventos excepcionais, sem explicar cabalmente o que eles são; resvala a causalidade para o terreno da culpa.

Causalidade adequada, causalidade finalista, causalidade funcional⁵⁷¹, causalidade economicista e causalidade personalista são os cinco grandes segmentos a partir dos quais nos vamos orientar, orientando, também assim, a visão superadora do positivismo a que nos referimos^{572 573 574 575 576 577}.

⁵⁷⁰ A riqueza a que se alude é proporcional à falta de uniformidade em sede de pensamento jurídico. Para uma visão da pluricomplexidade caracterizadora dos tempos actuais, cf. MICHAEL GIUDICE, “Ways of understanding diversity among theories of law”, *Law and Philosophy*, nº24, 2005, p. 509-545: “if there is any description of the course of contemporary legal theory it is this: diversity reigns”. Saliente-se, contudo, que o autor sustenta a tese segundo a qual se pode discernir uma eventual continuidade entre os enfoques aparentemente inconciliáveis. Não se trata, aí, de uma específica referência à causalidade, mas de uma visão caleidoscópica do pensamento jurídico, tal como ele se apresenta hodiernamente. Três são, pois, as perspectivas de abordagem do fenómeno: imperialista (que visa demonstrar a verdade de uma singular visão metodológica para entender o direito); a perspectiva da diferença (que mantém a cisão entre as diversas doutrinas e entende que elas não devem ser entendidas em termos competitivos, porquanto as suas principais finalidades sejam fundamentalmente diversas); a perspectiva descritiva-explanatória. O que o autor pretende salientar é que os diferentes enfoques podem ser conexionados por meio de relações de complementaridade e de conflitualidade (cf. p. 510).

Veja-se, no estudo do autor, p. 538 e ss., referindo-se especificamente, como ilustração do seu pensamento, à fundamentação da *tort law*.

Sem querer mergulhar densamente nos meandros do pensamento do autor, importa salientar que o *continuum* a que alude nunca poderá ser aceite se com ele resvalarmos para a assunção da compatibilidade entre diferentes racionalidades, uma vez que cada uma delas, com a sua intencionalidade específica e as idiossincrasias que acarreta, obsta à adesão, ainda que parcial, a qualquer uma das restantes. Na verdade, a complementaridade a que se alude mais não seria do que desvirtuar o sentido primeiro da juridicidade. Nesse sentido, veja-se o que se dirá *infra* a propósito do pensamento dos autores que pretendem lançar mão de postulados da *law and economics*, não abdicando, contudo, de um arrimo jurisprudencialista de abordagem do fenómeno ressarcitório.

⁵⁷¹ Cf., a este propósito, com um sentido diverso daquele que vai intencionado em texto, BORDON/ROSSI/TRAMONTANO, *La nuova responsabilità civile*, ...cit., p. 117 e ss.

⁵⁷² Cremos não errar se adiantarmos que as concepções causais a que aludimos correspondem a diferentes modos de olhar para o homem. Referindo-se a essas diferentes perspectivas antropológicas, cf. CASTANHEIRA NEVES, “O funcionalismo jurídico. Caracterização fundamental e consideração crítica no contexto actual do sentido da juridicidade”, *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, ano 136º, nº3940, p. 6: “homem dotado de necessidades”, “homem referido ao sentido ou para o qual o agir tem significado e visa um sistema compreensivo do comportamento humano”, “um homem como um ser dotado de funções (...) que entenderia o pensamento jurídico como um sistema explicativo do comportamento humano enquanto controlado por normas”.

Saliente-se, porém, que o autor fala destas perspectivas no quadro daquilo que identifica como um “entendimento dogmático-tecnológico do pensamento jurídico a intencionar tão-só a decidibilidade” (Cf. p. 6).

⁵⁷³ Pese embora tenhamos já referido, por motivos de coerência da exposição, formas ulteriores do positivismo jurídico, o *iter* argumentativo delineado segue escogitando uma simplificação discursiva. Ou seja, assume-se como ponto de partida, para o que aqui vai ser dito, o carácter primário do pensamento identificado, como se, depois do jusracionalismo iluminista, todo o normativismo a ele se reduzisse.

Para uma visão alargada da evolução do pensamento jurídico filosoficamente cunhado, cf. ARTHUR KAUFMANN, *Filosofia do Direito*, ... cit., p. 31 e ss. [Do autor, veja-se, também, em colaboração com HASSEMER, KAUFMANN e HASSEMER (org.), *Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas*, Fundação Caloust Gulbenkian, 2002, em especial “A problemática da filosofia do direito ao longo da história”, p. 57 e ss.]. Fala-nos, considerando que o séc. XIX se constituiu sob a égide do positivismo jurídico, em face da pretensão de fundamentar o Estado de Direito, de numerosas teorias positivistas: *positivismo lógico* de RUDOLF STAMMLER; a *Teoria Geral do Direito*, cujo fundador é considerado ADOLF MERKEL; a *teoria pura do direito* de HANS Kelsen; a *Jurisprudência dos Conceitos*; o *positivismo empirista*, que “desembocou na *Jurisprudência dos Interesses* preparada por RUDOLF V. IHERING e desenvolvida por PHILIPP HECK (cf. 43-44) [cf., a este propósito, HECK, “Begriffsjurisprudenz und Interessenjurisprudenz”, em anexo a *Grundriss des Schuldrechts*, Mohr Siebeck, Tübingen, 1929, p. 473 e ss.]. O autor refere-se, ainda, no mesmo quadro, ao Movimento do Direito Livre e à Sociologia do

Direito de carácter empírico. E mais à frente integra KELSEN e a sua teoria pura no neopositivismo (cf. p. 48), mostrando, afinal, que sob uma designação abrangente capta todas as visões que apresentem como denominador comum o facto de rejeitarem um fundamento transpositivo para o jurídico.

⁵⁷⁴ Para uma interessante sistematização das diversas perspectivas causais com que hodiernamente podemos ser confrontados, cf. ANGELO LUMINOSO, “Possibilita, realtà o necessità della relazione causale”, ... cit., p. 209-221, aqui p. 212. Fala o autor de quatro grandes doutrinas a propósito da causalidade: 1) teoria da causalidade natural (segundo a qual a conduta humana é causa do evento quando constitua um antecedente necessário dele); 2) teoria da causalidade adequada (na base da qual a relação causal subsiste quando a conduta seja adequada, ou seja idónea à verificação daquele tipo de evento); 3) causalidade humana (a qual considera causal a conduta que constitua um antecedente necessário do evento e sempre que não intervenham factores excepcionais, ou seja, quando o evento apareça como provável no momento da conduta); 4) causalidade nomológico-funcional (segundo a qual a especificação causal é feita de acordo com leis científicas e estatísticas, de modo que o evento possa ser objectivamente adstrito ao sujeito quando apareça como altamente provável que sem esse comportamento o evento não se teria verificado).

Salienta, ainda, LUMINOSO que não é indiferente a adesão a uma ou outra das teses aqui patenteadas.

A referência, ainda que sucinta, ao seu pensamento motiva algumas considerações de não pequena monta. Assim, importa sublinhar, desde logo, a similitude enunciativa, a pôr a nú as *nuances* que matizam cada uma das abordagens que, individualmente ou não, os autores vão fazendo donexo de causalidade. Só que, se por esse motivo o pensamento do autor é paradigmático da riqueza característica do debate em que ousámos mergulhar, a verdade é que nos parece terem ficado de fora algumas densificações não despidiendas. A carência de escapelização filosófica das várias doutrinas apontadas acresce o facto de ficar fora da taxonomia do autor qualquer alusão a outras racionalidades que, contaminando o jurídico, possam oferecer uma renovada visão do problema causal.

Uma última nota para evidenciar que o enunciado de LUMINOSO, a despeito do que poderia resultar das nossas palavras, escapa à eventual crítica da imprecisão ou incompletude, na medida em que o autor cinge o seu leque de considerações a tópicos muito específicos a propósito da causalidade.

Cf., também, com outra sistematização (sobretudo a propósito do pensamento norte-americano e mostrando a refacção que o tipo de racionalidade mobilizada exerce na definição da causalidade) FLORENCE G’SELL-MACREZ, *Recherches...* cit., p. 216 e ss. Fala a autora dos pensadores formalistas (teriam elaborado um conceito de causalidade jurídica compatível com o seu formalismo. Na busca de conceitos puramente técnicos, livres de qualquer influência extrajurídica, FRANCIS WHARTON – *A suggestion as to causation*, Cambridge, 1874, *apud* FLORENCE G’SELL-MACREZ, op. cit., loc. cit. –, temendo que a multiplicidade de causas conduza a um comunismo prático no quadro da responsabilidade civil e que a mobilização de argumentos políticos leve à utilização do instituto como um instrumento de distribuição da riqueza, desenvolve a teoria da sequência natural); dos pensadores realistas norte-americanos (nas quais integra N. ST. JOHN GREEN – “Proximate and Remote Cause”, *American Law Review*, 4, p. 201 e ss. – que sustenta que o critério da responsabilidade nada tem a ver com a causalidade, pelo que se deve determinar se certas causas e certos efeitos são próximos ou distantes de acordo com a nossa própria experiência de sucessão de causas e efeitos); pensadores cépticos (moderados, como LEON GREEN e a sua proposta do *substantial factor*, ou radicais, como WEX MALONE), a potenciar uma série de outras teorias como decorrência desse cepticismo (a teoria do risco, o critério de apreciação moral da causalidade ou da causalidade moral, teoria da eficiência económica).

⁵⁷⁵ Veja-se, com amplo desenvolvimento acerca das perspectivas delituais que, ao longo desde o século XX, vão dialogando no panorama jurídico norte-americano, JOHN C. P. GOLDBERG, “Twentieth Century Tort Theory”, ...cit. Pese embora não se encontre aí directamente um elenco expresso das diversas teorias a propósito da causalidade, somos convidados a percorrer o espectro do pensamento estadunidense sobre a *tort law*, com o que, a um tempo, nos apercebemos da multiplicidade de racionalidades com que se aborda o fenómeno ressarcitório e, incidentalmente, topamos com cenários específicos de tratamento da causalidade.

Cf., ainda, em geral, AA. VV., “La responsabilità civile fra presente e futuro”, *Rivista Critica del Diritto Privato*, anno XVI, 4, Dicembre 1998; ANA FILIPA ANTUNES/ ANA MARIA FONSECA/ MARIA JOÃO PESTANA VASCONCELOS/FERNANDO SÁ, *Novas tendências da responsabilidade civil*, Almedina, Coimbra, 2007; BANAKAS, “Transformazione della Responsabilità Extracontrattuale”, *Rivista di Diritto Civile*, ano XLIV, nº1, 1998, p. 69 a 83; SAVATIER, *Comment repenser la conception française actuelle de la responsabilité civile?*, 1967; ID., *Les métamorphoses économiques et sociales du droit civil d’aujourd’hui*, 3ª edição, Paris, 1964; ANTONIO LA TORRE, “Genesi e metamorfosi della responsabilità civile”, *Roma e America. Diritto Romano Comune. Rivista di Diritto dell’Integrazione e Unificazione del Diritto in Europa e in America Latina*, 8/1999, p. 61-115

Nessa senda de ultrapassagem das aporias a que fomos conduzidos pelo pensamento formal-exegético e conceitual-sistemático, que não esgota, não obstante, todo o normativismo, afirmou-se de imediato uma perspectiva de socialização do direito. O que bem se compreende, pois, se uma das críticas mortalmente desferidas contra o primeiro passava pelo formalismo a que nos condenava, a tendência natural seria a do preenchimento da forma anunciada com um conteúdo de materialidade. Pelo que, com esta socialização a que se alude, não pretendemos intencionar formas de funcionalização do jurídico ao social, sequer relevar a complexificação que o acompanhou instando o jurista a calcorrear novos caminhos, já que o que sobressai numa primeira fase de superação do positivismo estrito mais não foi do que uma reacção prático-normativa à perspectiva teórica com que o jurídico vinha sendo tratado.

Entre esses movimentos metodológicos de orientação prática, encontramos a Jurisprudência dos Interesses que, comunicando um sentido teleológico ao direito, passa a perspectivá-lo na óptica daqueles, prestando, assim, homenagem à designação com que foi baptizada. Que não se afaste totalmente do positivismo jurídico em cujo seio emergiu é posição sufragada por grandes pensadores, quer porque a pressuposição de um referente de sentido valorativo que ancorasse a juridicidade não estaria presente, confinando-se ainda ao direito positivo, quer porque a tematização da sua proposta metodológica ficou aquém do que decorreria da própria prática que potenciou⁵⁷⁸. Mas é

⁵⁷⁶ Cf., a este propósito, THOMAS PROBST, “La causalité aujourd’hui”, ... cit., p. 15 e ss.

⁵⁷⁷ Mostrando a diversidade de doutrinas que proliferam a propósito da causalidade, cf. RANIERO BORDON, *Il nesso di causalità...* cit., p. 41. Trata-se, contudo, de uma sistematização diferente daquela de que damos conta. A clivagem justifica-se por o autor se preocupar em dar conta da pluralidade de soluções encontradas por via doutrinal e jurisprudencial para o problema, *maxime* no ordenamento jurídico italiano, enquanto nós, registadas que estejam as três doutrinas que primacialmente concorrem para a sua resolução da questão, tentamos reagrupar os ensinamentos dos diversos autores – macroscopicamente, e sem pretensões de exaustividade – de acordo com as influências profundas que cada um deles bebe.

Dando, no entanto, conta da sistematização proposta pelo autor, podemos adiantar que nos fala de causalidade científica (teoria condicionalística ou da equivalência de causas, com a variante da subsunção de leis científicas); causalidade adequada ou da regularidade causal; causalidade humana (ou senhorio do homem sobre o facto); causalidade próxima ou da prevalência, também conhecida por causalidade imediata; teoria do escopo da norma; teoria do aumento do risco. Considera, também, a causalidade eficiente (a qual contitui, não obstante, mais um correctivo compatível com todas as outras doutrinas do que uma teoria efectivamente autónoma. Designadamente, ela configuraria um correctivo à regra que integra o denominador comum das principais doutrinas causais – a teoria da *conditio sine qua non*: elemento fundamental nas quatro primeiras teorias).

Cf., igualmente, RANIERO BORDON, “Causalità (nesso di)”, ... cit., e cap. I, nesta dissertação.

⁵⁷⁸ Nesse sentido, cf. KAUFMANN, “A problemática da filosofia do direito...”, ... cit., p. 172 e ss. Para uma crítica às insuficiências patenteadas pela corrente, veja-se, *inter alia*, CASTANHEIRA NEVES, “Jurisprudência dos Interesses”, *Digesta – Escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros*, vol. II, Coimbra Editora, Coimbra, 1995, p. 215 e ss.

inequívoca a abertura a uma materialização do direito, arredando espúrios formalismos que dominaram largo tempo o pensamento jurídico.

Como salienta LARENZ⁵⁷⁹, “revolucionou (...) a aplicação do direito, na medida em que substituiu, mais e mais, o método de uma subsunção nos conceitos legais rígidos, fundamentada de um modo meramente lógico-formal, pelo método da apreciação ponderada de uma situação factual complexa e de uma valoração dos interesses aí em causa, de acordo com os critérios valorativos próprios da ordem jurídica”. Colocando os interesses no epicentro da tarefa judicativa, na medida em que eles fossem não só factores causais do direito, mas também critério de ponderação dos conflitos sob a capa dos quais emergiriam, a Jurisprudência do mesmo nome não deixou intocável o tratamento da questão causal.

Verdadeiramente, não há nem pode haver, já o sabemos, uma concatenação linear e absoluta entre o pensamento preconizado e a metodologia inspirada por esta corrente e uma específica noção de causalidade. Mas pode, como se constata, relevar em termos adequados o modo como é abordado por ela o fenómeno jurídico e as consequências que daí resultam para o nosso tema⁵⁸⁰.

O carácter não absoluto da concatenação a que se alude compreende-se com meridiana clareza. Na verdade, se a preponderância dos interesses permite intuir para a noção de causa um resultado interpretativo diverso do que era proposto no seio do positivismo mais estrito, o certo é que nem a doutrina em apreço se esgota numa única formulação, nem as plúrimas que a conformam podem ser perspectivadas pela mesma lupa e à luz da mesma intencionalidade⁵⁸¹.

⁵⁷⁹ Cf. LARENZ, *Metodologia da Ciência Jurídica...* cit., p. 21 e ss.

⁵⁸⁰ Importante poderia ser o exercício de cotejo entre a “zona” de influência da Jurisprudência dos Interesses e o desenvolvimento paulatino da doutrina da causalidade adequada. No entanto, o mesmo esbarraria com um obstáculo quase intransponível, a desdobrar-se numa dupla constatação. De um lado, a corrente de pensamento em debate, não obstante a miríade de posições que ulteriormente se lhe opuseram, continua a dominar em muito a mundividência dos juscivilistas. De outro lado, a causalidade adequada não pode ser devidamente compreendida se aprisionada numa formulação unívoca. Isto é, os seus diferentes enunciados podem espelhar, mais do que *nuanças* doutriniais, visões diversas acerca da juridicidade, porque a sua riqueza pode levar-nos quer a um cálculo meramente probabilístico, quer à mobilização de uma ideia de risco. Sobre o modo como pode ser perspectivada a causalidade adequada, cf. *infra* as considerações que teceremos sobre a viabilidade de aproveitamento da sua lição.

⁵⁸¹ Vimos, aliás, que uma dada perspectiva da causalidade adequada pode, ainda, ser compreendida à luz de uma mundividência positivista. E, ademais, a relação que se estabelece no seio de algumas das suas formulações entre o plano do ser e o plano do dever ser mostra a não superação, pelos seus cultores, de todas as aporias daquela corrente do pensamento. Em rigor, isto está também em sintonia com a não lograda satisfação da missão da Jurisprudência dos Interesses que, afirmando-se como um movimento metodológico de orientação prática que visa suplantar o *déficit* do positivismo, acaba por não levar às últimas consequências as suas propostas ao nível da realização concreta do direito.

Não obstante, importa acrescentar alguns dados ao que já aflorámos anteriormente.

Três pontos merecem especial reflexão.

Por um lado, a norma passa a ser interpretada e mobilizada de acordo com o interesse que lhe está subjacente. Ora, a relevância metodologicamente conferida ao elemento teleológico da interpretação, viabilizando resultados interpretativos que se afastam do formalismo logicista de outrora, vem ditar soluções, também, em matéria de causalidade. Não é, por isso, estranha quer a consideração da finalidade compensatória do instituto da responsabilidade civil no momento em que se equacionam problemáticas como a causalidade virtual⁵⁸², quer a justificação para o afastamento relativamente a um sentido naturalista puro da causa quando os autores se querem apartar, *in totu* ou em parte, da doutrina da condicionalidade *sine qua non*.

Trata-se, contudo, de situações pontuais que não configuram a edificação de um ponto de vista verdadeiramente inovador e filiado numa concepção do jurídico. Sobretudo porque, bem vistas as coisas, falha a remissão para o plano axiológico, mantendo-se, ademais, a compreensão individualista do ser humano a não viabilizar a superação do *status quo*.

O que, por seu turno, nos encaminha para um terceiro patamar dialógico, mostrando que, não obstante a centralidade dos fins ou interesses, o arreigamento à imposição tradicional do direito se mantinha. Na verdade, a abertura à sociedade não logrou obter o enraizamento do ser humano e o nível satisfatório por si oferecido no plano interpretativo não foi acompanhado por igual desenvolvimento em termos de teoria do direito. Permite assumir, é certo, com a chamada à colação da teleologia, a juridicidade da categoria, mas nem por isso nos afasta de um aproveitamento em sede de responsabilidade civil do conceito homólogo do mundo natural, deixando totalmente de lado a dimensão ético-valorativa que, remetendo-nos para uma dada compreensão do ser pessoa, contamina toda a normatividade, à qual confere sentido e por meio da qual se vai desvelando.

Para percebermos isto, basta pensar que, não obstante a centralidade do fim ou interesse, não resulta da proposta da escola em questão uma causalidade finalística, que

⁵⁸² Cf., entre nós, como referência na matéria, PEREIRA COELHO, *O problema da causa virtual...* cit.

olhe para a finalidade da acção no sentido de dela se aproveitar como arrimo criteriológico de concatenação entre os danos e o comportamento do agente⁵⁸³.

Não esquecemos, é certo, a importância de todas as posições que se integram no âmbito da chamada doutrina do escopo da norma violada. Um pensamento de índole dedutiva levar-nos-ia, sem delongas, a associar os dois termos em equação. Simplesmente, se, por referência a hipóteses de violação de previsões específicas através das quais seja desvelável a ilicitude, a interpretação de tipo teleológico poderia permitir a ligação entre os danos que ela intentava prevenir e aqueles que efectivamente se vieram a gerar, estando em causa a violação de um direito pela invocação da livre actuação de cada um, falhava o recorte teleológico em que de outro modo o jurista se poderia estribar^{584 585}.

⁵⁸³ Veja-se, contudo, a este nível o depoimento explicativo a que aportamos pelo trabalho de FLORENCE G'SELL-MACREZ, *Recherches...* cit., p. 114 e ss. A autora estabelece uma relação entre a causalidade adequada e o princípio da responsabilidade, afirmando, então, e no tocante à responsabilidade por culpa, que a probabilidade objectiva corresponde à previsibilidade do agente, que, comportando-se como um homem medianamente diligente e prudente, deve ter consciência da probabilidade do dano gerado com o seu acto. Nessa medida, a jurista considera que a causalidade adequada se centra mais no acto gerador do efeito do que nonexo causal em si mesmo, permitindo o potencial causal que ela determina colocar em evidência o carácter ilícito do acto do agente. No fundo, inserida num modelo de inspiração napoleónica, FLORENCE G'SELL-MACREZ procura mostrar que a adequação releva para a qualificação da *faute* e que ela é menos uma teoria da causalidade do que uma teoria da responsabilidade. Por isso, a páginas 117 e ss., construindo uma ponte comunicante entre a doutrina da adequação e a ideia de relatividade aquiliana, adianta que “a causalidade adequada consiste só no aspecto exclusivamente material da teoria da relatividade aquiliana, que comporta também uma dimensão pessoal, na medida em que tem por efeito limitar a protecção da regra a certas pessoas”.

No que concerne à responsabilidade pelo risco, definindo-se este como a “probabilidade de aparecimento de um dano”, e tendo a teoria do risco “por objecto condenar aqueles que tornam prováveis certos prejuízos”, então “a responsabilidade pelo risco pressupõe a causalidade adequada” (cf. p. 119), pelo que conclui que “aqueles que preconizam a substituição da causalidade pela noção de risco, ao escreverem que será preferível pesquisar quais as potencialidades do acto inicial, militam, na verdade, pela teoria da causalidade adequada”.

Impõem-se a este propósito algumas palavras. Em primeiro lugar, reforça-se a ideia já anteriormente explanada. Na verdade, a causalidade adequada não pode ser assumida na sua univocidade, antes conhecendo cambiantes várias que vão desde uma reelaboração da causalidade naturalística até um sentido imputacional. Pese embora a louvável intencionalidade com que assim surge recortada, veremos que padece de várias fragilidades que tornam imprestável o seu depoimento. Talvez por isso a autora lance o diálogo com a teoria do escopo da norma violada. Simplesmente, não só, também aqui, a unidade não é a pedra de toque, não sendo possível reconduzir a um único critério a posição dos plúrimos juristas que parecem encaminhar-se para essa solução, como, na fidelidade a um sentido mais estrito da finalidade da norma resvalamos para aporias que não permitem dar por concluída a nossa tarefa judicativa.

⁵⁸⁴ O que aqui fica dito significa, portanto, que os defensores da doutrina da causalidade adequada admitem a correcção da mesma, em determinadas circunstâncias, pela consideração do escopo da norma violada. Contudo, fazem-no em termos sincopados, reservando a indagação da última para os casos em que o direito se realiza por mediação de uma norma de protecção de interesses alheios.

⁵⁸⁵ Uma reflexão torna-se importante a este ensejo. Na verdade, a teoria do escopo da norma orienta-se pela ideia de finalidade da norma, parecendo estar em consonância com os cânones interpretativos predispostos pela Jurisprudência dos Interesses. A grande diferença relativamente a uma certa impostação da causalidade adequada que ali parece colher inspiração (v.g., entre nós, PEREIRA COELHO) prende-se com o referente teleológico em apreço. Se ao nível da doutrina do escopo da norma violada o que se indaga é a finalidade da norma para saber se o dano produzido se inscreve ou não no seu seio, a teoria da

E essa falha deve ser imputada à manutenção de uma liberdade pensada em termos negativos. E isto ainda que, como veremos, a assunção da finalidade como a pedra de toque distintiva da acção humana e a contaminação do instituto da responsabilidade com a nota predicativa desse agir não implique necessariamente a correcta compreensão da liberdade positiva ancorada na pessoalidade como fundamento da juridicidade. Ou dito de outro modo, a adopção de um pensamento ontológico que veja no fim da actuação de cada um o ponto de ancoragem da juridicidade, na esteira de WELZEL, pode comportar consequências em sede de causalidade, levando ao abandono parcial ou total da adequação, em abono da doutrina do escopo da norma violada, sem, contudo, resolver todas as aporias com que somos confrontados na matéria e sem que, e até por isso, espelhe a intencionalidade jurídica, a única que leva à afirmação do direito como direito.

Com isto, é a posição inspirada no pensamento welziano que vai posta de parte, *avant la lettre*. E igual sentença será dirigida a uma concepção funcionalista do nexos que se procura erigir, mostrando, perfunctoriamente, mas não apressadamente, o condicionamento entre o concreto modo como se concebe o direito e a configuração de acção, a repercutir-se no desenho que aquele irá receber.

Pelo que, em jeito de anúncio, poderemos adiantar ser a nossa visão da causalidade uma visão personalista. A redundar, afinal, na ideia de nexos de imputação.

Não mais avançaremos, relegando para momento posterior a escarpelização das ideias avançadas neste ponto, que desta feita concluímos com breves palavras que salientem, pois, que a profusão de racionalidades que se vieram substituir ao domínio absoluto daqueloutra que, com inspiração cartesiana, entrou em crise, a potenciar uma

causalidade adequada parte da definição de causa para o que pressupõe a finalidade do instituto (*vide*, com grande acuidade, PEREIRA COELHO, “O nexos de causalidade...”, ... cit., p. 238, considerando que, “se o fim do dever de indemnizar é aproximar a situação real da situação hipotética do lesado, então os prejuízos reparáveis devem ser aqueles que o lesado provavelmente não sofreria se não fosse a lesão”). Ora, o que assim fica dito permite-nos perceber que as duas doutrinas têm intencionalidades diversas e que a segunda se mostra, no exercício diacrónico que estamos a levar a cabo, mais próxima de uma visão tradicional de realização do direito. Acresce que, sob a égide do escopo da norma, se agregam, como já tivemos oportunidade de verificar, realidades muito diversas, donde o apelo pode não ser exclusivamente feito à teleologia, tanto mais que o recorte da teoria não nos encaminha exclusivamente para um sentido estrito dela, só aproveitável em sede do que entre nós é conhecido por segunda modalidade de ilicitude. Mais se diga que outras posições causalmente relevantes chamam à colação uma ideia de finalidade. Pense-se, por exemplo, nos ensinamentos de WELZEL, que aqui não desenvolvemos por remetermos para momento posterior a sua escarpelização e crítica. Sobre a doutrina finalista, com repercussões ao nível da compreensão da causalidade, diga-se apenas que a finalidade para que aí se olha é aqueloutra que contende com a essência da conduta humana, dado que se mostra em sintonia com a fundamentação ontológica da juridicidade a que se faz apelo.

miríade de correntes de pensamento e ângulos de abordagem do direito, conduzem a uma infinidade de modos como a causalidade pode ser concebida.

14. Causalidade comparativa. O contributo da análise económica do direito para a fixação dos contornos do pressuposto.

Do ponto expositivo anterior resultam algumas ideias que importa fixar: de um lado, temos a ligação incontornável entre a estrutura da acção em que a responsabilidade se baseia e a causalidade que se chama à liça; de outro lado, a racionalidade discursivamente alicerçadora da concatenação estabelecida, a postular uma concepção filosófica e metodológica acerca da própria juridicidade. O que, em última instância, redundará na polarização ou mera influência, consoante o tipo de pensamento em que nos escoremos, do dito pressuposto na concepção de ser humano de que se parta⁵⁸⁶.

⁵⁸⁶ A falta de consenso em matéria de causalidade vai mais longe, chegando-se a problematizar a própria subsistência do requisito. A título ilustrativo, e num horizonte discursivo que nos faz entrar em contacto com a *Law and Economics*, cf. DONALD G. GIFFORD, “The death of causation: mass products torts’ incomplete incorporation of social welfare principles”, ... cit., p. 1-85. Em apreciação no estudo do autor estão as acções propostas contra determinados produtores de bens, que levaram à “redifinição” de alguns aspectos da *tort liability*, sobretudo em face de cenários dilemáticos em que se mostre inviável descodificar a autoria da lesão, ou melhor o produtor cujo bem a provocou. Os ditos casos – *mass products tort cases* – conduzem a uma indagação que, contrariamente à complexidade que a enerva, pode ser formulada nos seguintes termos: “devemos afastar o requisito da causalidade individual e avançar para uma solução instrumentalizada de prossecução do *welfare state*?”.

Sobre o ponto, esclarece GIFFORD que, “desde 1980, os tribunais têm forjado novas doutrinas e aplicado criativamente as clássicas teorias para fazer face aos danos que os consumidores de produtos fungíveis sofrem sem que consigam fazer prova da autoria deles por parte de um particular produtor”, acrescentando que “um dos caminhos gizados passou pela interpretação extensiva das doutrinas que visam solucionar o problema da causalidade alternativa” e outro pela edificação de posições como o *market-share liability* (cf. p. 4). Em alternativa, forja-se uma tendência para a socialização do dano, indo então a jurisprudência ao encontro da posição expandida por CALABRESI, em consonância com a sua visão acerca do sistema delitual, pensada em torno da ideia de *loss distribution*.

Donde resulta um binómio que perpassa toda a discussão americana em torno do problema da causalidade. De um lado, os autores que, ancorados numa perspectiva instrumental, defendem um enfraquecimento ou eliminação do pressuposto; de outro lado, aqueles que, insistindo numa ideia de justiça correctiva, continuam a proclamar a necessidade de lidar com o requisito. Cf. p. 8.

Pelo breve contacto com o artigo citado, podemos tirar algumas conclusões não despididas. Na verdade, em jogo está não só a conformação do pressuposto delitual em termos intrassistemáticos, como, numa perspectiva constituída, a determinação acerca do que se pretende atingir com a responsabilidade civil. De outro modo: é a própria manutenção do modelo que se problematiza, colocando-se em alternativa a possibilidade de o mesmo ser substituído por um sistema de compensação de danos com nervuras socializantes. Na verdade, nestes, *maxime* no que ocorre no quadro dos sistemas de segurança social erigidos em torno da protecção do trabalhador, a que GIFFORD alude, prescinde-se do requisito causal, esgotando-se a causalidade de facto na constatação da particularidade de a entidade patronal empregar o trabalhador, sem o que o dano não teria avultado (cf. p. 30-31). Ora, segundo alguns pensadores norte-americanos, a que uma vez mais GIFFORD dá voz, a tendência jurisprudencial seria para uma atenuação na prova da causalidade, satisfazendo-se o decidente com a demonstração do facto de o comportamento do lesante ter sido necessariamente um antecedente do dano (cf. p. 28).

Sobre o problema ao nível dos EUA, veja-se, ainda, FRANCESCO PARISI e GIAMPAOLO FREZZA, “La responsabilità stocastica”, *Responsabilità civile e previdenza*, vol. LXIII, nº3, 1998, p. 825 e ss. Analisam

Não é, por isso, estranho que, num mundo caracterizado pela pluricomplexidade de mundividências, se já não possa falar do predomínio de uma posição defronte das demais. E bem assim que o que vai implícito na base da doutrina do escopo da norma violada agregue uma panóplia alargada de posições. Sem que, na maioria das vezes, o jurista seja conseqüente com o seu ponto de partida ou sem que, noutras hipóteses, haja a perfeita consciência do horizonte referencial que o ilumina⁵⁸⁷.

os autores a evolução jurisprudencial norte-americana, a revelar novos parâmetros que permitem imputar a responsabilidade em termos *stocásticos* (estatísticos/probabilísticos), prescindindo da prova efectiva do requisito causal. No horizonte discursivo deles, antevê-se a problemática da incerteza causal nas situações em que “dois ou mais sujeitos são identificados como potenciais causas do evento danoso” e “o nexó de causalidade entre a actividade criadora do risco e o dano só pode ser estabelecido em base *stocástica*, não sendo possível determinar a relação causal específica entre o comportamento de um dos agentes e o evento danoso” (cf. p. 826, na delimitação da fatíspécie relevante. Acrescentam, porém, que a estas duas condições podem juntar-se outras, como sejam o facto de os dois agentes actuarem com diversos graus de culpa, comunicando um grau de problematicidade acrescida ao caso). Em ligação com as lucubrações dos autores estão, portanto, as situações de danosidade em massa e de pluricausalidade, a que nos referiremos num dos capítulos finais.

Veja-se, neste sentido, LEON GREEN, “The duty problem in negligence cases”, *Columbia Law Review*, nº 29, 1929, p. 255 e ss.; *Rationale ... cit.*; FLEMING JAMES (JR.), “Accident liability reconsidered: the impact of liability insurance”, *Yale Law Journal*, nº57, 1948, p. 549 e ss.; STEVEN D. SUGARMAN, “Doing away with tort law”, *California Law Review*, nº73, 1985, p. 558 e ss.; CALABRESI, “Concerning cause and the law of torts: an essay for Harry Kalvez Jr.”, *University Chicago Law Review*, nº43, 1975, p. 69 e ss.; POSNER e LANDES, “Causation in tort law: an economic approach”, *Journal of Legal Studies*, 12, 1983, p. 109 e ss.

Sobre o pensamento de autores como LEON GREEN, veja-se o depoimento de RICHARD W. WRIGHT, “Actual causation vs. Probabilistic Linkage: the bane of economic causation”, ... cit., p. 435-436. Integrando LEON GREEN nos *legal realists*, onde também insere WEX MALONE (cf. “Ruminations on cause-in-fact”, ... cit., p. 60 e ss.), para os quais a causalidade passa a ser vista como *minimal justice-related condition of tort liability*, considera que os analistas económicos não se apercebem da dívida intelectual que têm para com os primeiros e adverte que, não obstante as críticas que alguns autores lhe dirigem, muitos antecipam as actuais correntes economicistas.

Para outras considerações acerca da inserção sistemática do pensamento de LEON GREEN, cf. JOHN C. P. GOLDBERG, “Twentieth Century Tort Theory”, ... cit., p. 12 e ss.

⁵⁸⁷ Há, na verdade, uma miríade de formas de abordagem do fenómeno ressarcitório e de compreensão do requisito causal.

Para uma sistematização delas, cf. RICHARD W. WRIGHT, “Causation, Responsibility, Risk, Probability, Naked Statistics, and Proof: Pruning the Bramble Bush by Clarifying the Concepts”, *Iowa Law Review*, 73, 1987-1988, p. 1001 e ss., aqui 1005 e ss. WRIGHT fala da posição dos liberais, dos *legal economists*, dos *critical legal studies*, e dos *legal realists*.

Atentemos no bosquejo traçado para cada um dos grupos de juristas, macroscopicamente percebidos. Os liberais, assumindo os direitos individuais, de que a propriedade seria expressão máxima, como absolutos, considerariam que quem causa um dano a uma pessoa ou à sua propriedade, independentemente do grau de culpa e previsibilidade, deveria ser dado como responsável, pelo que fazem confluír a ilicitude, a causalidade e a *proximate cause* num único juízo. A causalidade viria, portanto, a transmutar-se na interferência física com a pessoa ou propriedade iniciada pelo comportamento do lesante.

Os *legal economists*, cujos trabalhos acompanharemos, ainda que de forma não exaustiva, focando-se nos incentivos *ex ante* para garantir a maximização do bem-estar social, olham para a causalidade segundo este desiderato maior (cf. p. 1005).

Os *critical legal scholars* partem para o problema da noção de direito que protagonizam e que o transforma, num plano vigente, num instrumento de repressão das massas, de que o sistema delitual não seria mais do que expressão acabada. Não é, pois, difícil perceber que se tenham esforçado por atacar o requisito da causalidade (cf. p. 1007) [A este propósito, cf., ainda, JOHN C. P. GOLDBERG, “Twentieth Century Tort Theory”, ... cit., p. 31 e ss., falando da *enterprise liability theory*, onde insere autores como

Paradigmático disso parece ser a mobilização de dimensões consequencialistas, de pendor mais ou menos economicista, que, transformando o direito numa tecnocracia ao serviço da eficiência, seduzem, amiúde, o estudioso.

O que vai dito permite, a um tempo, caracterizar o tempo hodierno com a mácula da diversidade e justificar que, porque inconsonante com o modo de ser do direito, se afaste liminarmente essa perspectiva fundada, directa ou indirectamente, na *Law and Economics*. Pelo que, sem embargo de posições especificamente mobilizadoras do tipo de pensamento em questão, sobre que nos pronunciaremos posteriormente, dedicaremos o ponto actual à crítica consequente do mesmo.

Para tanto importa, ainda que não exaustivamente, tecer algumas considerações acerca do movimento, já que só assim estamos aptos a criar o quadro de inteligibilidade potenciador da intelecção do que, entre os seus cultores, ficou conhecido pela causalidade comparativa.

Trata-se, em bom rigor, apenas de mais uma das vias de instrumentalização do direito, destacável da causalidade dita funcional unicamente na medida em que a última

PATRICK ATIYAH, ALBERT EHRENZWEIG, MARC FRANKLIN, CHARLES GREGORY, FLEMING JAMES, ROBERT KEETON, entre outros. Segundo explicita GOLDBERG, a doutrina em apreço combina um *progressive politics* e visão jurisprudencial não formalista com uma particular compreensão dos acidentes ao nível da economia industrial e tende a ver a *tort law* como o reflexo dos piores excessos do liberalismo, ao ponto de defenderem que tinha sido criada para servir os interesses do capital, pelo que propõe a substituição da responsabilidade baseada na culpa por esquemas de *first-and third-party insurance* ou, como segunda melhor opção, a adopção de uma esquema de responsabilidade objectiva do produtor, acompanhada da eliminação das regras restritivas e das tradicionais imunidades no seio da *negligence*, bem com a expansão da *joint and several liability* e o desenvolvimento da teoria do *market-share liability*. Veja-se, ainda, no mesmo artigo, p. 60 e ss. onde GOLDBERG fala da *social justice theory*. Mostrando a variedade de posições doutrinárias, inspiradas por racionalidades diversas e bebedoras de mundivisões não coincidentes, a *social justice theory* vem conceber o direito delitual como um meio de rectificar as patologias geradas por grupos de interesses que tendem a distorcer a legislação. Na verdade, de acordo com o que os seus arautos defendem, os grupos de interesses actuariam como um *lobby* no sentido de obstar ao escrutínio dos seus novos produtos antes de serem introduzidos no mercado. O instituto da responsabilidade civil, ao permitir que os cidadãos demandem membros das corporações pela conduta negligente levada a cabo, permite corrigir estes desvios, pelo que se agiganta a figura dos *punitive damages*. Tal como sublinha GOLDBERG, partilha com a *enterprise liability theory* o progressismo e o tipo de racionalidade concretamente mobilizada, não obstante se encontrem pontos de divergência, tanto mais que esta última pretende obter fundos para aqueles que deles necessitam e não atribui a lesão ao concurso de forças malévolas, prisma que a leva a optar, em regra, pela responsabilidade objectiva, ao contrário da *social justice theory*, que visa primacialmente a punição de entidades individuais – cf. p. 62].

Por seu turno, os *legal realists* tratam o direito como um facto e, nesse horizonte, tratam a causalidade como matéria de facto, à qual se associaria uma problematização de outro nível, a traduzir-se na *proximate cause*, com a qual se procuraria limitar a *liability*.

A complexidade é, portanto, nota dominante, impondo a justificação para a eleição da análise económica do direito como interlocutor privilegiado do nosso discurso, ao ponto de algumas das suas posições ascenderem à dignidade de ponto expositivo autónomo. Não sendo o acerto das suas propostas a justificá-lo, a única razão mobilizável para tal opção dialógica passa pela percepção do entusiasmo com que elas são acolhidas entre nós, sem embargo da novidade, nos EUA, ser relativa, e de, como veremos, contrariarem o sentido mais denso da própria juridicidade.

aponte para um funcionalismo formal a entroncar numa teoria dos sistemas. Ali, ao contrário daqui, a instrumentalização da juridicidade é feita tendo em atenção um dado material, a maximização do bem-estar social, ao serviço da qual é colocada.

Não se pense, contudo, constituir a tendência um magma uniforme, incapaz de gerar controvérsias no seu seio. Se já a tradicional oposição entre POSNER e CALABRESI deixava antever isso mesmo⁵⁸⁸, a profusão de escritos inspirados na racionalidade economicista torna inviável a recondução de todos eles à unicidade nomológica. Denominador comum é, pese embora a policromia, a perspectivação do direito sob a óptica tecnocrática da utilidade e a assunção marginalista de um homem racional vocacionado para a satisfação das suas necessidades, a partir do que fazem derramar as categorias próprias do discurso económico no jurídico, abdicando da busca da justiça como categoria central deste. Sem legitimarem a redução, aos nossos olhos não só abusiva como desvaliosa, orientaram-se por uma racionalidade espúria ao direito e contaminaram todos os nichos dogmáticos que o preenchem dessa coloração não prestimosa. Se tal é bastante para, liminarmente, afastar a perspectiva, nem por isso nos ocuparemos de tal tarefa de momento.

Opção dialógica – de que os percursos de investigação também são feitos –, remeteremos para mais tarde o afastamento em bloco da análise económica da responsabilidade civil. Concorrem para tal dois dados. Primeiro, a consciência de que tal objectivo só será logradamente alcançado se tornada operante a intencionalidade predicativa do direito em geral e do instituto ressarcitório em particular, pelo que em termos expositivos seria precipitado tentar levá-la a cabo agora. Segundo porque a nossa intenção é, de momento, outra, a desdobrar-se em plúrimas: vincar o carácter não unitário do tratamento do requisito da causalidade; ligar o pluralismo a que se alude à disseminação de formas de inteligibilidade racional diversas.

Donde, e tomando-o como exercício exemplificativo, nos quedaremos momentaneamente a tentar perceber o que é a causalidade comparativa a que aludem os arautos do funcionalismo economicista e em que medida é que ela conduz a soluções que contendem, ainda que mais não seja dito, com a simples intuição do justo⁵⁸⁹.

⁵⁸⁸ Cf., *infra*, a breve alusão que se fará ao dissenso entre os dois pensadores.

⁵⁸⁹ Sobre o ponto, veja-se, *inter alia*, e sem embargo de posteriores precisões bibliográficas, STEVEN SHAVELL, “An analysis of causation and the scope of liability in the law of torts”, *The Journal of Legal Studies*, vol. 9, issue 3, 1980, p. 463 e ss.; ROBERT COOTER e ARIEL PORAT, “Does risk to oneself increase the care owed to other?”, *Law and economics in conflict*”, *Journal of Legal Studies*, vol. 29, issue 1, 2000, p. 19-34 (também acessível em *U. C. Berkeley Law and Economics Working Papers Series*, 10/2000, www.paper.ssrn.com/paper- taf?abstract_id=196688); FRANCESCO PARISI e VINCY FON,

Mesmo sem querermos, por ora, escapelizar a intencionalidade predicativa do pensamento com que dialogamos, importa traçar as linhas gerais de entendimento da sua refração em termos de causalidade. E assiste-se aí à dicotomização que perpassa toda a abordagem da responsabilidade civil sob a óptica identificada ou, mais genericamente, toda a análise económica do direito. Pois que, e como se deduz das nossas palavras anteriores, não é uma, mas são duas as visões que enformam a tecnocracia economicista em que ela se vem a traduzir.

A já famosa dicotomia entre uma *positive* e *normative perspective* no seio da *Law and Economics* refracte-se a este nível, comunicando dois sentidos de abordagem diversos da problemática causal⁵⁹⁰. O enfoque pode, portanto, ser duplo, ou mesmo triplo, se tivermos em conta posições ecléticas que combinam os antecedentes, ora apontando para a problematização do próprio fundamento da responsabilidade e procurando edificar um sistema eficiente que poderá, em última instância, redundar na proposta de implementação de um modelo de tipo assistencialista ou securitário, ora para a manutenção do modelo positivo vigente, embora analisado criticamente do ponto de vista económico.

É claro que a dualização aludida assenta num erro, porquanto se recuse perceber que o direito se não esgota num dado e que o juiz, na interpretação do sistema que já existe, participa activamente na constituenda constituição dele, pelo que a própria racionalidade que se mobiliza vai implicar soluções diversas a esse nível. O mesmo é admitir que, ainda que se pretenda limitar a mobilização do cunho eficiente para analisar o direito que é, tal não o deixa incólume, pelo que, em última instância, a *Zweckrationalität* virá a confluir no mesmo sentido que aqueloutra posição que procura edificar, *ab initio*, e portanto no plano da prescrição legislativa, um sistema eficiente de imputação de danos.

“Comparative causation”, *American Law and Economics Review*, vol. 6, nº2, 2004, p. 345-368; POSNER e LANDES, “Causation in tort law: an economic approach”, ... cit., p. 109 e ss.; POSNER E LANDES, *The Economic Structure of Tort Law*, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, London, 1987, p. 228 e ss.; W. WRIGHT, “Causation in tort law”, ... cit., p. 1735 e ss.; JOHN BORGIO, “Causal paradigms in tort law”, *Journal of Legal Studies*, 8, 1979, p. 419; LUIDGER RÖCKRATH, *Kausalität, Wahrscheinlichkeit und Haftung: rechtliche und ökonomische Analyse*, C.H. Beck, München, 2004; CALABRESI, “Concerning cause and the law of torts: an essay for Harry Kalven, Jr.”, ... cit., p. 69-108.

⁵⁹⁰ Para uma diferença entre as duas perspectivas, cf., *inter alia*, AROSO LINHARES, “A unidade dos problemas da jurisdição ou as exigências e limites de uma pragmática custo/benefício”, *Os custos da Justiça, Actas do colóquio internacional de 25-27 de Novembro de 2002*, Coimbra, p. 189, nota 7. Veja-se, ainda, PARDOLESI, “Analisi economica del diritto”, *Digesto delle discipline privatistiche, Sezione civile*, I, Torino, 1987, p. 309-311; POSNER e LANDES, *The economic...*, cit., p. 8 e 9; e JOHN C. P. GOLDBERG, “Twentieth Century Tort Theory”, ... cit., p. 42.

Não será, aliás, estranho encontrar estudos de pensadores que, não se filiando na pureza de qualquer das escolas supra-citadas, acabam por apresentar propostas onde se denota a confluência de arrimos criteriológicos de um e outro lado.

Por isso, a não uniformidade de posições encontradas no âmbito da *Law and Economics* no que respeita à causalidade justificar-se-á por outros factores, entre os quais se destaca o maior ou menor peso de um conteúdo de justiça distributiva ou comutativa de onde cada um dos estudiosos parta.

Por outro lado, a própria prática jurisdicional parece apontar no sentido das linhas guia por nós traçadas. De um modo mais explícito, orientam-se os casos concretos por diversas indagações: deve exigir-se a culpa para se imputar a um sujeito a obrigação de suportar um prejuízo? Independentemente de se prescindir ou não dela, devemos suprir a sua falha ou complementar a sua presença com a concretização de uma ideia de causa? Quais os contornos com que ela deve ser desenhada?

Em tudo isto vai o manto da racionalidade já diagnosticado, a permitir esboçar alguns traços marcantes dessa mesma abordagem⁵⁹¹.

Com GIUSEPPE DARI MATTIACCI, podemos ver que “desde cedo a *law and economics* rejeitou o requisito da causalidade enquanto elemento autónomo da responsabilidade, seguindo os ensinamentos de Coase”^{592 593}. Explicitando, para o autor,

⁵⁹¹ Veja-se, quanto ao ponto, a análise crítica encetada por RICHARD W. WRIGHT, “Actual Causation vs. Probabilistic Linkage: the bane of economic causation”, ... cit., p. 435 e ss., através da qual nos apercebemos do magma não uniforme que constitui o tratamento da causalidade pelos paladinos da *Law and Economics*. Optando por uma exposição nominalmente orientada, em que cada ponto respeita ao concreto pensamento de um autor, WRIGHT não deixa de evidenciar duas grandes linhas de orientação. Aos autores que contestam a utilidade do requisito causal e o procuram banir do sistema delitual, pela sua ineficiência, atentos os pressupostos economicistas de que partem, aliam-se outros, como SHAVELL, cuja preocupação cimeira passa por tentar demonstrar a compatibilização entre os critérios mobilizados nos precedentes jurisdicionais e a finalidade de maximização do bem-estar social, arvorado em demonstrador teleológico de todo o sistema.

Numa perspectiva crítica, e no seio da responsabilidade civil, cf., também, o testemunho de JULES COLEMAN, “Theories of tort law”, *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, www.plato.stanford.edu/entries/tort-theories, 2007, considerando que a análise económica do direito é imprestável do ponto de vista do julgador, embora possa ser aproveitada do prisma do programador social.

⁵⁹² Cf. GIUSEPPE DARI MATTIACCI, “Tort Law and Economics”, a publicar em HATZIS ARITIDES (ed.), *Economic Analysis of Law. An European Perspective* (www.law.uu.nl/eco/gdm.htm).

Veja-se, ainda, no recurso às fontes primitivas, COASE, “The problem of social costs”, *Journal of Law and Economics*, n.3, 1960, p. 2, 13 e 19 e CALABRESI, “Some thoughts on risk distribution and the Law of Torts”, *The Yale Law Journal*, n.70, 1961, p. 505-506 e nota 24. A propósito do pensamento de CALABRESI, note-se, contudo, a evolução denotada em “Concerning cause and the law of torts: an essay for Harry Kalven, Jr.”, ... cit., p. 69-108.

CALABRESI sustenta que tanto o lesado como o lesante devem ser vistos como causadores de um acidente, já que qualquer um deles é imprescindível para a emergência do mesmo. Por isso, em vez de se procurar responder à questão “quem causou o dano”, devemos indagar que precauções podem ser tomadas para os evitar ou reduzir o seu impacto e quem deve a lei sancionar de forma a incentivar a adopção de tais medidas.

tanto lesante como lesado são necessários, em termos estritamente causais, para a produção do dano, pelo que a única viabilidade de se lidar com a questão da imputação delitual seria descrever a causalidade em termos económicos^{594 595 596}. Tal perspectiva,

A posição de CALABRESI a propósito da causalidade conduz-nos a soluções que chocam com o mais elementar sentido de justiça que nos habituámos a mobilizar. Assim, cf. *The Costs of Accidents: a legal and economic analysis*, 1970, p. 136. Para o autor, uma conduta deve ser prevenida se comportar riscos de lesão no futuro, independentemente do que aconteceu no passado, pelo que se se mostrar que os fabricantes de televisões estão em melhores condições para prevenir os futuros acidentes de automóveis, deve-se reclamar a imposição da responsabilidade sobre eles, apesar da inexistência de qualquer conexão causal. Veja-se quanto ao ponto JOHN C. P. GOLDBERG, “Twentieth Century Tort Theory”,... cit., p. 53. Outra seria, contudo, a posição de POSNER e LANDES para quem o *but-for test*, de um prisma economicista, funcionaria como uma prova das probabilidades *ex ante*.

⁵⁹³ Quanto ao ponto, veja-se, também, STEPHEN PERRY, “Tort law”, *A companion to philosophy of law and legal theory*, ed. Dennis Patterson, Balckwell Publishing, 1996, p. 57 a 79, aqui p. 67 (cf., ainda, p. 72, considerando que, longe da *law and economics*, o requisito da causalidade também pode tornar-se operacionalmente problemático se o sentido de justiça que pressupusermos for a justiça distributiva); LANDES e POSNER, *The economic structure of tort law*... cit., p. 229 e ss.; WRIGHT, “Actual causation vs. probabilistic linkage: the bane of economic causation”, ...cit., p. 435 e ss.

Cf., ainda, o testemunho de WRIGHT, “Actual causation vs. Probabilistic linkage...”, ... cit., p. 437, onde considera que, inicialmente, os defensores da *law and economics* tentaram minimizar a importância prática da causalidade e desconsideraram o requisito, não justificando porque é que a responsabilidade fica limitada às situações em que a lesão ocorre, nem por que motivo se restringe o ressarcimento em função do concreto resultado da acção ilícita (cf. p. 438).

Adverte, contudo, que posteriormente alguns autores (v.g. CALABRESI) ensaiaram uma tentativa de reconciliação dos pressupostos eficientistas com a causalidade.

⁵⁹⁴ Veja-se, porém, AVRAHAM D. TABBACH, “Causation and incentives to choose levels of care and activity under the negligence rule”, *Review of Law and Economics*, 4:1, 2008, p. 133 e ss., considerando que “muitas formulações económicas da *negligence rule* ignoram o requisito legal da causalidade, assumindo que, se o potencial lesante actua com o cuidado devido, ele não é responsável por nenhum acidente, mas que, se ele actua com níveis de cuidado inferiores aos que seriam exigíveis, então é responsável por todos os acidentes, incluindo aqueles que teriam ocorrido mesmo que os níveis de cuidado exigíveis tivessem sido adoptados”, o que conduziria a uma descontinuidade na função do custo no nível óptimo de cuidado. Isto porque, se A actua negligentemente, a sua responsabilidade salta descontinuamente de uma *no liability* para uma *liability for all harms*, o que pode conduzir os potenciais lesantes a adoptar medidas de cuidado extremo e, assim, ineficientes. Salientando, ainda, que a caracterização legal da *negligence rule* é distinta, porque os lesantes só são responsáveis se, para além de terem actuado negligentemente, essa negligência tiver causado o acidente, pelo que a causalidade exclui do âmbito da responsabilidade aqueles acidentes que teriam ocorrido mesmo que o agente não tivesse sido negligente, criando assim uma continuidade da função custo e permitindo que a responsabilidade se incremente paulatinamente de uma *no liability* para uma *liability for those accidents that occur only because of his negligent behaviour*, TABBACH considera que a *perfectly operating negligence rule* induz um comportamento óptimo com ou sem o requisito da causalidade e a *imperfectly operating negligence rule* cria diferentes incentivos consoante a causalidade seja ou não ponderada.

Na problematização dos efeitos da causalidade na escolha dos níveis de cuidado e actividade, assume dois possíveis modelos: um modelo standard, que parte da linearidade entre o cuidado, a actividade e o dano esperado, no qual o requisito da causalidade vem modificar qualitativamente os resultados básicos obtidos sob condições imperfeitas, e um modelo alternativo. Naquele primeiro modelo, constata-se, pois, que o requisito causal não é sempre desejável se o dever de cuidado for aferido segundo o padrão de uma pessoa razoável e não segundo um nível individualizado. Já no modelo alternativo, que assuma que as medidas de precaução são perfeitamente duráveis, no sentido de que os seus custos são independentes do nível de actividade, o requisito da causalidade não altera qualitativamente os resultados básicos, porque os níveis de actividade são excessivos na *negligence rule* e, portanto, os benefícios de se adoptar um nível de cuidado superior são maiores.

⁵⁹⁵ Como veremos posteriormente, um dos autores que influenciou a corrente da *Law and Economics* foi OLIVER WENDELL HOLMES JR., para quem o direito visa a maximização da riqueza social, pelo que ao nível da responsabilidade civil o que se procura é tornar certas condutas onerosas de modo a que sejam evitadas. O nexos de causalidade deve, por isso, ser edificado de modo a maximizar a segurança e, ao

perfeitamente consonante com o sentido da juridicidade pensado pelos arautos desta visão, acabaria por ser abraçada genericamente. E, continuando a acompanhar o artigo do autor citado, “não haveria lugar à responsabilidade quando o comportamento do lesado não atingisse a probabilidade de um acidente”. Como justificação está a noção da falha de incentivo à adopção de um comportamento diverso, que contribuisse efectivamente para a redução dos custos dos acidentes, facto que não ocorreria se, qualquer que fosse o comportamento adoptado, o acidente avultasse do mesmo modo⁵⁹⁷.

Basta olhar para a explicitação de POSNER e LANDES para concluirmos da perfeição dialógico-argumentativa do pensamento em análise. Constatando que o conceito de causa é mutável, ficando dependente do horizonte de referência em que surja problematizado, os autores afirmam que “thus, one must know the purpose of causal ascription in tort law before one can say what causation in that law means”⁵⁹⁸. Logo, e continuando a acompanhar o excuro dos autores, “if the purpose of tort law is

mesmo tempo, a evitar que as empresas assumam responsabilidades por consequências incontroláveis. Defende, por isso, uma ideia de previsibilidade como critério guia e deixa de lado a distinção entre os danos directos e os danos indirectos. Cf., sobre o ponto, FLORENCE G’SSELL-MACREZ, *Recherches...* cit., p. 220.

⁵⁹⁶ Cf., a este propósito, a posição de SHAVELL que, inserindo-se na corrente da análise económica do direito, apresenta algumas *nuances* que importa frisar. O autor parte, como a outro ensejo salientámos, da consideração da teoria da decisão para a definição de causalidade. E na busca dos critérios causais mais eficientes, sublinha que os lesantes têm de assumir uma determinada escolha, enquanto as vítimas são passivas, pelo que os acidentes adquirem natureza unilateral, concluindo, então, que as regras ressarcitórias não terão muita eficácia se pretenderem introduzir alterações no comportamento das vítimas. Cf. SHAVELL, “An analysis of causation and the scope of liability in the law of torts”, *Journal of Legal Studies*, nº9, 1980, p. 463 e ss., p. 471. Atente-se, ainda, no testemunho do autor, firmado a p. 496 e ss. No seio da *negligence rule*, e já não da *strict liability*, questionada a relevância da contribuição do lesado, aduz SHAVELL que o comportamento da vítima é irrelevante para a análise a encetar, tendo em conta a não restrição da responsabilidade pelo escopo da norma, na medida em que, do ponto de vista que leva a que as elas se comportem adequadamente, tudo permanecerá inalterado, dado não quererem ver deduzida contra elas a excepção da *contributory negligence*, e, tendo em conta a sua restrição, procurarão evitar o dano, já que o terão de suportar.

Repare-se, contudo, que o excuro do autor que trouxemos a lume só aparentemente contraria o sentido inscrito em texto. É que, como bem se compreenderá, enquanto os restantes arautos da análise económica do direito se referem à natureza bilateral da causalidade para negarem a possibilidade de recorrer ao conceito naturalista para resolver o problema jurídico, SHAVELL tece este comentário no âmbito da perspectiva economicamente informada que encabeça.

Para maiores desenvolvimentos acerca da posição de SHAVELL na matéria, cf. *infra* o que será introduzido em nota.

Veja-se, ainda, LOUIS KAPLOW e STEVEN SHAVELL, “Fairness versus Welfare”, *Harvard Law Review*, 114, 2001, p. 961 e ss. e, para uma visão crítica, MICHAEL B. DORFF, “Why welfare depends on fairness: a reply to Kaplow and Shavell”, *S. California Law Review*, 74, 2002, p. 847 e ss.

⁵⁹⁷ Cf. GIUSEPPE DARI MATTIACCI, “Tort Law... », ... cit., p. 10-11. Segundo o testemunho do autor, a causalidade é aqui pensada como *prospective cause*, ou seja, analisada antes de o acidente ocorrer, colocando aí a questão da probabilidade de o comportamento do lesante conduzir ao dano. Contrariamente, numa perspectiva de indagação da *retrospective cause*, a questão que se coloca é, posteriormente à ocorrência do acidente, a de saber em que medida este teria ocorrido se o lesante tivesse actuado de outro modo, quedando-se, portanto, num simples *but-for test*, sem ir ao ponto de aventar da possibilidade de um semelhante acidente ocorrer sob circunstâncias análogas.

⁵⁹⁸ POSNER e LANDES, *The economic structure...* cit., p. 229.

to promote economic efficiency, a defendant's conduct will be deemed the cause of an injury when making him liable for the consequences of the injury will promote an efficient allocation of resources to safety and care"⁵⁹⁹.

Pelo que, e de acordo com a expressividade dos próprios pensadores, um pequeno passo se anuncia até à renúncia do pressuposto causal no domínio delitual⁶⁰⁰. E isto não porque certas considerações não sejam levadas a cabo a esse ensejo, mas

⁵⁹⁹ POSNER e LANDES, *The economic structure...* cit., p. 229. Veja-se, igualmente, com maior desenvolvimento, "Causation in Tort Law: an economic approach", ... cit., p. 110 e ss.

⁶⁰⁰ Cf. POSNER e LANDES, *The economic structure...* cit., p. 229: "from here it is only a short step to the conclusion that the idea of causation can largely be dispensed with in an economic analysis of torts (...)". Na verdade, o binómio reduz-se à alternativa: ou a alocação do dano promove a eficiência, instando o lesante a actuar de outro modo, ou o acidente deve ser visto como um "act of God". E nesse sentido o lesante causa a lesão quando ele é o *lower-cost avoider* daquela.

Cf., ainda, "Causation in tort law: an economic approach", ... cit., p. 109 e ss., falando de *cheaper cost avoider* e considerando que "a conduta será tida como causa da lesão se a responsabilidade pelas consequências promover uma eficiente alocação dos recursos (...)". Mais especificamente, aí, LANDES e POSNER consideram que a ideia de causalidade é mais um resultado do que uma premissa da análise económica dos acidentes e voltam a admitir que "o passo é muito pequeno até à afirmação de que a ideia de causalidade pode ser dispensada pela análise económica do direito, tal como a ideia de intencionalidade por ser dispensada", sem que isto signifique que "o jurista possa ou deva dispensar os termos como intenção ou causalidade, porque não tem um vocábulo económico para exprimir as ideias por eles afloradas. Mas a análise económica do direito não tem de usar estes termos, podendo abordar o problema usando a *Hand Formula*, um algoritmo para decidir em geral as questões delituais e não só tópicos relativos à negligência".

Note-se mais uma vez a – sempre inerente ao discurso dos autores – problemática assunção do carácter anódino da racionalidade que se mobiliza para lidar com as concretas questões de *quid iuris*. Não só a mesma é posta em causa pelo sentido mais denso da compreensão da juridicidade, como acaba por ser desmentida – sem disso terem consciência – pelos juristas quando apresentam o elenco dos casos em que a causalidade é problematizada.

Para olhar para tal listagem, veja-se p. 115 e ss.

⁶⁰¹ Veja-se, no sentido desse abandono ou possível abdicação, ainda, CALABRESI, "Concerning cause and the law of torts: an essay for Harry Kalven Jr.", *University Chicago Law Review*, nº43, 1975, p. 69 e ss. Note-se que CALABRESI tentou ainda redefinir o pressuposto causal, apresentando uma ideia probabilística entre classes de eventos [A sua posição central passa pela não exigência de identificação, por parte da vítima, de um particular lesante. Se o objectivo da *tort law* é reduzir os custos dos acidentes, para o que se autonomizam sub-finalidades, torna-se compreensível a defesa da noção de *deep pocket* – os acidentes devem ser suportados, nos seus custos, por aqueles que sofrem "less social and economic dislocation as a result of bearing them, usually thought to be the wealthy" – cf. *The costs of accidents...* cit., p. 40]

Cf., também, a este propósito, novamente, STEVEN SHAVELL, "An analysis of causation and the scope of liability in the law of torts", ... cit., p. 463 e ss. SHAVELL parte da consideração da teoria da decisão, e da escolha entre as diversas possibilidades de acção num cenário de incerteza, convocando a articulação de três elementos [o estado do mundo (descrição do modo como o mundo poderia ser); consequências (tudo aquilo que possa importar para a tomada de decisão); acção (decisão, pela qual se determinam as consequências) – cf. p. 467, para a definição da causalidade, relativamente à qual expende que "uma acção é *cause in fact* de uma consequência relativa a outra acção se, atento o estado do mundo, a consequência fosse outra caso tivesse sido também outra a acção levada a cabo". A definição envolve, como se depreende, a "comparação explícita de consequências debaixo de diferentes acções", embora na prática "a comparação seja implícita" [cf. p. 468] e é captada segundo a fórmula algorítmica oferecida pelo autor: sendo a 1ª acção a; a segunda acção a'; o estado do mundo s, de tal modo que a(s) é a consequência, então, a é causa da consequência a(s) se a'(s) ≠ a(s).

Uma segunda noção de causalidade é apresentada a páginas 468. Trata-se aí da consideração da causalidade probabilística, alertando, *a priori*, serem as probabilidades entendidas subjectivamente e não objectivamente. Assim, "uma acção é causa probabilística de uma consequência relativamente a outra

porque elas são orientadas, não por um prisma causal, mas pelo enfoque comunicado pela chamada à liça da *Hand Formula*⁶⁰².

Porque assim é, a causalidade trasmuta-se num conceito probabilístico estrito, a operar segundo cálculos matemáticos. Numa fidelidade ao texto dos autores, justificável pela coloração economicista tão distante do nosso horizonte de problematização, ousamos vincar o modelo com o acompanhamento de alguns exemplos ali inscritos: assumindo que “há a probabilidade Φ de um potencial lesante vir a violar uma regra que imponha um determinado standard de cuidado, pensado para promover a segurança (...). Assuma-se, ainda, que Φ pode ser reduzida por adicionais cuidados, designados por z , de tal maneira que $\Phi = \Phi(z)$. Assuma-se, também, que há a probabilidade de emergir um acidente de cada vez que o lesante viole aquela regra e ainda a probabilidade de tal ocorrer mesmo que não o faça. As probabilidades condicionais são denotadas por ρ/v e $\rho/\eta v$, respectivamente, e ficam dependentes das variáveis x e y ”⁶⁰³.

acção se a probabilidade de ocorrência da consequência for maior tendo em conta a primeira acção do que tendo em conta a segunda” [a é causa probabilística de c, se $\Pr(s|a(s) = c) > \Pr(s|a'(s) = c)$]].

Adverte, contudo, que a *causation in fact* não implica uma causalidade probabilística, dado poder a acção ser causa de uma consequência ainda que probabilisticamente o não seja (cf. p. 469), mas que, quando as consequências são perdas, devemos lançar mão daquela ou pelo menos de uma noção causal que seja proximamente análoga. Define, então, a relação causal nos seguintes termos: “uma acção é causa do dano esperado relativamente a outra se os danos se esperarem ser maiores com a primeira acção do que com a segunda. Donde, $E a > E a'$, onde E nos dá uma expectativa matemática de uma variável”.

Compreende-se a referência probabilística e prospectiva. Na verdade, a causalidade é assumida por SHAVELL como um instrumento apto a permitir, por via normativa, garantir a maximização do bem-estar da sociedade.

Para a análise comparativa do pensamento dos quatro autores citados, cf. WRIGHT, “Actual causation vs. probabilistic linkage...”, ... cit., p. 439 e ss., 444 e ss., 452 e ss. Assim, SHAVELL, dando mais relevo aos efeitos preventivos económicos e aos custos administrativos do que à redução dos custos dos acidentes, sustenta também a ineficácia e inutilidade do requisito causal, e considera o *but-for test*, a complementar com um nexó probabilístico, por si designado de *probabilistic cause*, mas posto isto desaparece a similitude com o pensamento de CALABRESI, procurando antes provar que as limitações com origem causal são impostas em nome da maximização do bem-estar social. Por seu turno, se o propósito de SHAVELL era, segundo o testemunho de WRIGHT, a validação do uso das tradicionais limitações causais, pela demonstração da sua sintonia com o desiderato maior que o guia, LANDES e POSNER sustentam a total dispensabilidade das soluções causais.

Cf., também, SHAVELL, “Causation and tort liability”, *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*, PETER NEWMAN (ed.), 1998, p. 211 e ss. e SHAVELL, “Uncertainty over causation and the determination of civil liability”, *Journal of Law and Economics*, vol. XXVIII, 1985, p. 587 e ss.

⁶⁰² A *Hand Formula* adquire, desta feita, um âmbito mais amplo do que o que resulta exclusivamente da sua aplicação à determinação da negligência.

À mesma conclusão, por referência ao pensamento de LANDES e POSNER, chega WRIGHT, “Actual causation vs. probabilistic linkage...”, ... cit., p. 452, salientando que, de acordo com os autores, o *probabilistic linkage* já estaria contido na *Hand Formula*. Veja-se, porém, nota 67, p. cit., onde chama à atenção para o facto de se terem introduzido modificações ao critério.

⁶⁰³ Cf. POSNER e LANDES, *The economic structure...* cit., p. 230-231.

Na aplicação dos conceitos matematicamente densificados, POSNER e LANDES chegam a uma série de resultados, transmitidos nos seguintes quadros que damos à estampa⁶⁰⁴.

Acidente (ρ/v) ----- Dano D ; $\Phi \cdot \rho/v$

Violação (Φ)

Não acidente ($1 - \rho/v$) ----- Não Dano D ; $\Phi \cdot (1 - \rho/v)$

Acidente ($\rho/\eta v$) ----- Dano D ; $(1 - \Phi) \cdot \rho/\eta v$

Não Violação ($1 - \Phi$)

Não acidente ($1 - \rho/v$) ----- Não Dano D ; $(1 - \Phi) \cdot (1 - \rho/\eta v)$

Traduz o gráfico, pedido de empréstimo aos autores, as diversas alternativas a que, a partir das pressuposições assumidas, se pode chegar. Quantificadas, chegam aos seguintes resultados exemplificativos⁶⁰⁵:

	Φ	$1 - \Phi$	ρ/v	$\rho/\eta v$	D (\$)	Danos esperados (\$)
Violação	.6	–	.5	–	100	30
Não violação	–	.4	–	.5	100	20

A partir deles, concluem não se poder falar aqui de negligência do lesante. Justificam-no pelo facto de as “probabilidades condicionais de um acidente (ρ/v e $\rho/\eta v$), quando seja e quando não seja violado um padrão normativo, serem idênticas, de tal maneira que a associação de unidades de z não vai diminuir os danos expectáveis”. E

⁶⁰⁴ Cf. POSNER e LANDES, *The economic structure...* cit., p. 231-232.

A colagem ao texto de POSNER e LANDES, sendo *prima facie* estranha, ganha simbolismo, porque visa exactamente dar conta da dificuldade que um jurista terá em lidar com uma abordagem como a que protagonizam.

Veja-se, ainda, dos autores, explicitando os mesmos algoritmos, “Causation in tort law: an economic approach”, *Journal of Legal Studies*, 12, 1983, p. 111/112.

⁶⁰⁵ Cf. POSNER e LANDES, *The economic structure ...* cit., p. 232. Veja-se, também, “Causation in tort law: an economic approach”, ... cit., p. 113.

fazem equivaler a falta dela à ideia de não causação do dano, ou, e se quisermos ser fiéis à língua inglesa, “from an economic standpoint, therefore, violating the standard is not negligent or, if we want to use the word, is not a cause of the accident, because expected accident costs (...) do not decrease with greater levels of compliance”. Inversamente, se os dados fossem outros, de tal maneira que $p/v > p/\eta v$, os custos dos acidentes previsíveis cairiam com a probabilidade de cumprimento do dever de cuidado, pelo que, de um ponto de vista economicista, a violação daquele poderia ser vista como causa do acidente⁶⁰⁶.

Não tendo ainda chegado o momento final do nosso excuro, há já conclusões que podem ser firmadas.

Em primeiríssimo lugar, é a equiparação entre a determinação da negligência e da causalidade que salta à vista. Em segundo lugar, embora *ex aequo* em ordem de importância, é o figurino absolutamente probabilístico com que a solução surge pensada que ecoa no horizonte discursivo e nos convoca para uma problematização do tema segundo os cânones marginalistas que colocam números em lugar dos princípios.

Um mérito há que reconhecer, é certo, à posição: a ligação estreita entre a finalidade do ressarcimento e o envólucro com que emerge a causalidade, pensada, no gizar de probabilidades, segundo uma perspectiva *ex ante* e não *ex post*. Na verdade, qualquer um deles aponta no sentido quer da impossibilidade de se transpor para o domínio da acção humana os arrimos próprios da causalidade dita natural, com o que se deverá matizar a categoria com uma intencionalidade imputacional, quer da necessidade de, em consonância com isso, se considerar o momento da prática do acto e não o momento posterior do proferimento do juízo responsabilizatório⁶⁰⁷.

⁶⁰⁶ Continuamos a acompanhar de muito perto os exemplos e subsequente explicitação dos autores, POSNER e LANDES, em virtude do cunho economicista e matematizante que os mesmos apresentam. Mais se refira continuarem eles a sua análise, agigantando a complexidade da abordagem com a introdução de outros elementos de ponderação. Para uma ilustração, cf. POSNER e LANDES, *The economic structure...* cit., p. 232-233.

⁶⁰⁷ Para uma crítica da abordagem economicista da causalidade, cf. RICHARD WRIGHT, “Actual causation vs. probabilistic linkage: the bane of economic analysis”, ... cit., p. 435 e ss., considerando que o autor não logra distinguir o conhecimento *ex post* da probabilidade *ex ante*; WRIGHT, “The efficiency theory of causation and responsibility: unscientific formalism and false semantics”, *Chicago-Kent Law Review*, 63, 1987, p. 553 e ss.

Veja-se, ainda, no que ao momento de referência do juízo diz respeito, o testemunho do autor noutro estudo (“Hand, Posner and the Myth of the Hand Formula”, *Theoretical Inquiries in Law*, vol. 4, 2003, p. 47). A propósito da determinação da culpa do agente, segundo a *Hand Formula*, WRIGHT acusa POSNER e LANDES de confundirem o conhecimento *ex post* da ocorrência de um evento com a probabilidade *ex ante* de ele ocorrer. Não se trata, porém, de uma crítica dirigida à fundamentação dos critérios em termos matemáticos mas orientada pela crítica positiva que POSNER e LANDES fazem à jurisprudência na matéria. Convém não esquecer, de facto, que os autores assumem, aproblematicamente, que não pretendem criar um novo corpo de regras em matéria de responsabilidade civil, mas tão-só analisar as que existem do

Simplesmente, torna-se a operacionalidade do critério duvidosa se pensarmos que dificilmente o cálculo matemático de probabilidades está ao alcance do decidente. E se duvidosa não fosse também a natureza puramente racional do agente, um particular quantas vezes longe dos centros de decisão, sempre se teria de apodar de abusiva – porque desnudada de uma justificação plausível a acompanhá-la – a redução do jurídico ao económico e, mais gravemente, de desvaliosa, porque com ela se sacrifica a própria ideia de dignidade da pessoa humana que informa todo o ordenamento.

O sacrifício a que se alude será escalpelizado em tempo oportuno. Mas não hesitamos em diagnosticar a sua razão de ser. Na verdade, a probabilidade em função da qual se afere a responsabilidade não surge ligada a uma ideia de exigibilidade, mas é produto de um tecnicismo economicista cujo horizonte de referência é a maximização

ponto de vista da racionalidade económica. Ora, quando pretendem captar a realidade sob a malha das funções marginalistas que mobilizam acabam por, ainda que fosse possível manter intocável o sentido do sistema jurídico, forçar o critério predisposto pelo legislador, impondo-lhe o figurino por si cogitado. E porque os tribunais não aplicam, segundo WRIGHT, a *Hand Formula*, muito menos na versão marginal que é requerida pela *law and economics*, cometem o erro de confundir os planos dialógicos de ajuizamento.

Mais concretamente, a breve referência que fazemos em texto a uma perspectiva *ex ante* deve ser encarada com cautela, se quisermos ser fiéis ao modelo de pensamento que ousamos criticar. Com a expressão pretendemos significar que o juízo é proferido tendo em conta o momento da prática do acto. Contudo, ali situados, olha-se para o futuro, prospectivamente, não se fazendo um juízo de prognose póstuma. O que se pretende é saber naquele momento qual a virtualidade de, com a assunção de um determinado comportamento, se garantir no futuro a eficácia alocativa dos recursos, ao mesmo tempo que se ignora o grau de cognição do agente.

E com isto percebemos o que nos separa da proposta economicista. Na verdade, entendemos que, porque a reconstrução do sucedido pode ser acessível ao julgador e porque o sentido da responsabilidade não pode deixar de ser imputacional, a perspectiva com que a causalidade deve ir pensada não pode deixar de ser retrospectiva, ou seja, no ajuizamento que se faça da situação, e sem obnubilar o dado real, devemos polarizar-nos no momento da prática do facto. E esse é, sem dúvida, um aspecto que louvamos na análise económica do direito. Contudo, a intencionalidade que nos separa determina mais pontos de divergência do que de convergência. O nosso posicionamento, sendo estabelecido *ex ante*, não é prospectivo, por não ser a nossa óptica a do programador social (isto é, e de uma forma ainda mais explícita, os analistas económicos do direito tratam do problema segundo uma perspectiva *ex ante*, no sentido em que se situam antes do evento ocorrer para procurar a melhor forma de, para o futuro, se alocarem eficientemente os recursos; nós situamo-nos *after the fact*, mas entendemos que, seja pela impossibilidade de reconstituição do percurso causal concreto, seja pela necessidade de olhar para o requisito dito causal com contornos éticos, a imputação deve ancorar-se no comportamento do agente antes e durante a ocorrência do facto lesivo).

Uma última nota urge. É que, ao aderirmos implicitamente a uma posição dita causal que seja, em simultâneo, atributiva da responsabilidade, estamos a mascarar o pressuposto delitual com a nota imputacional, sem que, não obstante, condenemos o jurídico à alienação das doutrinas que captam a realidade sob a óptica da logicidade ou da construção teórica. O que aqui defendemos espelha, pois, um sentido ético-axiológico da realização do direito que se compatibiliza com a sua dimensão prática por via de uma dialéctica entretecida entre o ser e o dever ser que não é captável à luz da tradicional dicotomização estanque entre a matéria de facto e a matéria de direito.

Sobre o ponto, ulteriores considerações se imporão.

Para uma perspectiva sincrética acerca dos diversos modos e funções que à causalidade em geral podem ser cometidas, cf. cf. ANTONY HONORÉ, “Causation in the law”, *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, cit.

do bem-estar social, deixando assim a antevisão do que será a nossa crítica mais séria e mais funda à análise económica da responsabilidade civil⁶⁰⁸.

Sempre se dirá, em réplica às nossas palavras, que o intento dos autores não é a criação de novas regras delituais, sequer a configuração de critérios de orientação do decidente quando confrontado com concretos casos jurídicos, mas tão só a crítica das soluções plasmadas à luz da racionalidade identificada. Simplesmente, e como veremos mais detidamente *infra*, tal baseia-se na aproblemática e falaciosa assunção da irrelevância do tipo de pensamento de que se parta relativamente à configuração específica daquelas.

Isso mesmo se constata se dedicarmos mais um pouco do nosso trabalho ao acompanhamento das posições dos autores⁶⁰⁹. Particularmente relevante antolha ser a

⁶⁰⁸ Sem embargo de outras referências ulteriores, cf., para um cotejo entre as *economic theories* e as *justice-based theories*, STEPHEN R. PERRY, “Tort Law”, ... cit., p. 57 a 79.

⁶⁰⁹ Cf. POSNER e LANDES, *The economic structure...* cit., p. 234.

Detêm-se na análise de alguns precedentes jurisdicionais sob a óptica economicista, agrupando-os em *cases where the accident would have happened anyway, cases where the injury would not have occurred if the defendant had not been careless, but the defendant's negligence did not increase the probability of an accident ex ante; cases where it is not clear whether the accident would have occurred anyway; cases where the identity of the victim is unclear; cases where the injurer's identity is unclear; cases where the injury was so low that either the costs of foresight or administrative costs make legal proceedings unwarranted* (cf. p. 234 a 251).

No primeiro grupo, vem a provar-se que, mesmo que o lesante não tivesse violado o dever de cuidado que sobre ele impendia, a lesão adviria de igual modo. Nestes casos, para os autores não se justifica a consideração faseada da culpa e da causalidade, bastando, num juízo global orientado por uma racionalidade de pendor economicista, perceber que, no jogo de probabilidades a que somos conduzidos, $p/v = p/\eta v$ e z igual a zero. Como pano de fundo, sustenta-se o não cumprimento do ideal preventivo que vem adstrito à responsabilidade civil, segundo o seu testemunho, negando-se, como tal, a responsabilidade. Como justificação, invoca-se ainda a particularidade de a sujeição do lesante à responsabilidade pelos danos que não causou o tornar excessivamente cauteloso, o que não seria eficiente (cf. p. 237) [veja-se, ainda, dos autores, para outros desenvolvimentos sobre o ponto, “Causation in tort law...”, ... cit., p. 115, onde se aduz a incorrecção da ideia se o standard de negligência for aplicado numa base individual e onde se compara a solução da responsabilidade à condenação de um agente em *punitive damages*, o que pode não induzir um comportamento ineficiente; já no caso da *strict liability*, a *liability* conduziria a um comportamento ineficiente, com o potencial lesante a diminuir os níveis de actividade. E, “mesmo que a responsabilidade se baseie na negligência, o uso de um *average rather than individual negligence standard* pode introduzir um elemento de *strict liability* no modelo”, gerando a ineficiência que se pretende obviar – redução excessiva dos níveis de actividade e aumento dos custos com a administração da justiça – cf. p. 118].

Quanto ao segundo grupo de situações, veja-se, ainda, “Causation in tort law...”, ... cit., p. 119, considerando que a responsabilidade é negada; quanto ao terceiro, de que são exemplo os *cancer cases*, cf. p. 120; a propósito do quarto grupo, de que são exemplo as situações como aquela em que a emissão radioactiva aumenta a probabilidade de surgimento de uma patologia maligna em 20 (de 100 para 120), cf. p. 123 e ss. [desenvolvendo-se 120 casos da doença não se sabe de entre eles, porque outros 100 sempre teriam ocorrido, quais os que foram potenciados/causados pelo pretense lesante. Ora, entendem os autores que, se ignorarmos os curso com a administração da justiça e com o papel da vítima, a solução óptima seria permitir que todas elas pudessem obter uma indemnização, diminuída, contudo, pela probabilidade de não ter havido interferência da emissão radioactiva. À medida que o número de lesados aumentasse e a diferença em termos de probabilidades condicionais diminuísse, o dano indemnizado diminuiria também e os custos com a administração da justiça aumentariam. A solução poderia passar, pois, segundo aduzem, pela adopção de uma *class action*, com alguns inconvenientes, porque haveria a

solução pensada para os casos em que a lesão não teria ocorrido se não fosse o comportamento do lesante, mas sem que, numa análise *ex ante*, a sua negligência tivesse aumentado a probabilidade de tal ocorrência. É que, ainda que, subjacente ao excuro protagonizado pelos autores, se chame à liça uma ideia de aumento do risco, sempre se terá de concluir, com eles, que não é a pertinência da lesão a uma esfera de responsabilidade que se busca, mas outrossim a contabilização marginalista dos custos de imputação da responsabilidade ao lesante comparada com os custos marginalistas de fazer impender sobre o lesado a assunção de determinados cuidados⁶¹⁰. Fica-se, assim, num limbo de insegurança judicativa que, se outros problemas não comportasse, sempre atentaria contra a ideia de segurança jurídica e o princípio da igualdade⁶¹¹.

certeza de que muitos dos seus membros não teriam sido, de facto, lesados pela conduta – cf. p. 124]. Já quanto à inversa situação em que a identidade do lesante não é clara, veja-se p. 124 e ss., onde apresentam como exemplo o tradicional caso dos dois caçadores, e sustentam que, se forem ambos considerados responsáveis, haverá pelo menos da parte de um deles interesse na adopção de medidas de cuidado, permitindo assim a consideração da eficiência da responsabilidade solidária a este ensejo (cf. também, dos mesmos autores, especificamente sobre este tópico, “Joint and Multiple Tortfeasors: an economic analysis”, *Journal of Legal Studies*, 9, 1980, p. 517 e ss.). Por último, para a consideração da derradeira hipótese, cf. p. 126, 127, com ilustração dos casos de *mental distress*.

Mesmo sem questionar o acerto ou não da solução, sempre se dirá que a coloração com que a mesma é pensada conduz, indubitavelmente, a aporias pouco consentâneas com a axiologia fundamentante da juridicidade. Ao mesmo tempo que, e no plano estritamente dogmático, não permite realmente distinguir aquilo que, no quadro normativo, vai pensado como causalidade virtual e comportamento lícito alternativo.

⁶¹⁰ Cf. POSNER e LANDES, *The economic structure...* cit., p. 239.

⁶¹¹ A ideia central é a da internalização dos custos sociais dos acidentes. E só isso se torna bastante para gerar soluções que chocariam com um sentido de justiça. Cf. a este propósito o exemplo com base no qual ROBERT COOTER e ARIEL PORAT (“Does risk to oneself increase the care owed to others? ...cit.) desenvolvem as suas lucubrações. Olhemos para ele: A chega ao seu carro e percebe que o cinto de segurança está avariado. O limite máximo de velocidade permitido é de 30 km/h. Como estava cheio de pressa, e considerando o risco para terceiros, a velocidade razoável seria idêntica àquela. Se tivesse igualmente em conta o seu próprio risco e dada a impossibilidade de utilizar o cinto, a velocidade razoável veria o seu limite decrescer para 25 km/h. Ocorrido um acidente, os tribunais viriam entender, à luz dos precedentes jurisdicionais considerados pelos autores, que o comportamento de A não era condição sem a qual o dano não teria avultado. Consoante explicitam COOTER e PORAT, “um economista chegaria às mesmas conclusões, mas por motivos diferentes: usar ou não o cinto de segurança não tem consequências externas e os economistas não vêem qualquer vantagem na imposição de responsabilidade quando tal não vise internalizar custos sociais” (cf. p. 4-5). Ora, aqui estaria em causa a salvaguarda de um auto-interesse. Contudo, conforme explicitam complementarmente, comete-se geralmente um erro na aplicação da *hand formula*, na medida em que impõe o rigor dialógico a contemplação de dois cenários diversos. Na verdade, afigura-se diferente o caso em que A não usou o cinto de segurança porque adoptou, em relação a si, um comportamento não razoável, diante da avaria constatada, daqueloutro em que A não adoptou a medida porque não quis. É que (cf. p. 5-6), no primeiro caso, a minimização dos custos sociais requer que o condutor ande mais devagar e a *liability* cria um incentivo para que tal comportamento seja posto em marcha; na segunda hipótese, a minimização atinge-se pela colocação do cinto, já que ele não estava avariado, e *no liability* promove tais incentivos.

Não só se constata, pois, uma ambivalência judicativa em nome de um ideário preventivo que não predica genericamente a responsabilidade civil como, ainda que se possa entender não haver direito à indemnização nestas hipóteses pelo não preenchimento do escopo da norma violada, parece ferir um sentimento de justiça inculcado na ideia de exigibilidade o tratamento aparentemente mais favorável daquele que só não utilizou o cinto de segurança por falta de vontade.

O dado crítico agiganta-se diante das hipóteses em que não é certo se o acidente teria ou não ocorrido de todo o modo. Não só a catalogação aduz a ideia de procura da causa real, contra o posicionamento prospectivo que se clama, como a resolução do dilema, em si mesmo eivado pelo determinismo postulador da possibilidade de reconstituição hipotética de um percurso causal, mostra claramente que a ancoragem probabilística comunicada esquece por completo o sentido da responsabilidade, pois que, para lá da equação $p/v - p/\eta v$, a diferença estabelecer-se-á segundo o que ao resultado positivo não dilatado a que se chegue se associar em matéria de custos de procedimentos legais que podem assim fazer exceder os benefícios de alocar a responsabilidade ao lesante⁶¹². O busílis da questão passa, então, a predicar-se nos custos com a administração da justiça⁶¹³, fazendo do bem-estar geral o bastião guia das lucubrações do jurista^{614 615 616}.

⁶¹² Importa, neste ponto, tecer duas considerações, sob pena de não acedermos correctamente ao núcleo fundamental do pensamento dos dois autores. Na verdade, o que fica dito não equivale a concluir que os cultores da análise económica do direito optam por radicar as suas soluções no dado fáctico, pois que, como atestam POSNER e LANDES (cf. “Causation in tort law...”, ... cit., p. 115), “é óbvio que o lesante não deve ser responsabilizado porque a sua negligência não foi causa da lesão, mas argumentar assim é assumir uma conclusão”. O que pretendemos sublinhar é que, independentemente da resposta a que cheguem, os autores pressupõem – ainda que implicitamente – um determinismo à luz do qual seria possível pensar no percurso causal alternativo num universo paralelo que hipoteticamente se postulasse. Um segundo ponto para explicitar que a perspectiva encabeçada pelos autores é prospectiva na medida em que se procura obter, com a decisão de responsabilização ou não responsabilização, um incentivo eficaz para os comportamentos futuros, mas adota como ponto de referência o momento da prática do acto e nessa medida retrocede num juízo *ex ante* – veja-se p. 119, onde os autores consideram que, nos casos em que a lesão não teria ocorrido se o lesante não tivesse sido negligente, mas a negligência não aumenta a probabilidade do acidente *ex ante*, a responsabilidade deve ser negada, por o acidente não se ter tornado mais provável tendo em conta a negligência. A chave da compreensão da causalidade ao nível da análise económica do direito é, na perspectiva de POSNER e LANDES, a probabilidade do acidente e os custos com a administração da justiça. Repare-se que a previsibilidade assume um modesto papel no sistema erigido e isto compreende-se por o enfoque não ser colocado na exigibilidade ancorada na axiologia determinante do direito.

⁶¹³ Veja-se, a propósito da ponderação dos custos com a administração da justiça no quadro de tematização da causalidade, SHAVELL, “An analysis of causation...”, ... cit., p. 480-481. É à luz dela que o autor procura explicar o limite jurisdicional edificado em torno do escopo de protecção da norma. A análise encetada pelo autor espraia-se por dois domínios diversos: a *strict liability* e a *negligence rule*. No que à primeira respeita, SHAVELL considera que há uma vantagem em restringir o escopo da responsabilidade e limitá-la segundo essa finalidade, encontrando-se ele na redução dos custos de administração associados à mobilização do sistema judicial, mas que a mesma é acompanhada por uma desvantagem, já que o lesante deixa de ter incentivos para actuar de forma cautelosa. A ponderação entre os dois vectores antagónicos é possibilitada pela ideia de maximização do bem-estar social, a depor no sentido da inclusão do acidente no escopo da responsabilidade se, e apenas se, a magnitude do dano for suficientemente elevada, o que não deixa de ser apresentado por SHAVELL como irrealista (cf. p. 489). No fundo, “a responsabilidade deve ficar limitada ao tipo de situação em que o lesante pode exercer o melhor efeito nas perdas resultantes dos acidentes pela adopção de determinadas medidas de prevenção”, ou mais concretamente, “o lesante deve levar a cabo a sua actividade se os benefícios menos os custos de prevenção menos o incremento esperado nas perdas superar o que se alcançaria com a omissão” (cf. p. 480). Ora, para que o agente actue quando é, do ponto de vista colectivo, benéfico que o faça, temos de reduzir o escopo da responsabilidade, só que, porque isso pode conduzir a uma indesejável diminuição dos níveis de precaução, o escopo da norma deve ser restringido ao tipo de acidentes com características tais que, dadas as circunstâncias em que o tipo de acidente ocorre, o efeito de um aumento do cuidado na

redução das perdas deve ser suficientemente dilatado (cf. p. 481). Assim, para que um acidente seja integrado no escopo da responsabilidade, é necessário que a alteração do nível de cuidado seja uma causa de facto do acidente, pois, não havendo causalidade de facto, o efeito do aumento do cuidado é igual a zero, o mesmo se devendo dizer quando os acidentes ocorram fora do normal risco criado pelo acto (cf. p. 482). Neste quadro, a probabilidade de um acidente não deve influenciar o juízo que se entreteça, porque não depõe a favor ou contra a inclusão no escopo da norma (cf. p. 483).

Simultaneamente, SHAVELL explica como se compatibiliza esta ideia com a exigência genérica por parte dos Tribunais de que o dano seja previsível. Segundo ele, tem a ver com o facto de o lesante subestimar a probabilidade de um tipo de acidente. Se para o lesante a probabilidade é zero e para o juiz é positiva, a inclusão do acidente no âmbito da responsabilidade não teria nenhum impacto no comportamento do lesante e aumentaria os custos com a administração da justiça.

Percebemos, desta forma, a afirmação que serviu de pórtico de entrada a esta nota.

Mas percebemos mais. De facto, torna-se inequívoca a articulação entre a intencionalidade economicista com que o autor colora os seus escritos e a preocupação de justificar, a essa luz, a prática jurisdicional.

É, aliás, em nome dessa tentativa de compatibilização dos referentes que o autor afirma que, no quadro da *negligence rule*, não basta que o acidente se possa integrar no escopo da responsabilidade. Há que comparar o valor da não adopção de medidas de prevenção com o valor de, agindo, as adoptar. Se o lesante agir de acordo com os deveres de cuidado, não terá de ressarcir o lesado, não sendo motivado por ter em consideração o incremento dos danos que a sua actividade potencia, pelo que a pode levar a cabo mesmo quando não seja socialmente desejável que o faça. E aqui, restringir o escopo da responsabilidade, não só não resolve o problema como o agrava, oferecendo ao agente um incentivo para agir negligentemente. Assim, e à luz da interpretação apromática que faz dos precedentes jurisdicionais de acordo com uma racionalidade económica, conclui que, na ausência de custos de administração, não há nenhuma razão para restringir o escopo da norma.

Para outras considerações acerca do modo como SHAVELL encara a probabilidade em articulação com o tema da causalidade, cf., do autor, “Uncertainty over causation and the determination of civil liability”, *Journal of Law and Economics*, vol. XXVIII, 1985, p. 587 e ss. Lidando aí com os casos de incerteza causal, SHAVELL considera que o uso da probabilidade na determinação da causalidade tem efeitos adversos no comportamento, porque a probabilidade de causalidade pode ser sempre menor do que a não causalidade nos casos ambíguos, diminuindo-se as fronteiras da *liability* e gerando uma diminuição do nível de precaução, sendo o inverso igualmente possível. O teste *more-probable-than-not*, a envolver uma probabilidade de 50%, identificado pelo autor com *threshold probability*, é por si negado. Sem que se encaminhe para a solução diametralmente oposta, convocadora do critério *all-or-nothing*, antes aderindo à regra da *liability in proportion to probability of causation* (cf. p. 589). Segundo as suas palavras, que aqui acompanhamos de muito perto para garantir a fidelidade ao pensamento do autor, “a liability rule é sempre aplicada, mas a medida dos danos é igual ao dano gerado multiplicado pela probabilidade de que tenha sido causado pelo lesante”.

⁶¹⁴ Cf. POSNER e LANDES, *The economic structure...* cit., p. 240.

⁶¹⁵ A propósito das situações em que não é claro em que medida o acidente teria ocorrido de todo o modo, cf., na obra que temos vindo a acompanhar, p. 241 e ss., com referência às hipóteses de desenvolvimento de uma doença cancerígena com origem traumática: num acidente viário, A ficou sujeito à inalação de determinados gases, vindo depois a contrair um cancro na laringe. Um especialista testemunhou mais tarde, depondo em juízo que a referida inalação acelerou o processo patológico, enquanto outros sufragaram a tese segundo a qual não haveria uma relação causal entre o acidente e a doença. O tribunal conclui que era mais provável que o cancro não tivesse sobrevivido se o lesante tivesse evitado a lesão, o que, e sem embargo da omissão de um exercício de cálculo denunciada por POSNER e LANDES, veio a traduzir-se na linguagem dos últimos pela fórmula $\rho/v - \rho/\eta v$ com um resultado não despidendo.

Pensamos que o testemunho é sintomático daquilo que pretendemos relevar do pensamento dos autores. De um lado, denota-se a tendência para forçar os dados jurisprudenciais a vestir o figurino racional que sobre tudo derramam. Do outro, a clivagem funcionalista a induzir soluções diversas consoante um resultado matematicamente calculado para o qual o decidente nem sequer terá competência.

Pelo que, em bom rigor, não podemos concordar com a asserção segundo a qual naquele que já é conhecido como um caso de escola (dois sujeitos atiram ao mesmo tempo contra A, não se conseguindo saber qual a arma de onde foi disparado o tiro certo) a explicação economicista cabe melhor, porquanto a ideia de que, sabendo que serão responsabilizados conjuntamente, assumirão um comportamento mais cuidadoso implicará um juízo de prognose que tanto é consentâneo com a estrita normatividade como com a funcionalização que perturba o horizonte de referência judicativo. Com a agravante de, e nunca é demais sublinhá-lo, ser certo que o homem médio dificilmente levará a cabo a contabilística operação a que se alude e o decidente nem sempre estará em condições que a erigir em critério guia. Que, a ser

No fundo, o que a análise económica da responsabilidade civil se propõe é fornecer critérios de repartição do dano que garantam a maximização do bem-estar social e, para tanto, alcancem a diminuição dos custos dos acidentes⁶¹⁷.

É à luz desta perspectiva que se conseguirá aceder à intencionalidade da categoria causal quando pensada segundo a lupa dos arautos deste método de abordagem da juridicidade.

Repare-se: a preocupação não se dirige à vítima, procurando salvaguardá-la dos danos sofridos, nem tão pouco se orienta pela nota ética da responsabilização do agente pelas consequências da sua actuação livre. A tensão tradicionalmente enervadora do instituto cede lugar àquela outra que tem como horizonte próximo de referência a colectividade como um todo, num assomo que faz apanágio dos méritos do mercado, entendendo que através da auto-composição de interesses se contribuirá para o bem-estar generalizado.

Independentemente do olhar que possa ser derramado sobre os postulados, que remeteremos para momento ulterior, tanto mais que o logrado juízo sobre a sua prestabilidade forçará ao contacto com as noções de *property rights* e *liability rules*, o

aceite, suplantaria a tradicional polarização privatística para a entretecer de finalidades próprias da comunidade vista como um todo. Daí a relevância dada aos custos administrativos na consideração crítica que se faça das hipóteses de choque nervoso (cf. p. 245 e ss.). Tanto mais que o juiz, ou tomaria a equação em termos abstractos, perdendo o sentido imputacional e portanto responsabilizador mais fundo, ou teria de polarizar o cálculo contabilístico no sujeito, ainda que não concreto mas referido ao homem médio, e o escopo de optimização perder-se-ia, posto que a pressuposição da racionalidade daquele é dado não pacificamente aceite.

⁶¹⁶ Cf. quanto ao ponto, as críticas patenteadas por WRIGHT, “Actual causation vs. probabilistic linkage...”, ... cit., p. 439, onde o autor denuncia a incompatibilidade entre a maximização do bem-estar social e a causalidade e a confusão entre a *actual causation* e o *increased risk of injury*. Veja-se, ainda, no estudo citado, p. 444, considerando que a perspectiva com que os arautos da *law and economics* a previsibilidade é incorrecta, posto analisarem os casos usando uma perspectiva *ex post* e não uma perspectiva *ex ante*.

Importa, pois, que olhemos mais detidamente para o testemunho. Não raras são as vezes em que o jurista acusa autores como SHAVELL, POSNER e LANDES de confundirem um “forward-looking risks analysis” com um “backward-looking causal and foreseeability analysis” (cf. p. 444).

Alguns pontos devem ser vincados. Na verdade, o postulado de que partem os autores aponta para uma análise do problema encarado no momento temporal da prática do acto. Simplesmente, e conforme salientámos *supra*, acabam por resvalar para uma prospectiva ponderação dos riscos, tendo como horizonte de referência a maximização do bem-estar. Tal é patente em autores, como CALABRESI, que olham para o *causal linkage* de um prisma prospectivo. Orientando-se pela actividade do legislador, em homenagem ao seu quadro de pensamento, o autor preocupa-se em ligar probabilisticamente um acto a uma lesão, independentemente de para ela ter contribuído, quando a sua emergência contribua para o futuro incremento do risco de surgimento de novas lesões do mesmo tipo. Cf., numa crítica ao ponto, WRIGHT, “Actual causation vs. probabilistic linkage...”, ... cit., p. 439. Mas é-o, também, nos discursos de SHAVELL (cf. p. 446), porquanto o estabelecimento da causalidade se dê independentemente do grau de cognição do agente.

⁶¹⁷ Cf. FRANCESCO PARISI e VINCY FON, “Causalità concorrente”, *Danno e responsabilità, Problemi di responsabilità civile e assicurazioni*, anno XI, 2006, p. 701. (Veja-se, ainda, “Comparative causation”, *American Law and economics review*, vol. 6, nº2, 2004, www.ssrn.com/abstract_id=293575)

certo é que a desvelação do intento permitirá uma conclusão prévia. Pois que, se o que se busca é uma diminuição dos custos dos acidentes, então percebe-se que, para lá da capa de crítica explicativa dos critérios vigentes, exista sim uma modelação do sistema que nos conduzirá, em última instância, a problematizar o sentido da alocação de um dano a um determinado agente⁶¹⁸.

No fundo, estamos por outras palavras a sublinhar a não inocuidade da racionalidade que se mobiliza ainda que o estímulo não seja legiferante, com o que criticamos o apromatístico entendimento de POSNER e LANDES.

Ao mesmo tempo que estamos a concluir pela recondução da questão causal, no seio da *Law and Economics*, ao fulcro da justificação/fundamentação para aquela imputação delitual.

Já nos autores com que até ao momento dialogámos tal é notório, facto que leva, aos nossos olhos, à colagem entre o problema da negligência e da causalidade.

E, se assim é, percebe-se que, dando o salto para outra perspectiva economicamente informada, se equacione não a supressão do requisito, pela sua confluência com a culpabilidade, mas a possibilidade de com base nela se estabelecer a imputação, sempre que avulte um dano para o qual terão contribuído quer o lesado, quer o lesante, na esteira do que ensinava COASE.

É com este mote e sempre orientados por um ideário preventivo que os arautos da análise económica do direito mergulham na conceptualização do que vem conhecido pela *comparative causation*⁶¹⁹. O que bem se compreende, pois, se o peso da causalidade é reduzido à influência que funcionalmente derrama sob a regra da negligência, conduzindo ao acerto de soluções no plano alocativo, *maxime* para as

⁶¹⁸ Evidenciando a repercussão que uma determinada modelação do sistema ressarcitório terá em sede de causalidade, cf. GEORG L. PRIEST, “The modern expansion of torts liability: its sources, its effects, and its reform”, ... cit., p. 31-50, aqui p. 38. Considera o autor que não é o mesmo estarmos diante de um sistema que visa internalizar custos e prover pelo incremento dos seguros ou de um modelo que procure unicamente sancionar comportamentos desvaliosos. E faz repercutir essa dicotomia em sede causal, salientando que “actions were subject to liability for causing harm chiefly if they constituted the sole or exclusive source of the harm. In contrast, our modern law devoted to cost internalization focuses less upon strict causation than upon contribution to the occurrence of a harm. Any increase in risk must be regarded as a cost, and may constitute a cost worth internalizing, though it was only one of many simultaneously contributing sources of the loss”.

⁶¹⁹ Cf. GIUSEPPE DARI MATTIACCI e FRANCESCO PARISI, “The economics of tort law: a précis”, *The Elgar Companion to Law and Economics*, Edward Elgar Publishing, 2nd edition, 2006 (www.ssrn.com/paper=458701), p. 12. Afirma-se, aí, que a *comparative causation* surge no quadro das situações em que não se consegue desvelar a culpa e não obstante não se antolham razões suficientes que justifiquem a não imposição de uma obrigação de indemnização, permitindo a repartição dos danos entre os intervenientes no caso e conduzindo ao abandono do tudo ou nada.

Cf. a terminologia utilizada em FRANCESCO PARISI e VINCY FON, “Causalità concorrente”, ... cit., p. 703 e ss. Fala-se, aí, com o mesmo sentido, de causalidade concorrente e não comparativa.

situações eivadas por um grau de problematicidade acrescida, como é aquele em que há incerteza relativamente ao contributo causal de vários lesantes, não se denota desvio bastante na linha argumentativa⁶²⁰. No fundo, o que se questiona agora funcionalizadamente à maximização do bem-estar é em que termos deve ser repartido o dano gerado⁶²¹.

Simplesmente, e porque o entendimento chamado à liça acabava por gizar em termos confluentes a causalidade e a culpa, concitam-se dúvidas acerca do concreto desempenho do modelo, isto é, se a causalidade não avulta como uma categoria cuja essência se reconhece, mas ganha um cunho economicista que esbate os seus contornos difusos relativamente à culpa, como sustentar, posteriormente, um modelo segundo o qual é ela que alicerça a alocação do dano, *in totu* ou parcialmente, a uma determinada esfera subjectiva?

FRANCISCO PARISI e VINCY FON ajudam-nos no esclarecimento pretendido, tanto quanto analisam lado a lado a causalidade concorrente pura e a causalidade concorrente num regime de negligência^{622 623 624}. Note-se que os conceitos mobilizados não são

⁶²⁰ Para uma sùmula dos aspectos frisados pela análise económica do direito a propósito da causalidade, cf. GIUSEPPE DARI MATTIACCI e FRANCESCO PARISI, “The economics of tort law...”, ... cit., p. 12 e ss.

⁶²¹ Não é outra a intencionalidade que vai inculcada na nota 9 da página 703 de FRANCESCO PARISI e VINCY FON, “Causalità concorrente”,... cit. Notam os autores que “alguns estudiosos assimilaram a noção de causalidade comparativa a um sistema de responsabilidade objectiva comparativa”, sugerindo que “a responsabilidade objectiva possa ser utilizada como uma escala móvel, em vez de ponto de referência exacto”, pelo que “o princípio da causalidade pode também ser considerado como um *continuum* e quando múltiplas causas contribuem para a produção do dano a causalidade comparativa ressoa como um potencial instrumento de repartição dos danos entre as partes que contribuíram causalmente para a sua produção”.

Veja-se, porém, para maiores considerações p. 707 e ss. Releva, aí, também a dicotomização entre os sistemas da *Common Law* e da *Civil Law*, mostrando os autores que a causalidade dita comparativa foi primeiramente utilizada no seio dos segundos, nos quais, como pano de fundo, figurava a culpa como requisito de imputação delitual.

Sublinhe-se, pois, não ser de acordo com os autores a causalidade comparativa uma categoria específica da tecnocracia economicista aplicada ao direito, limitando-se eles a analisá-la à luz das categorias que predicam a última.

⁶²² Cf. FRANCESCO PARISI e VINCY FON, “Causalità concorrente”, ... cit., p. 702 e ss.

⁶²³ Mais se diga, e agora em resposta à inquietação lançada em texto, que a confluência entre culpa e causalidade a que somos conduzidos pelo pensamento de LANDES e POSNER se fica a dever, no seio de uma perspectiva economicista, à prescindibilidade da segunda, uma vez que a optimização dos níveis de prevenção vai permitir o cálculo, segundo a fórmula de *Hand*, da negligência e isso vai determinar quem deve suportar o dano. O que não impede que, em determinadas situações, não se avenge a possibilidade de o critério de alocação do dano ir para lá daquela, isto é, a possibilidade de se encontrar outro ponto de ancoragem para a justificação economicista da recondução de um determinado dano à esfera de um determinado sujeito, reservando-se para estes casos o contributo da causalidade, dita comparativa porquanto não seja possível mobilizá-la por referência exclusiva ao pretenso lesante.

Saliente-se, porém, que FRANCESCO PARISI e VINCY FON se dedicam, *mutatis mutandi*, à análise dos nichos problemáticos em que, paralelamente à aferição da negligência, se têm de combinar variáveis causais de repartição do dano. Cf. FRANCESCO PARISI e VINCY FON, “Causalità concorrente”, ... cit., p. 708 e ss. Trata-se daqueles casos em que, sendo as duas partes negligentes ou diligentes, a divisão do dano seguirá os termos da causalidade concorrente, vista como meio residual de alocação do dano.

exclusivos do horizonte discursivo em que mergulhámos incidentalmente. Pelo contrário, e independentemente da dessintonia terminológica a que podemos assistir, existem esquemas imputacionais, nos diversos ordenamentos jurídicos que prescindem do juízo culpabilístico, e interpretações deles no sentido de se basearem na pura causalidade. E, ainda que sobre eles façamos derramar o véu da suspeição, se não mesmo da rejeição, a verdade é que os autores pretendem densificar a posição e com isso afastar alguns dos anátemas que sobre eles recaem com base no ideal da eficiência, o que, se a um tempo cumpre o objectivo inicial, não satisfaz, já que leva à obnubilação do verdadeiro sentido da juridicidade e aliena o direito, apartando-o da sua essência e não garantindo a obtenção do justo.

Na medida em que, não obstante, possa ser útil para a intelecção dos contornos da categoria segundo estes pensadores, acompanharemos detidamente e de muito perto a explicitação de FRANCESCO PARISI e VINCY FON⁶²⁵.

No âmbito da causalidade concorrente pura, passa a ser elemento central das suas lucubrações o custo social de um acidente, integrado pelo custo do dano, pelo custo da adopção de medidas de segurança e pelo custo da redução do nível de actividade dos sujeitos interessados. Os benefícios privados são função do nível de actividade e da precaução [$w(z,x)$], de tal maneira que o aumento do nível de prevenção acrescenta um custo para o lesante, na medida em que acarreta a diminuição dos seus benefícios. O nível de actividade incrementa o benefício até um determinado ponto, a partir do qual o benefício marginal diminui tendo em conta o nível de prevenção. Paralelamente, olha-se para a vítima, a sua actividade e ponderam-se múltiplos factores^{626 627}, sendo, portanto, o dano função quer de x , quer de y $D(x,y)$, e assumindo-se que o dano total é $zUD(x,y)$ ⁶²⁸.

Não escondem, quanto a estas, os autores as dificuldades com que se confrontam.

Olhemos, um pouco, para o ensinamento e, numa tentativa de reportar fielmente um pensamento cuja índole escapa à mundividência do jurista, chamemos à colação a própria formulação dos autores: “Para induzir as partes a adoptar níveis óptimos de precaução e actividade deve ser criado um ponto de descontinuidade na curva de responsabilidade (...). Tanto quanto respeita ao nível de precaução, ele obtém-se, em geral, identificando um nível de precaução socialmente óptimo e utilizando-o como linha de fronteira entre a diligência e a negligência (...). Mas nenhum nível óptimo de actividade é, em regra, invocado pelas regras da responsabilidade como mecanismo de alocação dela. Tal deve-se, sobretudo, à dificuldade de estabelecer o ponto em que a actividade é eficiente e aqueloutro em que passa a ser ineficiente”.

⁶²⁴ Dos autores citados, cf., ainda, FRANCESCO PARISI e VINCY FON, “Causation and responsibility: the compensation principle from Grotius to Calabresi”, *Law and Economic Working Paper Series*, George Mason University School of Law, www.ssrn.com/abstract_id=586618 (também publicado em *Maryland Law Review*, vol. 64, nº1, 2005, p. 108-135).

⁶²⁵ O estudo já foi, por nós, citado, reproduzindo-se, portanto, aqui a indicação bibliográfica.

⁶²⁶ Cf. FRANCESCO PARISI e VINCY FON, “Causalità concorrente”, ... cit., p. 703. Matematicamente, a explicitação vem representada pelos autores segundo a função aludida, sendo que se assume que $w_x < 0$ e $w_{xz} < 0$, para cada z .

A *causal input*, entendida como a contribuição causal individual das partes na verificação do acidente⁶²⁹, afere-se tendo em conta uma miríade de elementos, reconduzidos, na simplificação dos termos, ao nível de actividade desenvolvida e ao nível de precaução assumido, ao ponto de se poder concluir que, quanto menor for o nível da primeira, menor será a correspondente contribuição causal. Do mesmo modo, quanto maior for a adopção de medidas de precaução, menor ela será⁶³⁰.

Ponto fulcral da posição exposta pelos autores é a imprestabilidade de uma consideração dos *causal inputs* em termos atomistas, já que as mais das vezes eles causam o acidente “interagindo de modo aditivo”, “multiplicativo” ou “de modo misto”⁶³¹.

⁶²⁷ Cf. FRANCESCO PARISI e VINCY FON, “Causalità concorrente”, ... cit., p. 704. Não é no isolamento da função anteriormente trazida a lume, no acompanhamento que fazemos da posição dos autores, que se encontra fidelidade ao estudo da sua proposta. Pois que aquela tem de ser complementada com outra, a partir do qual se fará a comparação. Assim, há a considerar, ainda, a função $b(u,y)$, sendo que b representa o benefício privado da vítima, sendo u o nível de actividade dela e y o nível de precaução. Mais se considera que $b_y < 0$ e $b_{yy} < 0$.

⁶²⁸ Cf. FRANCESCO PARISI e VINCY FON, “Causalità concorrente”, ... cit., p. 704.

⁶²⁹ Parece espelhar-se aqui a influência do pensamento de COASE. Porque COASE aduzia que, nas típicas situações de interacção danosa, não faz sentido falar de um sujeito como causa do dano do outro, porquanto o dano não ocorra sem a colaboração causal de ambas as partes, vem considerar importante, no concreto processo de imputação do dano ancorado em ponderações de índole eficientista, que se dê atenção biunívoca às partes envolvidas, ponderando-se, não só o comportamento do lesante, como também o do lesado. Nesta medida, a construção de um sistema delitual andaria longe dos termos causais. Cf. COASE, “The problem of social costs”, *Journal of Law and Economics*, 3, 1960, p. 13, salientando que, se discutirmos o problema em termos de causalidade, ambos são causa do dano, posto ser este recíproco na sua natureza.

Numa apreciação do pensamento de COASE, quanto ao ponto, veja-se também cf. STEPHEN R. PERRY, “Tort Law”, ... cit., p. 60. É aqui, aliás, que se ancora a mutação da fundamentação da perspectiva da *law and economics*, já que, negando-se a causação unilateral do dano, perde sentido encará-la do ponto de vista da internalização de externalidades, tanto quanto esta seja entendida como “assignment of costs to the activity that caused them”, considerando PERRY que COASE “led to the effective abandonment of internalization theories of tort law” (cf. p. 61). O enfoque é agora colocado na maximização do bem-estar social potenciado por duas actividades, conjuntamente abordadas, ainda que lateralmente uma possa causar danos. Joga-se, pois, a adesão ao teorema de COASE.

⁶³⁰ Cf. FRANCESCO PARISI e VINCY FON, “Causalità concorrente”, ... cit., p. 704. A expressão equacional oferecida pelos autores resulta em: $c^I(z,x)$ e $c^V(u,y)$, implicando I a referência ao lesante e V à vítima.

⁶³¹ Cf. FRANCESCO PARISI e VINCY FON, “Causalità concorrente”, ... cit., p. 704. Os autores falam de *causal inputs complementari* (descritos por uma relação causal de tipo multiplicativo, em que o factor da causalidade total é dado pela multiplicação dos causal inputs); de *causal inputs sostitutivi* (descritos por uma relação causal de tipo aditivo, em que a causalidade total é o resultado da soma de causal inputs). Os primeiros expressam-se na fórmula $C^I(z,x)C^V(u,y)$; os segundos representam-se segundo a equação $C^I(z,x)+C^V(u,y)$ cf. p. 705-706.

Particularmente cara à *Law and Economics* é a ideia comparatística. De um modo mais explícito, impõe-se, amiúde, como critério guia da solução um juízo comparativo.

Interessante, portanto, a este ensejo, referir as lucubrações de ROBERT COOTER e ARIEL PORAT, “Does risk to oneself increase the care owed to others? Law and economics in conflict”, ... cit.. Os autores sustentam que uma perspectiva economicista, que erija como fundamental a redução dos custos dos acidentes, deveria levar à adopção de um entendimento mais generalista da *Hand rule*, pelo que, em todos os domínios da *tort law* que imponham um juízo comparativo, se deve ter em conta também o risco para conosco mesmos.

Em qualquer dos casos, do que se trata é de procurar a “configuração das variáveis em jogo z , x , y , u ”, de modo a obter um óptimo social em termos de maximização do bem-estar⁶³². Com isto mostra-se claramente a transmutação do direito numa engenharia social, ignorando-se também de modo evidente a eticidade que deve informar o jurídico. A partir daqui, os arautos da *Law and Economics* deixam-se enredar numa miríade de equações de difícil compreensão para o jurista.

Não só, porém, de inteligibilidade se trata, pois que a crítica que mais severamente se pode desferir contra a impostação atinge-a no seu cerne⁶³³. E por isso, embora a sua acabada expressão só possa ser acutilantemente assumida em momento ulterior do nosso percurso dialógico-argumentativo, já que ela redundará na postergação em bloco do modelo de pensamento concretamente em causa, podemos confirmar algumas das ideias já anteriormente avançadas.

Se se alegar que a orientação economicista é dirigida ao legislador, fica por cumprir um momento de validade que à legislação deve ser reconhecido, posto não ficar a dimensão axiológica apagada pela assunção da lei como um mecanismo de prossecução de políticas por um determinado programador social. E se a ligarmos ao momento judicativo, então sempre teremos de sublinhar não ser essa a racionalidade que deve orientar o decidente, porque desvaliosa, porque desconhecadora da responsabilidade no sentido imanente à personalidade, e porque, do ponto de vista metodológico, a interpretação da norma se não queda na busca da vontade do legislador histórico, sequer do sentido objectivo por ela incorporado.

No plano heurístico podemos, contudo, aventar a possibilidade de não se tratar o exercício de mais do que uma forma explicitadora das soluções jurisprudenciais a que se chega. Sem êxito, porém. Na verdade, a aproblemática aceitação da irrelevância da racionalidade de que se parte para a conformação das soluções a que se chega não passa

⁶³² Cf. FRANCESCO PARISI e VINCY FON, “Causalità concorrente”, ... cit., p. 705.

⁶³³ Cf. FRANCESCO PARISI e VINCY FON, “Causalità concorrente”, ... cit., p. 708. A referência às dificuldades que o decidente enfrenta nesta óptica diante de casos em que tem de tentar estabelecer o nível óptimo de actividade das partes em confronto mostra claramente que, além de dificuldades cognitivas, são problemas de ordem prático-normativa que o enredam. Pois que, se admitem ser possível traçar os níveis óptimos de precaução com recurso a elementos objectiváveis, o mesmo não se verifica no que respeita aos níveis de actividade. Na verdade, salientam os autores que tais índices só podem ser individualizados considerando a informação privada das partes, porquanto inclua o valor subjectivo do indivíduo que leva a cabo a actividade potenciadora do risco.

Relevamos das palavras citadas uma outra nota, não despidiêda, e que se presta a servir de ponto de ancoragem de uma das críticas que mais veementemente desferiremos contra a análise económica da responsabilidade civil. Pois que o que resulta das lucubrações dos autores não é mais do que a assunção de um critério que extravasa a intencionalidade privatística, chamando à colação a objectivação de critérios que obnubilam, assim, o pendor eticista e axiológico que informa a responsabilidade.

disso mesmo: de uma problemática aceitação, sem correspondência com a realidade dos factos. Pelo que decai, desde logo, a hipótese⁶³⁴.

Contudo, não ficamos desonerados de prosseguir o nosso diálogo, ainda que sincopado, ou seja, não podemos deixar de olhar para alguns critérios precisos consagrados sobretudo em certos precedentes jurisdicionais da *Common Law*. Efectivamente, se os mesmos parecem transpirar uma justificação muito próxima da que aqui se recebe, ao que acresce a equiparação explícita entre os termos que temos mobilizado e esses arrimos criteriológicos por parte de alguns autores⁶³⁵, não se poderá esquecer que há diversas perspectivas à luz das quais esses critérios podem ser pensados.

Pensemos, *v.g.*, na doutrina do *market-share liability*^{636 637 638}. Em causa estaria uma tentativa de encontrar uma solução para casos como o que é relatado no precedente

⁶³⁴ Cf. FRANCESCO PARISI e VINCY FON, “Causalità concorrente”, ... cit., p. 711. Os autores expressamente referem a distância que separa um modelo tradicional de responsabilidade, em que ou o jurista se ancora no princípio da culpa, e em caso de falência desta a vítima suporta todo o prejuízo, ou se estriba num sistema de responsabilidade objectiva e o dano é imputado ao lesante, e uma visão que chame à colação o princípio da causalidade concorrente. O mérito deste passaria pela viabilização de soluções que se afastassem do tudo ou nada. Sem que tal implique inelutavelmente a assunção de uma racionalidade tecnocrática, pois que a aceitabilidade de zonas de fronteira não é exclusiva dela. Pelo que, em bom rigor, o que criticamos em texto não passa por uma maior atenção ao caso concreto e pela busca de soluções de compromisso, mas pela matização delas com as notas da eficiência económica.

Saliente-se, igualmente, que os autores, num outro estudo, falam expressamente de dois modelos de compreensão da *comparative causation* (FRANCESCO PARISI e VINCY FON, “Causation and responsibility...”, ... cit., p. 30 e ss. Ao *pure causal approach*, baseado só na actuação de índices observáveis de causalidade como o nível de actividade, o índice estatístico de perigosidade dela, etc, contrapõem o *mixed normative approach*, no qual os coeficientes causais são sopesados com considerações extracausais e juízos de valor).

⁶³⁵ Para uma análise económica da responsabilidade civil, onde se indagam as suas verdadeiras finalidades e se patenteia uma crítica a uma ideia causalista pura, entretanto convertida em critérios eficientistas com um cunho imputacional, cf. SALVADOR CODERCH e CARLOS GÓMEZ LIGÜERRE, “El derecho de daños y la minimización de los costes de los accidentes”, *Indret*, 1/2005, www.indret.com. [cf. também PABLO SALVADOR e CARLOS GÓMEZ, “El derecho de daños y la minimización de los costes de los accidentes”, *Sub Iudice, Justiça e Sociedade*, nº34, 2006, p. 11 e ss.

⁶³⁶ Cf., num dos estudos que temos vindo a acompanhar, FRANCESCO PARISI e VINCY FON, “Causalità concorrente”, ... cit., p. 704, nota 15. Do primeiro autor citado, e sobre a origem da doutrina do *market-share liability*, remontando à prática jurisprudencial norte-americana, cf. FRANCESCO PARISI e GIAMPAOLO FREZZA, “Causalità stocastica”, ... cit., p. 832.

⁶³⁷ Próxima dela encontraríamos a *risk contribution theory*. Nesta, para além da quota de mercado, entrarse-ia em linha de consideração com outros factores como sejam o grau de antiguidade da conduta e o grau de culpa. Cf. DONALD G. GIFFORD, “The Death of causation: mass products torts’ incomplete incorporation of social welfare principles”, ... cit., p. 60-61.

Outras formas de lidar, no seio do ordenamento jurídico norte-americano, com as questões atinentes à prova passam pela ideia de *risk creation*. A este propósito, cf. CHRISTOPHER SCHROEDER, “Corrective justice, liability for risks, and tort law”, *UCLA Law Review*, 38, 1990, p. 143 e ss. O autor considera que aqueles que assumem um comportamento arriscado não devem ser responsabilizados em relação às particulares pessoas que sofrem danos, mas devem contribuir para um fundo comum, que servirá para compensar todos os que são lesados por aqueles riscos. Na base da defesa de tal posição, encontramos a recusa da arbitrariedade que implica a responsabilização com base na causalidade. Do autor, cf., ainda, “Causation, compensation, and moral responsibility”, *Philosophical Foundations of Tort Law*, DAVID G.

OWEN (ed.)... cit. e “Corrective justice and liability for increasing risks”, *UCLA Law Review*, 37, 1990, p. 439 e ss.

Veja-se, ainda, a doutrina do *least-cost avoider*, que conduz à imputação do dano àquele que está em condições de melhor controlar a situação, que é, em geral, aquele para quem ela é geradora de benefícios. Cf., ainda, a propósito da doutrina do *cheapest cost avoider*, Cf. RONEN PERRY, “Relational economic loss: an integrated economics justification for the exclusionary rule”, *Rutgers Law Review*, vol. 56:3, p. 715 e ss., em especial p. 749 e ss., onde se evidencia a abrangência da doutrina para lá do tratamento particular do problema da causalidade.

Explicita o autor que em alguns casos de *relational loss* não ocorre um verdadeiro dano social, na medida em que é contrabalançado pelos correspondentes ganhos, razão pela qual se indaga se é economicamente desejável impor a responsabilidade nestas situações. A resposta é encontrada ao nível do *cheapest cost avoider*. Na verdade, no quadro da análise económica do direito, o direito delitual surge como mecanismo que providencia incentivos para mudanças comportamentais que podem reduzir o dano esperado. Se ele pode ser eliminado ou reduzido quer pela alteração da potencial vítima, quer pela alteração do potencial lesante e se a combinação das duas mudanças não reduzem o dano esperado mais do que cada um separadamente, então há que determinar qual delas comporta menos custos, ou seja, quem é o *cheapest cost avoider*. Sendo o potencial lesante, então a responsabilidade deve ser imposta; sendo o potencial lesado, a melhor solução é a exclusão dela. Em suma, a compensação deve existir quando a potencial vítima é capaz de prevenir os seus próprios danos e tenta fazê-lo e o potencial lesante é o *cheapest cost avoider* de tal dano.

Como ilustração da teoria, RONEN PERRY chama à colação um exemplo que, situando-se nos antípodas do modo como perspectivamos o problema imputacional, não deixa de nos dizer muito pela identidade problemática que apresenta com aqueles outros casos que tratámos em *Responsabilidade versus liberdade...* cit.

Olhemos, então, para a explicitação do autor: B é um construtor contratado para levar a cabo escavações numa área industrial; se B levar a cabo o seu trabalho sem nenhuma precaução, há uma probabilidade de 10% de que um cabo de fornecimento de electricidade a A seja cortado. Arranjá-lo vai custar \$100 (Dano esperado para a companhia eléctrica é de \$10); A vai perder \$ 700 de lucros durante a reparação (o dano esperado é de \$ 70). Os concorrentes de A vão aumentar a sua produção facilmente durante a reparação e não há nenhum custo social para além dela. A pode prevenir o dano contratando um experiente supervisor por \$ 200 ou instalando um sistema de *stand-by* durante a operação, o que lhe custará \$ 50. B pode prevenir o acidente por \$ 30 (custo de ter mapas detalhados para fornecer informações precisas a quem manobra a retroescavadora). De um ponto de vista económico, nenhuma precaução deve ser tomada no sentido de evitar o acidente. O *cheapest cost avoider* da prevenção (\$ 30) é mais elevado que o dano social esperado (\$10). Ao mesmo tempo, constata-se que, se a responsabilidade não for imposta, A vai instalar um sistema de *stand-by*, sendo o custo privado da instalação (\$ 50) mais pequeno que o dano privado esperado (\$ 70). Segundo RONEN PERRY, o direito delitual, nestas situações, não permite encontrar a melhor solução, mas tão-só a segunda melhor opção (prevenção do acidente por B, assumindo que isso irá induzir A a não instalar o sistema de protecção). Tornar B responsável por todos os danos implica que se analisem três questões (cf. p. 750): “a) pode a potencial vítima prevenir o seu dano?; b) vai a potencial vítima escolher preveni-lo se não for indemnizável?; c) em que medida o custo de prevenção pelo potencial lesante é menor do que o custo de evitar o dano pela potencial vítima?”. A resposta negativa a uma delas implica a exclusão da responsabilidade como a melhor solução.

Dois são os dados que, incontornavelmente, ressaltam da exposição do pensamento do autor, ancorado na visão de CALABRESI acerca do problema delitual: de um lado, a radicalidade com que o instituto é apreendido torna dispensável a causalidade, donde, se bem que anunciado como doutrina de tratamento do requisito no seio da *law and economics*, se constata que o *cheapest cost avoider* ultrapassa em muito a intencionalidade criteriológica com que poderia ser olhado; de outro, a solução dispensada para o caso concretamente tratado choca com a resposta que demos aos *cable cases*, exactamente porque recusámos a visão tecnocrática para abraçar o personalismo ético contaminador da intencionalidade jurídica, sem a qual ela não o é verdadeiramente.

⁶³⁸ A bibliografia acerca do *market-share liability* é vastíssima. Sem embargo de ulteriores precisões, cf., *inter alia*, GUIDO CALABRESI, “Concerning cause and the law of torts. An essay for Harry Kalven Jr.”, *University of Chicago Law Review*, 43, 1975, p. 69 e ss.; DEVRA L. GOLBE e LAWRENCE J. WHITE, “Market share liability and its alternatives”, *Social Science Research Network Electronic Paper Collection*, NY University Center for Law and Business, 1999 (www.papers.ssrn.com/paper.taf?abstract_id=209809) [analisando a doutrina da *market-share liability* e a doutrina da *multiple liability*. No primeiro caso, cada um dos produtores pagaria da indemnização o correspondente à sua quota de mercado; no segundo caso, cada um dos potenciais lesantes pagaria a

Sindell v. Abbott Laboratories: cerca de 200.000 mulheres foram tratadas, nas décadas de 50 a 70 do séc. XX, nos EUA e em vários países da Europa, com o *dietilstilbestrol*, um medicamento composto por estrogéneo que era ministrado para evitar ou diminuir o risco de aborto. Mais tarde, descobriu-se que a ingestão do referido medicamento determinou o aparecimento de adenocarcinoma do útero nas filhas das mulheres que o receberam durante a gravidez. Aumentou-se, ainda, o risco de desenvolvimento de cancro da mama naquelas mulheres que consumiram o DES. No que respeita aos filhos, verificaram-se casos de malformações genitais, incremento do risco de cancro do testículo, infertilidade, diminuição do volume de esperma. Sindell era filha de uma mulher que tinha consumido DES durante a gravidez e veio a sofrer de cancro do colo do útero e não conseguia identificar o concreto produtor do fármaco que a vitimou. Propôs uma acção contra vários laboratórios que representavam 90% do mercado do

totalidade dos danos]; SUSAN ROSE-ACKERMAN, “Market-share allocations in tort law: strengths and weaknesses”, *Journal of Legal Studies*, n.19, 1990, p. 739-746; DWORKIN/SOLLER, “Market-share liability: proposals for application”, *American Business Law Journal*, 19, 1982, p. 523 e ss. FISCHER, “Products liability – An analysis of Market-share liability”, *Vanderbilt Law Review*, 34, 1981, p. 1623 e ss.; JOÃO CALVÃO DA SILVA, “Causalidade alternativa...”, ... cit., p. 465 e ss.; BENJAMIN C. ZIPURSKY, “Evidence, Unfairness and market-share liability: a comment on Geistfeld”, *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 156, p. 126 e ss.; MARK A. GEISTFELD, “Social value as a policy-based limitation of the ordinary duty to exercise reasonable care”, *Wake Forest Law Review*, vol. 44, p. 899 e ss.; ID., “The doctrinal unity of alternative liability and market-share liability”, *University of Pennsylvania Law Review*, nº155, p. 498 e ss.; GLEN O. ROBINSON, “Multiple causation in tort law: reflections on the DES cases”, *Vanderbilt Law Review*, nº68, 1982, p. 713 e ss.; STATHIS BANAKAS, “European Tort Law: is it possible?”, *European Review of Private Law*, 3, 2002, p. 363-375, em especial p. 372; DIANA MONTENEGRO DA SILVEIRA, *Responsabilidade civil por danos causados por medicamentos defeituosos*, ... cit., p. 192 e ss.; ALBERT AZAGRA MALO, *Causalidad tóxica y responsabilidad por cuota de incremento de riesgo*, Barcelona, 2006, www.indret.com

Para uma mais apurada consideração dos pressupostos de mobilização da doutrina, em especial a questão de saber se se deve ou não exigir a fungibilidade do bem criador do risco, cf. ALLEN ROSTRON, “Beyond Market-share liability: a theory of proportional share liability for nonfungible products”, *UCLA Law Review*, 52, 2004, p. 151 e ss., em especial p. 163/167 (distinguindo três dimensões da fungibilidade, a *functional indistinguishability*, *physical indistinguishability* e a *uniformity of risk*) e p. 168/168 (considerando que para a sua teoria – amplificadora do *market-share liability* e denominada por *proportional share liability* – é irrelevante a ideia de fungibilidade) e DONALD G. GIFFORD e PAOLO PASICOLAN, “Market-share liability beyond DES cases: the solution to the causation dilemma in lead paint litigation?”, *Law Review*, version 4:24, 2006, p. 1 e ss., www.ssrn.com/abstract=898612, p. 10/11, falando de três requisitos: uniformidade do risco (a qual pode, nos termos do *Draft Restatement (Third) of Torts*, ser desdobrada em *uniformity of product identity*, *uniformity of either product defectiveness or the manufacturer’s other tortious conduct*, *uniformity of degree of risk* – cf. p. 56), impossibilidade de identificação dos reais causadores do dano, capacidade judicial de determinar as quotas de mercado de um modo que façam algum sentido.

Sobre o *market-share theory*, cf., ainda, BASIL MARKESINIS, ANGUS JOHNSTON e SIMON DEAKIN, *Markesinis and Deakin’s Tort Law*, ...cit., p. 249 e ss., fazendo remontar o acolhimento jurisprudencial da doutrina às dificuldades patenteadas pelos critérios condicionais, ancorados numa ideia de contrafactualidade [o seu desenvolvimento ficou sobretudo ligado à responsabilidade do produtor, sempre que o lesado não conseguisse provar em concreto qual o produto que efectivamente o lesou, ou o produto foi fabricado por uma infinidade de empresas e distribuído por outras tantas. Diferentes jurisdições sustentaram, então, a *market-share causation theory*].

Outras considerações serão expendidas, *infra*, quando dialogarmos com as situações de causalidade alternativa.

fármaco. O Supremo Tribunal da Califórnia condenou os diversos produtores a indemnizar as vítimas independentemente do facto de não ter ficado provado o nexo de causalidade entre os danos sofridos pelas vítimas e o consumo dos medicamentos, tendo a indemnização sido fixada de acordo com a quota de mercado que cada um detinha⁶³⁹. A chamada à colação de mecanismos de colectivização da causalidade como esse não tem de se estribar necessariamente em referentes economicistas de maximização do bem-estar social. Se eles animam a discussão a que se assiste em torno de posições como a referida, nem sempre os termos apresentam uma conexão de fungibilidade. Tanto mais que podem ser preocupações atinentes ao justo, em face da prova diabólica com que partes e decidente se confrontam quando têm de lidar com o tema, que instam ao seu desenvolvimento^{640 641 642 643} O que, por outro lado, não obsta a que seja essa a

⁶³⁹ Cf., *inter alia*, DIANA MONTENEGRO DA SILVEIRA, *Responsabilidade civil ... cit.*, p. 192 e ss.

⁶⁴⁰ Cf. DONALD G. GIFFORD, “The death of causation: mass products torts’ incomplete incorporation of social welfare principles”, ... cit., p. 4 e ss. [mostra-se crítico da posição sufragadora do abandono do requisito causal, contando que o juízo a proferir pelo decidente tenha de se compatibilizar com os dados normativos consagrados intra-sistematicamente – cf. p. 2. Note-se que a linha de fronteira entre os autores que, debruçando-se sobre a causalidade, defendem a eliminação ou enfraquecimento do requisito e aqueles que defendem a manutenção do *status quo* é traçada por GIFFORD com base na assunção de uma finalidade instrumental ou de uma justiça de tipo correctivo, respectivamente. Tal percebe-se, posto poderem-se basear os primeiros na mobilização de um modelo análogo aos sistemas securitários, como já anteriormente tínhamos referido – cf. p. 8. Sobre o ponto e também do autor, cf. “The challenge to the individual causation requirement in mass products torts”, ...cit.].

A propósito da doutrina do *market-share liability*, à qual aportamos, então, na duplicidade de perspectivas – funcionalização da responsabilidade, pela aproximação aos modelos securitários e resolução de dilemas ao nível probatório –, GIFFORD salienta que a maioria dos tribunais se limitou a aplicá-la nos famosos casos DES, apresentando como justificação duas ordens de razões: a) os juízes não se mostram aptos a determinar a quota de mercado de cada produtor; b) o carácter dilatatório da produção do dano, a implicar que as empresas que ocupam o mercado à data da ocorrência dele possam não ser as mesmas de outrora. E sublinha que não se trata de uma forma de excluir a relevância causal, mas um modo heterodoxo de lidar com ela (cf. p. 56-57).

Em “The challenge to the individual causation requirement in mass products torts”,... cit., p. 43 e ss., apresenta outras perspectivas de resolução dos *mass products torts* e das dilemáticas questões que patenteiam a propósito da causalidade: a) *concurrent causation resulting in indivisible harm* (p. 45), segundo o que um *tortious act* de dois ou mais agentes que sejam *cause-in-fact* de uma lesão indivisível da vítima conduz à responsabilização de ambos (acrescenta o autor que, “sendo *cause-in-fact* da lesão da vítima, não estamos diante de um caso em que ela seja indemnizada sem prova de que um particular lesante causou o dano, mas os tribunais, por vezes, aplicam a causalidade concorrente de maneira que permite ao lesado ser ressarcido sem identificar o particular lesante cujos produtos lhe causaram a lesão”); b) *alternative liability*, que, tendo origem no clássico caso dos caçadores, *Sumner v. Tice*, no qual um caçador foi atingido a tiro no olho por um dos seus companheiros, não se conseguindo discernir qual dos tiros foi, de facto, causa do dano, vem permitir que, apesar das actuações independentes, porque cada um agiu negligentemente, deve suportar o ónus de provar que o seu comportamento não foi causa do dano [cf., porém, para uma diferença entre os *mass torts* e os casos como *Sumner v. Tice*, p. 48 e ss. e p. 51 e ss., sublinhando, designadamente, o facto de nem todos os possíveis produtores de bens que putativamente possam ter causado o dano à vítima serem chamados à liça]; c) *industry-wide liability* ou *enterprise liability* e *concert of action* ou *civil conspiracy*, nos termos das quais os produtores são vistos como agentes conjuntos ou cooperantes. A primeira teria sido rejeitada pela maioria dos tribunais; a segunda implica que se prove que os produtores prosseguiram um plano comum, partilhando a intenção de alcançar um objecto ilícito – *civil conspiracy* – ou actuando de modo *tortious* enquanto agem concertadamente – *concert of action* – cf. p. 60 e ss.

⁶⁴¹ Cf., *inter alia*, EMMANUEL TREUIL, *La preuve en droit de l'environnement*, Sorbonne, Paris, 2002. O autor fala de uma colectivização da noção denexo de causalidade, denotando a influência do ordenamento jurídico norte-americano, a que se chegaria como resultado dos problemas particularmente dramáticos que, em determinados domínios, se enfrentariam a propósito da prova, designadamente em matéria de direito ambiental.

⁶⁴² Importa salientar que o *market-share liability* não pode, por antonomásia, ser visto como a doutrina representativa da corrente do pensamento jurídico conhecido pela *law and economics*. Não só é possível olhar para o critério de um prisma não eficientista, como a distribuição de riscos pode, nesse quadro economicamente densificado, ser determinante de outras soluções.

O dado já transparece nas notas precedentes, mas convém, numa tentativa de intelecção da complexidade subjacente ao modelo aqui criticado, não esquecer, por exemplo, o testemunho de CALABRESI acerca da referida distribuição dos riscos. É que, se em causa está uma concepção de alocação dos riscos e perdas, em bom rigor ela não se impunha inexoravelmente com os contornos que esta doutrina pantenteia. Consoante os postulados económicos de que se parta, assim poderão ser diversas as soluções a propor. Cf. CALABRESI, “Some thoughts on risk distribution...”, ... cit., p. 500. Note-se que o autor não se debruça sobre o tópico da causalidade, mas de uma forma macroscópica, nem por isso pouco densificada, sobre a justificação para a própria alocação dos danos. A busca do fundamento – animado pela finalidade de diminuição dos custos sociais – é feita à luz da racionalidade economicista e pode levar à chamada à colação de múltiplas justificações. Para uma análise delas, cf. p. 517 e ss. E não poderá deixar de se repercutir numa conformação precisa do arrimo causal. Importa, contudo, não esquecer que o pensamento de CALABRESI pode levar-nos mais longe, justificando a abdicação do modelo dos *torts* por outro que seja mais eficiente.

Não raras são, de facto, as vezes em que o problema da causalidade surge, neste horizonte discursivo, pensado como via de fundamentação da responsabilidade. Ou dito de outro modo e retomando algumas das considerações antecedentes, afastam-se os autores das doutrinas que, de inspiração veneziana ou outra, sustentam poder a responsabilidade ancorar-se no puro requisito causal. E imbuem as lucubrações a que dão azo com o manto da economicidade. Note-se que, tendo recusado a importância do requisito causal, e procurando depois a reconciliação dos seus postulados com o pressuposto, CALABRESI pode ser nomeado como defensor da doutrina do *cheapest cost-avoider*.

Acerca da doutrina protagonizada por VENEZIAN e, mais amplamente, acerca da (im)possibilidade de configurar a responsabilidade civil como um pura responsabilidade causal, veja-se o que se dirá *infra*.

A propósito do afastamento, orientado por uma visão tecnocrática, do figurino puramente causal da responsabilidade, cf. FRANCESCO PARISI e GIAMPAOLO FREZZA, “La responsabilità stocastica”, *Responsabilità civile e previdenza*, vol. LXIII, nº3, 1998, p. 824-847. Atentemos no propósito delineado pelos autores, como mote de investigação. Dizem-nos, a pág. 824 e ss., que “o presente estudo intenta analisar as recentes tentativas da jurisprudência e doutrinas norte-americanas em vista a elaborar novos critérios de imputação da responsabilidade que transcenda os tradicionais parâmetros da causalidade” [tradução nossa]. Se na base dele encontramos aqueles casos que, redundando numa prova diabólica do nexocausal, levam o jurista a cogitar soluções que prescindam da certeza probatória, os autores seguem, a partir dela, dois caminhos que se cruzam na fundamentação a que conduzem. De um lado, procuram analisar a possibilidade de extrapolação a partir dos casos eivados com um grau de problematidade acrescida, erigindo, assim, uma regra geral de imputação em todas as situações em que exista o concurso de mais do que um lesante na produção do dano. Do outro, fazem descer sobre a dita *responsabilità stocastica* o manto da eficiência económica, indagando, portanto, se a solução avançada é ou não consentânea com o modelo de racionalidade de que partem. [Acerca da responsabilidade *stocastica*, vide, igualmente, RANIERO BORDON, *Il nesso di causalità... cit.*, p. 104 e ss., onde se explica que, por via dela, se procura imputar a responsabilidade de acordo com parâmetros probabilísticos de causalidade, como o volume de actividade ou a quota de mercado. Refira-se que o autor alerta para o facto de, com isto, aportarmos a soluções injustas – cf. p. 105].

Donde três são as traves mestras de intelecção do estudo dos autores: dimensão probatória e concurso de responsabilidades; edificação de um sistema de imputação, em termos gerais, que prescinda da causalidade entendida em termos estritos; conformação economicista da solução pensada em termos gerais.

Se o primeiro dado, atinente à incerteza causal, é de tal modo claro que dele se não pode desconfiar; se o segundo dado pode fazer lembrar as nossas preocupações, o terceiro elemento que se convoca concita – já o sabemos – a nossa veemente crítica.

E se isso é bastante para *avant la lettre* desmerecermos a proposta de PARISI e FREZZA, nem por isso devemos abdicar do acompanhamento do seu pensamento, do qual daremos eco fragmentadamente, sempre que tal se afigure pertinente, já que o mesmo permite perceber em que medida a causalidade não

logra satisfazer o desiderato imputacional que lhe é dirigido, em termos prático-normativos, ao que acrescentaremos a dimensão axiológica. Mas permitir-nos-á ainda inteligir que, mais ou menos conscientemente, à causalidade – que afinal não é puramente causal – se vem, por parte de alguns sectores, pedindo mais do que o cumprimento do papel de simples requisito da responsabilidade extracontratual, já que a mesma passa a ser questionada em termos de possível âncora de todo o modelo que se erige.

Nota última para dar conta da circunscrição temática a que já aludimos. De facto, ainda que ressoe, por vezes, a extrapolação do discurso, parece certo aterem-se os autores na pesquisa das situações em que há o contributo de mais do que um agente para o surgimento do ilícito. E relativamente a elas não deixa de estar presente a dualidade: imputação com base na causalidade ou com base na contribuição para o risco. Não é, aliás, estranho a isso o facto de, no âmbito da investigação, se orientarem pela questão da responsabilidade civil por danos causados em massa por produtos tóxicos.

Importantíssima, pois, a taxonomia apresentada pelos insignes juristas das possíveis formas de abordagem do fenómeno. É que, em sintonia com a referência economicista ao *market-share liability*, falam, a pág. 831, da teoria da responsabilidade pela divisão do mercado (cf. p. 833, onde explicitam não ser ela mais do que uma expressão da anterior, consagrada pelo precedente *Hall v. E. I. Dupont De Nemours & Co. (18)*). Note-se que em tudo o que vai dito por PARISI e FREEZE se denota claramente estarem os arrimos problemáticos intimamente ligados ao que classicamente era conhecido pelo problema da *causation in fact*, também entendida como condicionalidade), da teoria da contribuição para o risco (ou doutrina da criação do risco, segundo a qual seria bastante a criação de uma esfera de risco contra a comunidade para se poder resolver positivamente a questão imputacional. Na base da sua construção teria estado a produção de um dano, diferido no tempo, depois de no passado a mãe ter consumido uma substância farmacológica potencialmente causadora daqueles efeitos no filho, que apenas se denotaram 17 anos após o nascimento. Com isto, alcança-se uma inversão do ónus da prova, não se devendo confundir, consoante o alerta dos estudiosos, esta doutrina com aquela outra que, tendo sido forjada por ROBINSON, é conhecida pela teoria do risco contributivo puro – cf. p. 835. A diferença reside no facto de aqui, ao contrário de ali, a criação do risco não conduzir simplesmente a um reajuste de forças em termos probatórios, mas sim levar *de per se* à responsabilização do sujeito que lhe deu azo. Citam, ainda, os autores o estudo de ROBINSON, publicado no *Journal of Legal Studies*, 14, 1985, p. 779 e ss. – “Probabilistic causation and Compensation of Tortious Risk” – que, oportunamente e a partir desta indicação bibliográfica, consultámos, segundo o qual a teoria do risco contributivo puro é especificada ainda em atenção à criação irrazoável de um risco, ainda que não acompanhado de um dano actual. Em análise, pois, a problemática próxima do dano da perda de chance, a que a seu tempo nos referiremos), da teoria da responsabilidade pelo exercício da empresa, da teoria da acção concertada (tal teoria importaria que o agente 1. levasse a cabo uma acção concertada com outro sujeito; 2. tivesse consciência da conduta ilícita de um outro sujeito e para ela contribuisse com substancial encorajamento ou assistência; 3. assistisse à conduta ilícita de outro sujeito e, através da sua própria e separada acção, participasse no ilícito. Cf. p. 833, mostrando como, a par da problemática causal, se colocam problemas atinentes à autoria) e da teoria da responsabilidade alternativa (lidando com questões de inversão do ónus da prova e inspirando-se na preocupação com as vítimas. Cf. p. 834). Em todas elas, propõem uma visão funcionalizada e mostram como, sendo pensadas para contornar as aporias com que se confrontam em sede causal, acabam por se arvorar – alternativamente – em modelos fundacionais da responsabilidade. O erro não está, pois, na marginalização da causalidade entendida em sentido estrito mas no acobreado eficientista com que a mesma passa a ser olhada. Paradigmática disso é a análise económica que encetam a partir da p. 836.

Mais se diga que as doutrinas em questão foram, inicialmente, pensadas para fazer face à dita causalidade de facto, pois o problema residia na não possibilidade de fixação com o nível de certeza pretendido do grau de contribuição de cada um dos agentes para a produção do dano.

Cf., quanto ao ponto, novamente, CHRISTOPHER SCHROEDER, “Corrective justice, liability for risks, and tort law”, ... cit., p. 143 e ss. e a sua consideração de « que aqueles que assumem um comportamento arriscado não devem ser responsabilizados em relação às particulares pessoas que sofrem danos, mas devem contribuir para um fundo comum, que servirá para compensar todos os que são lesados por aqueles riscos. Na base da defesa de tal posição, encontramos – afirmamo-lo também uma vez mais – a recusa da arbitrariedade que implica a responsabilização com base na causalidade. Do autor, cf., ainda, “Causation, compensation, and social responsibility”, ... cit., p. 347 e ss.

⁶⁴³ Saliente-se, ainda, que muitos entendem ser possível a conciliação entre uma visão não economicista da responsabilidade civil e a doutrina do *market-share liability*. Nesse sentido, cf. ARTHUR RIPSTEIN e BENJAMIN C. ZIPURSKY, “Corrective justice in an age of mass torts”, ... cit., p. 231 e ss., onde sustentam que algumas formas da teoria são compatíveis com a justiça correctiva [note-se que, na argumentação dos autores, não se opta pela consideração da actuação concertada dos agentes, porque os Tribunais

intencionalidade central das doutrinas a que aportamos. Ou pelo menos de parte delas ou, melhor dizendo, de um certo enfoque sobre elas derramado. A sua aceitabilidade questiona-se, portanto, a dois níveis: no plano da fundamentação da normatividade, conduzindo, como é fácil de perceber, à nossa rejeição de princípio, por contender com a intencionalidade predicativa dela; no plano dogmático, levando a perscrutar se, uma

estadunidenses continuam a olhar para casos de lesão em massa como situações em que um particular lesante viola a esfera de uma particular vítima. Para tanto, e considerando o problema ao nível dos *evidentary standards*, ou seja, em termos processuais de prova, sustentam a imprescindibilidade de se admitir a possibilidade dos demandados, individualmente, virem ilidir a presunção que sobre eles recai, pela prova de que o dano concretamente experimentado não se deveu ao seu comportamento ou, no caso, ao produto por si fabricado ou colocado no mercado. Afastam-se, assim, na explicitação de certos precedentes jurisdicionais, claramente da consideração economicista de uma doutrina do *market-share liability* que mais não faria do que operar a substituição da responsabilidade civil por um mecanismo de administração de custos de danos. Para uma análise dos dois precedentes postos em confronto, *vide* p. 215: *Sindell v. Abbott Laboratories* (no qual se considera que, num caso em que há uma multiplicidade de lesados por as suas mães terem consumido um medicamento que, já em idade adulta, veio a provocar às filhas um cancro nos ovários, tendo aquele sido produzido por uma multiplicidade de laboratórios, sem que seja possível identificar o produtor concreto daquele que foi pela progenitora da demandante utilizado, os fabricantes que sejam localizados devem ser responsabilizados na proporção da sua quota de mercado, permitindo, não obstante, que qualquer um deles obste ao pagamento da indemnização através da prova de que a droga por si introduzida no mercado não podia ter causado aquela lesão) e *Hymowitz v. Eli Lilly, Co.* (no qual, numa situação análoga, se dispensou o requisito da causalidade e não se admitiu a defesa anteriormente referida)].

Veja-se, ainda, a este propósito, COLEMAN, *Risks and Wrongs*, Cambridge University Press, Cambridge, 1992, p. 402-404, questionando se é possível compatibilizar a justiça correctiva com um sistema delitual não assente na responsabilização do causador do dano, mas na imputação àqueles que actuaram de forma culposa, de acordo com a sua posição no mercado. Para uma crítica ao modelo cogitado por COLEMAN, cf. novamente RIPSTEIN e ZIPURSKY, *op. cit.*, p. 228 e salientando que pelo mesmo corremos o risco de chegar a um esquema administrativo que junte todas as pessoas que actuaram negligentemente num *at-fault pool*. Refira-se, ademais, que COLEMAN (*op. cit.*, p. 405-406) considera contraditório que o risco não seja visto como um dano e que depois se viabilize a indemnização com fundamento na criação dele, pelo que a responsabilidade sem prova da causalidade individual seria vista como algo separado da justiça correctiva, aproximando-se de um sistema de *social insurance* ou um sistema alternativo de compensação.

Também WRIGHT, “Causation, Responsibility, Risk, Probability, Naked Statistics and Proof: Pruning the Bramble Bush by Clarifying the Concepts”, ... *cit.*, p. 1073, por referência ao caso *Sindell v. Abbott Laboratories*, dá conta que, se cada lesante for responsável pela sua quota de exposição ao risco, não existe nenhum conflito com a justiça correctiva, impondo-se, para tanto, a prova de que cada lesante cria uma exposição ao risco que conduz ao dano; e GLEN O. ROBINSON, “Multiple causation in tort law: reflections on the DES cases”, ... *cit.*, p. 739, considera que a justificação da *market-share liability theory* com base numa ideia de *justice* apenas requer que o lesante responsável seja um dos que criou o *risk of injury*.

De WRIGHT, cf., ainda, “Actual causation vs. Probabilistic Linkage: The Bane of Economic Analysis”, ... *cit.*, p. 435-456. O autor liga a insustentabilidade de se enervar o discurso jurídico com intencionalidades que lhe são espúrias com o perigo da pequena densificação dos conceitos causais, propondo, por isso, a substituição do *but-for test* pelo *NESS-test*. Sobre o ponto, teceremos adiante maiores desenvolvimentos. São suas as palavras: “os defensores dos *Critical Legal Studies*, os economistas jurídicos, os libertários procuram usar a confusão para ferir a posição tradicional e impor a sua própria”, concluindo por isso da urgência de se repensarem os problemas. Cf., novamente, “Causation, Responsibility, Risk, Probability, ...” ... *cit.* p. 1002. O afastamento meritório das posições aludidas acabaria por fazer o autor resvalar para a adopção, também não merecedora do maior crédito aos nossos olhos, de uma visão intuitiva da causalidade.

vez inteligida à luz da noção de justo e responsabilidade, pode ou não servir de critério guia de um juízo decisório normativamente fundado^{644 645}.

Quer isto dizer que, até onde seja viável olhar para o *market-share liability* (e para outras doutrinas que surgem paredes-meias com este critério) de um prisma não economicamente cunhado, salvaguardando assim a intencionalidade especificamente jurídica que deve colorir qualquer arrimo jurídico, pode problematizar-se a sua bondade. Onde, logicamente, se chega a um binómio: ou ele é entendido do ponto de vista efficientista e, em harmonia com o que ficou dito, fica arredado do nosso horizonte discursivo; ou ele é cogitado à luz da pressuposição da juridicidade e pode, no plano dogmático, ser ou não defensável⁶⁴⁶. A resposta a esta questão ficará, contudo,

⁶⁴⁴ Sobre a possibilidade de adopção da doutrina do *market share liability* no ordenamento jurídico espanhol enquanto critério guia de resolução de problemas de imputação, não só em sede de responsabilidade por produtos defeituosos, mas também no quadro da responsabilidade ambiental, cf. ALBERT RUDA GONZÁLEZ, “La responsabilidad por cuota de mercado a juicio”, *Indret*, 3/2003, www.indret.com. O estudo do autor é orientado pela pressuposição da problemática causal do ponto de vista dito factual. Na verdade, e embora a seu tempo tenhamos oportunidade de equacionar a bondade da cisão entre a factualidade e a normatividade, não se ignora, pela leitura do artigo, que GONZÁLEZ parte da questão da prova da causalidade que, vertendo-se numa demonstração probabilística (regra da maior preponderância da prova), acaba por fazer o jurista enredar-se numa série de problemas de difícil solução. A constatação de tais dificuldades insta-o a perscrutar outros caminhos de orientação, maxime a citada doutrina do *market share liability*.

Sobre os pressupostos de aplicabilidade dela, cf. p. 7 e ss.: 1) carácter fungível do bem criador do risco, de tal modo que “todas as unidades do bem geram o mesmo risco de dano, de tal modo que, quantas mais unidades um produtor tenha colocado no mercado, mais aquele risco aumenta”, donde a doutrina é, segundo a sua lição, inaplicável a outros produtos como as armas de fogo, cuja perigosidade está dependente do tipo; 2) a impossibilidade de identificação do causante do dano não pode ser imputável ao lesado; 3) a vítima terá de demandar um dos produtores do bem que causa potencialmente aquele dano, sendo importante que a acção seja proposta contra um dos produtores que ocupe uma posição substancial (*substantial share*) no mercado [cf. p. 9]; 4) perigosidade intrínseca do produto [cf. p. 10]; 5) produção pelo produto de uma enfermidade típica ou de determinados sintomas.

Sobre os efeitos da responsabilidade assim ancorada, cf. p. 11, onde se fala de uma obrigação parcial, fraccionada, por oposição àquilo que é, entre nós, a regra, e que se vem a traduzir na solidariedade obrigacional da indemnização devida.

Para uma crítica da doutrina e da sua transposição para o ordenamento espanhol, cf. p. 14.

Sobre a problemática da responsabilidade pelo fabrico de armas de fogo a que o autor alude, veja-se, ainda, MIREIA ARTIGOT I GOLOBARDES, “City of Cincinnati v. Beretta, U.S.A. Corp. et al. Análisis de los litigios contra los fabricantes de armas de fuego en los Estados Unidos”, *Indret*, 4/2003, www.indret.com, em especial p. 11 e nota 43, onde se referem os especiais problemas que as hipóteses práctico-normativas em apreço suscitam a propósito da causalidade. Saliente-se que as dificuldades aí patenteadas levaram os juristas norte-americanos a questionar a plausibilidade da chamada à colação daquilo que vai conhecido por *public nuisance*. Trata-se, nas palavras do autor, de uma alteração da ordem pública por via de uma determinado comportamento, a levantar o problema da viabilidade de obter o ressarcimento dos danos a que aquele – gerando um perigo para a comunidade em geral – conduziu.

Cf., ainda e novamente, JOÃO CALVÃO DA SILVA, “Causalidade alternativa. L’arrêt Des”... cit., e veja-se *infra* o que se dirá sobre o ponto, quando problematizarmos a questão da condicionalidade.

⁶⁴⁵ Veja-se, a este ensejo, ANDERSON SCHREIBER, *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*, 2ª edição, Editora Atlas, 2009

⁶⁴⁶ Veja-se DONALD G. GIFFORD e PAOLO PASICOLAN, “Market-share liability beyond DES cases: the solution to the causation dilemma in lead paint litigation?”, *Law Review*, version 4:24, 2006, p. 1 e ss., www.ssrn.com/abstract=898612, considerando que o *market-share* apenas pode ser entendido como um expediente para fazer face à dificuldade de prova da causalidade e não como um mecanismo de imposição

dependente da mobilização de outros referentes de inteligibilidade a que só teremos acesso *infra*, pelo que se remete para um ponto expositivo subsequente o tratamento da mesma. Importa, contudo, frisar um aspecto não despiciendo. Na verdade, ainda que a designação seja unívoca, não será exactamente o mesmo critério aquele com que se lidará nesse momento. É que, como sublinhámos, a racionalidade com que vai pensada a solução para o problema do *quid iuris* não deixa intocável a conformação dela, pelo que os contornos da figura podem não ser iguais⁶⁴⁷.

15. Conclusões e ordem de sequência

A revisitação história do pressuposto *causal* no seio da responsabilidade aquiliana permite tecer algumas considerações que, não se assumindo como verdadeiramente conclusivas, contribuem, na economia da nossa dissertação, para o cabal esclarecimento da índole do problema que temos em mãos.

Pensamos não errar se adiantarmos que é no seio da sistematização dos modelos delituais que se sente a necessidade de tematizar a ligação entre o comportamento do agente e o dano sobrevindo. Potenciada pela complexificação do real, a problemática não mais deixaria de andar ligada à dilemática questão da relação entretecida entre o dado normativo e o dado real e não mais se desprenderia da concreta modelação e finalidade dos sistemas de ressarcimento de danos.

Assim, de jeito tópico, podemos dizer que a importância da causalidade é directamente proporcional ao tendencial alargamento da responsabilidade (e muito particularmente ao paulatino surgimento de uma ampla cláusula geral delitual ou de pequenas cláusulas que, de todo o modo, afastam o decidente de um sistema tipológico

de um imposto por via jurisdicional, pelo que se haverá de submeter aos requisitos da *judicial competence and feasibility*. Aduzem, em conclusão, que “if market share liability in any given factual context cannot realistically apportion financial responsibilities among manufacturers in a manner that reasonably approximate the harms caused by each manufacturer, then the assessment of damages under market share is no longer a judicial function”.

A doutrina do *market-share liability* vem pensada pelos autores, historicamente, como uma resposta aos problemas que o lesado enfrentava em certos casos em torno do requisito da causalidade – cf. p. 6, com a referência ao caso *Sindell vs. Abbott Laboratories*. E envolve, como tal, a discussão em torno dos requisitos da sua própria operatividade, em homenagem à finalidade pela qual foi forjada. É, por isso, que se assiste, como se comprova no estudo dos autores, e já antes tinha sido mencionado, ao debate acerca da (im)prescindibilidade da fungibilidade do produto causador da lesão. A ideia de *uniformity of risk* e bem assim a génese do instituto mostram-nos, a despeito da habitual colagem da doutrina a uma racionalidade de tipo económico, que é possível pensar na figura independentemente das nervuras tecnocráticas.

⁶⁴⁷ Não se retire destas palavras qualquer adesão antecipada ao critério do *market-share liability*, embora configurado de acordo com uma racionalidade especificamente jurídica. A questão será abordada quando olharmos para a problemática da causalidade múltipla.

assente na decrição dos *verbos* legais); ao relevo dado ao resultado como pólo de sindicância daquela responsabilidade; e ao peso que a função reparatória ou compensatória assume na economia aquiliana.

A conformação do requisito fica, então, dependente da estrutura do ilícito e da teleologia do instituto. E é ainda determinada – embora não logico-silogisticamente – pelo tipo de racionalidade que se mobiliza. É-o directamente, como se observou a propósito da crítica a uma causalidade comparativa de índole eficientista; e é-o indirectamente, por ser essa racionalidade informadora da própria estrutura delitual que co-condiciona o pressuposto causal.

Intui-se, igualmente, tanto mais que se sabe que a realidade jurídica é um dos estratos do sistema normativo, que a nova estrutura social, eivada de perigos potenciados por uma industrialização crescente, não deixa intocável o requisito, por serem quantitativamente mais numerosos e qualitativamente mais complexos os desafios lançados à responsabilidade extracontratual. Ademais, o próprio modo como se concebe em termos filosófico-científicos a causalidade – a arredar do horizonte discursivo uma ideia de determinismo estrito que contaminou o espectro do pensamento no passado – implicará que os contornos da figura não possam permanecer inalterados.

Tudo isto imporá o diálogo com a teleologia da responsabilidade civil. E se – adiantando futuras conclusões – pensarmos que ela se orienta, não só para a reparação, como também para a responsabilização (de que a liberdade não é senão a outra face da mesma moeda), então conseguiremos antever que o sentido do requisito não poderá deixar de ser imputacional. A conclusão implica, não obstante, uma detida tomada de posição em sede metodológica e bem assim uma tomada de posição acerca do papel que o pressuposto é chamado a cumprir em termos dogmáticos.

Com isto se anuncia o nosso percurso argumentativo subsequente.

CAPÍTULO IV

Os referentes teleológicos, teleonomológicos, metodológicos e dogmáticos de
compreensão do requisito causal

16. Teleologia e teleonomologia da responsabilidade civil

Atento o que se disse no capítulo precedente, a contemplação da teleologia da responsabilidade civil torna-se imperiosa.

Anunciando já algumas das conclusões que nos permitirão traçar o rumo da investigação, pode adiantar-se que são dois os pontos de contacto entre a indagação da teleologia do instituto e o modo como se soluciona o problema da causalidade.

Por um lado, a tomada de posição suficientemente firme no que respeita às finalidades que o instituto cumpre, ao apartar-nos de um sentido puramente sancionatório e preventivo para nos situar no horizonte da reparação, imporá, em

aspectos particulares da modelação do requisito, a opção por uma determinada solução e não outra⁶⁴⁸.

Por outro lado, de um modo não considerado tradicionalmente pelos autores, é a intelecção do sentido último da imposição ressarcitória a determinar um olhar que se afaste da mera fisicização e bem assim da mera contabilização de danos quando instados a pensar na configuração exacta da causalidade^{649 650}.

Alerte-se, neste ensejo, que – como teremos oportunidade de explicitar e contra o que poderia ser a tentação do leitor – não há no nosso discurso qualquer intenção de determinação dedutiva da juridicidade.

Inexiste, no nosso quadro de pensamento, um antes e um depois. Sequer uma sequência necessária entre o pressuposto e o resultado, mas uma argumentativa forma de explicitação do modo como devemos compreender o fenómeno ressarcitório. Pelo que muitos dos pontos desenvolvidos noutros momentos do discurso serão aqui assumidos como âncoras da indagação teleológica que, pelos motivos expendidos, se tornou imperiosa⁶⁵¹.

Feito o alerta, estamos, então, em condições de nos debruçarmos sobre o sub-tema identificado.

a) Como qualquer instituto jurídico, a responsabilidade civil visa realizar uma ou mais finalidades, que se traduzem na sua teleologia primária. Embora não haja unanimidade entre os autores no que concerne à determinação exacta do escopo

⁶⁴⁸ Outros foram os autores que estabeleceram a concatenação entre a teleologia da responsabilidade civil e uma dada conformação do requisito causal. Cf., novamente e *inter alia*, TRIMARCHI, *Causalità e danno*, ... cit.; PEREIRA COELHO, *O problema da causa virtual na responsabilidade civil*, ... cit.; CHRISTOPHE QUÉZEL-AMBRUNAZ, *Essai sur la causalité*... cit., p. 12 e ss. e 231 e ss.; B. STARK, *Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée*, L. Rodstein, Paris, 1947, p. 148

⁶⁴⁹ Cf. C. MASSIMO BIANCA, *Diritto Civile*, V, *La responsabilità*, Giuffrè Editore, Milano, 1994, p. 533 e ss. Coloca em contraposição duas visões acerca da responsabilidade civil. Ao lado de uma concepção ética, centrada na violação do dever, surge modernamente uma concepção tecnicista, que para ela olha como um expediente de alocação de danos (cf. p. 537).

⁶⁵⁰ Sobre o ponto, veja-se, também, RICHARD W. WRIGHT, "The grounds and extent of legal responsibility", *San Diego Law Review*, vol. 41, 2003, p. 1 e ss., considerando que a adequada resposta ao problema da extensão da responsabilidade implica que se determine, primeiramente, qual o fundamento e finalidade da responsabilidade civil. Note-se, ademais, que o autor, identificando macroscopicamente o dito fundamento com o objectivo de realização da justiça, acaba por navegar pelas diversas concepções de justiça – comutativa e distributiva – para tentar perceber qual delas está em causa quando lidamos com a *liability*.

⁶⁵¹ O carácter caleidoscópico do ponto expositivo que agora se inicia justifica, aos nossos olhos, a aparente redundância de que o mesmo pode padecer.

Sobre a questão das finalidades da responsabilidade civil, com maior desenvolvimento, cf. MAFALDA MIRANDA BARBOSA, "Reflexões em torno da responsabilidade civil: teleologia e teleonomologia em debate", cit. que aqui reproduzimos em algumas partes.

prosseguido pela previsão de uma obrigação ressarcitória, a verdade é que podemos dizer com alguma segurança que ele se situará entre a reparação do dano, a prevenção de ocorrência de novos prejuízos ou/e a sanção pelo comportamento lesivo levado a cabo.

COLEMAN, a propósito dos objectivos da responsabilidade civil, afirma que há duas perspectivas possíveis para encarar a temática: uma formalista e uma finalista ou instrumental⁶⁵². Enquanto para a segunda, os critérios de justificação da responsabilidade são extrínsecos à prática⁶⁵³, para a perspectiva formalista, os objectivos que possam ser prosseguidos através das regras próprias da responsabilidade são meramente contingentes. Por isso, para o autor, apenas “instrumentalists believe that tort law has goals”⁶⁵⁴. Mas acrescenta que, dentro da perspectiva por si designada de instrumentalista, pode ser traçada uma dicotomia importante – aquela que opõe os defensores de uma visão moral aos arautos de uma visão economicista⁶⁵⁵. Os últimos

⁶⁵² COLEMAN, *Risks and wrongs*, ... cit., p. 200 e ss.

⁶⁵³ COLEMAN, *Risks...*cit., p. 202 – “tort law is justifiable provided it turns out to be a good way of pursuing those human ends and ambitions it is designed to achieve”. Veja-se, do autor, igualmente, “The economic structure of tort law”, *Yale Law Journal*, 97, 1988, p. 1233 e ss. (numa perspectiva crítica ao utilitarismo).

⁶⁵⁴ COLEMAN, *Risks...*cit., p. 203.

⁶⁵⁵ Quanto ao ponto, cf. BENJAMIM C. ZIPURSKY, “Philosophy of Tort Law: Between the esoteric and the banal”, *Blackwell Guide to Philosophy of Law and Legal Theory*, MARTIN GOLDING & WILLIAM EDMUNDSON (eds.), 2004, www.ssrn.com/abstract=555705, p. 9, distinguindo uma *instrumentalist analysis of law* de uma *conceptualistic analysis* e considerando que o instrumentalismo não se confunde com o utilitarismo. Os instrumentalistas entendem que os conceitos legais devem ser interpretados à luz da sua capacidade para prosseguirem fins sociais e, apesar de poder haver coincidência entre o instrumentalismo e o utilitarismo, pode ocorrer que os primeiros compreendam os direitos e deveres de um prisma não utilitarista.

Sublinhe-se, *in fine*, que ZIPURSKY sustenta que os conceitos centrais da *tort law* só podem ser captados à luz da filosofia. Em causa, desde logo, o próprio conceito de responsabilidade (*op. cit., loc. cit.*).

Para uma crítica ao instrumentalismo, v., *inter alia*, WEINRIB, “Understanding tort law”, *Valparaiso University Law Review*, 23, 1989, p. 485 e ss.

Veja-se, também, ARTHUR RIPSTEIN, “Tort Law in a Liberal State”, *Journal of Tort Law*, vol. 1, issue 2, article 3, p. 1 e ss., considerando que a perspectiva instrumentalista concebe o direito delitual como um instrumento para fornecer às pessoas algo que elas não tinham, seja esse algo um incentivo para se comportarem num dado sentido, seja uma compensação pelos danos, seja uma oportunidade para se vingarem em termos civilizados, enquanto a *non-instrumentalist account* olha para o instituto como um mecanismo conservativo, que se limita a proteger as pessoas e aquilo que já é seu. Refira-se que RIPSTEIN admite haver instrumentalistas moderados, que não negam a importância da realização da justiça *inter partes*, mas que procuram de modo incidental alcançar outros objectivos – cf. p. 4. Estariam eles em harmonia com uma desconfiança sentida em relação ao direito público como mecanismo de regulação de comportamentos. Ainda assim, RIPSTEIN contesta o enfoque, abraçando uma *justice-based account of private law*, em homenagem ao pensamento kantiano de que colhe forte inspiração. Para RIPSTEIN o direito delitual ocupa um papel no quadro de um Estado Liberal, mas não desempenha uma função. Sendo uma peça imprescindível de uma ordem privada, é-o não em nome dos efeitos que acarreta, mas por se mostrar uma componente essencial de um sistema no qual as pessoas isoladas prosseguem os seus próprios fins, interagindo com os outros, pelo que se torna necessário compatibilizar as recíprocas liberdades. Neste contexto, a responsabilidade civil é chamada a restabelecer a ordem privada que se quebra [rejeitando a ideia de *welfare state*, porque o Estado não deve estar preocupado com a busca da felicidade de todos, RIPSTEIN acolhe a doutrina da divisão de responsabilidade de RAWLS: “o conjunto de

vêm a responsabilidade civil como um mecanismo de afectação de riscos e de internalização de externalidades sociais. Pelo contrário, para os primeiros, a imposição de uma obrigação de indemnização, mais do que prosseguir determinados objectivos, procura afirmar e cumprir princípios que surgem expressos na lei ou que servem para legitimar determinados fins de política legislativa⁶⁵⁶. Embora com uma formulação não totalmente coincidente com o sentido daquela que delinearíamos, do que se trata, nas palavras do autor, é de contrapor uma teleologia orientada por considerações finalísticas a uma teleonomologia que, sem se encerrar no denunciado formalismo, prossegue fins que não são heteronomamente impostos por um programador social, antes entretecendo a própria ideia do direito enquanto direito, *ab initio*.

Quer isto dizer que, sem nos enredarmos num instrumentalismo espúrio, é legítima a indagação dos objectivos prosseguidos pelo instituto.

Confrontados com o problema de saber qual a finalidade ou finalidades que à responsabilidade civil cumpre satisfazer, os autores, tanto portugueses como estrangeiros, têm afirmado posições divergentes⁶⁵⁷.

indivíduos, actuando através do Estado, procura que cada um tenha um conjunto de oportunidades e direitos suficiente para que possam viver a sua vida como entenderem e cada um, isoladamente, tem a responsabilidade de fazer dessa vida o que quiser” – cf. p. 8. É o direito privado que estabelece os limites para a prossecução de tais finalidades, assumindo-se que cada um pode usar os seus meios, mas não os alheios, pelo que a *tort law* se pode definir como um *system of articulation of a set of rights* e a *liability* surge como resposta à violação dos deveres recíprocos que se assumem. Remeteremos para momento posterior as críticas ao pensamento de RIPSTEIN, por sabermos que elas só serão consequentes na articulação com a globalidade do seu pensamento, já que, contra o que parece ser a assunção da individualidade como ponto de partida das suas cogitações, o autor apela depois a uma ideia de interacção subjectiva que não é pensável no solipsismo caracterizador daquela. Por ora, e para mais desenvolvimentos acerca de uma concepção lata de responsabilidade que o leva, tendo em conta a problemática publicista acerca do papel do Estado, num diálogo com libertários, liberais e igualitaristas, a repensar os termos da liberdade com ela dialogante, veja-se ARTHUR RIPSTEIN, “Liberty and equality”, *Ronald Dworkin*, RIPSTEIN (ed.), Cambridge University Press, 2007, p. 82 e ss.]

⁶⁵⁶ COLEMAN, *Risks...* cit., p. 204

⁶⁵⁷ Sobre o problema das funções que à responsabilidade civil cumpre desempenhar veja-se, entre outros, e sem embargo de outras referências bibliográficas, que a seu tempo serão feitas, PESSOA JORGE, *Ensaio sobre os pressupostos* ... cit., p. 47 a 52; GOMES DA SILVA, *O dever de prestar* ... cit., p. 237 e ss.; PEREIRA COELHO, “O nexó de causalidade na responsabilidade civil”, ...cit., p. 107 e ss.; ALMEIDA COSTA, *Noções fundamentais de direito civil*, 4ª ed., Almedina, Coimbra, 2001, p. 74 e *Direito das Obrigações*, cit., p. 495; GUIDO ALPA, *Responsabilità civile e danno*, ... cit., p. 465 e ss., ANTUNES VARELA, *Das obrigações* ... cit., I, p. 913 ; HANS STOLL, *Haftungsfolgen im bürgerlichen Recht...* cit., p. 147 e ss. (veja-se também p. 100 e ss., referindo-se às funções sociais da responsabilidade); STARCK, *Essai sur la théorie générale de la responsabilité civile considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée*, L. Rodstein, Paris, 1947; MAGNUS (ed.), *Unification of tort law: damages*, Kluwer Law International, Great Britan, 2001 ; G. ALPA, M. BESSONE, ZENO-ZENCOVICH, “I Fatti illeciti”, ... cit., p. 26 e ss. [o autor, a par das tradicionais finalidades que se reconhecem amiúde à responsabilidade civil, fala-nos da distribuição do risco – cf. p. 32 – e no controlo social da actividade dos privados – cf. p. 32-33 –, por si analisada, paredes meias, com a ideia de prevenção]; BASIL MARKESINIS, ANGUS JOHNSTON e SIMON DEAKIN, *Markesinis and Deakin’s Tort Law*, ...cit., p. 37 e ss.; NILS JANSEN, *Die Struktur des Haftungsrechts...* cit., p. 36 e ss.; LARENZ/CANARIS, *Lehrbuch des Schuldrechts*, II, Halbband 2, *Besonder Teil*, 13 Auflage, Verlag C. H. Beck, München, 1994, p. 354 (falando de compensação e prevenção e

Dir-se-ia, de forma perfunctoriamente inicial, que a finalidade precípua da responsabilidade civil há-de encontrar-se na ideia de reparação ou indemnização.

considerando a *Billigkeitshaftung des Schuldunfähigen nach §829 BGB* – ideia de equidade); LARENZ, *Lehrbuch...* I, cit., p. 421 e ss. (o autor fala do *Präventionsgedanken* – p. 423 –, do *Ausgleichsgedanken* – p. 424 –, do *Rechtsfortsetzungsgedanken* – p. 425 –, e ainda de uma ideia de sanção – p. 423. Sublinha o autor que “Was als Schadensersatz geschuldet wird, das richtet sich nicht nach dem Sanktion- oder dem Präventionsprinzip, sondern nach dem Ausgleichsgedanken”, significando este que o lesado tem direito a ser indemnizado pelo seu dano: não mais, não menos); DEUTSCH, *Allgemeines Haftungsrecht...* cit., p. 14; HERMANN LANGE, GOTTFRIED SCHIEMANN, *Handbuch des Schuldrechts, ...* cit., p. 9 e ss.; SCHIEMANN, *Argument und Prinzipien bei der Fortbildung des Schadensrechts, dargestellt an der Rechtsprechung des BGH*, Münchener Universitätschriften, Band 45, 1981, p. 234 e ss., falando de um *Versorgungsprinzip*; GERT BRÜGGEMEIER, *Haftungsrecht: Struktur, Prinzipien, Schutzbereich...* cit., p. 9 e ss. (falando de *Schadensausgleich* – compensação do dano –; de *Schadensprävention* – prevenção do dano –; de *Schadensverteilung* – distribuição do dano –; e do *Versicherungsprinzip* – princípio do seguro, ao mesmo tempo que nega, no quadro do direito civil, a existência de uma finalidade penal ou repressiva – *Keine Straf- und Repressionsfunktion*); BERNARDO DE ALENCAR ARARIPE DINIS, *A responsabilidade civil e a sua função punitiva*, Coimbra, 2008 (policopiado); ESSER/WEYERS, *Schuldrecht, Band II, Besonderer Teil, 7. Völlig neubearbeitete Auflage*, C.F. Müller, Heidelberg, 1991, p. 519 e ss. (com especial interesse, vide p. 523, falando da delimitação de esferas de liberdade, p. 524, falando de gestão dos danos e p. 525, falando da protecção do ambiente por via do direito da responsabilidade); KÖTZ/WAGNER, *Deliktsrecht...* cit., p. 29 e ss.

Para uma interessante análise das funções da responsabilidade civil desempenha, ordenando-as em funções individuais e colectivas, cf., também, MERTENS, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 3, 2. Halbband, 2. Auflage*, München, 1986, p. 1414 e ss. [Do autor, cf., ainda, *Der Begriff des Vermögensschadens im Bürgerlichen Recht*, W. Kohlhammer, Stuttgart, 1967, p. 96 e ss.]

Sobre o problema da distribuição dos riscos, mostrando a não unitariedade do conceito, cf. CALABRESI, “Some thoughts ...”, cit., p. 501 e ss. Veja-se, designadamente, a nuance entre a *risk distribution* e a *distribute losses*.

Sobre o ponto, veja-se, também, KLAUS SCLOBACH, *Das Präventionsprinzip ...* cit., p. 41 e ss. A propósito das funções cometidas à obrigação de indemnização de danos, SCHLOBACH fala, entre outras, da delimitação legal dos círculos individuais de direitos e da esfera de riscos. Trata-se de uma função que não deve ser negligenciada, porquanto seja elevado o seu impacto social e a sua relevância prática, ao mesmo tempo que é por meio dela que se experimenta a refracção dos princípios constitucionais ao nível do ordenamento jurídico civil. É, portanto, a protecção de determinados bens jurídicos que entra em cena, levando à ponderação do grau de tutela que se requer.

A par destas considerações, atinentes ao que designa por macrofunção da responsabilidade por culpa, o autor mergulha na análise das funções económicas dela (cf. p. 5 e p. 42), falando, assim, da minimização dos custos, para o que se terá de ter em conta que a prevenção também os comporta, pelo que, no quadro da *law and economics*, que chama à colação, o que se pretende não é a máxima prevenção possível, mas aquela que se possa ter como eficiente (p. 42-43); da protecção do mercado, tendo em especial atenção a protecção dos bens imateriais e a preservação de estruturas competitivas no seio dele (cf. p. 43); e da distribuição dos custos no seio de estruturas complexas de lesantes (cf. p. 43-44).

Autonomamente, leva a cabo a análise das principais funções da responsabilidade pelo risco, a propósito da qual fala de distribuição de danos em termos sociais, razão pela qual se pode considerar que o instituto é expressão da justiça distributiva (cf. p. 44), encetando, em seguida, um novo percurso ao longo dos aspectos económicos do instituto (cf. p. 45 e ss.): internalização de custos, regulação dos níveis de actividade são, pois, os dois dados conformadores a esse nível. No que ao primeiro respeita, há uma clara referência à importância do mercado e bem assim uma evidente influência de um ideário preventivo que se galvaniza no que tange ao segundo aspecto. Em ambas é a preocupação com a contenção dos custos sociais que ressoa com especial acuidade.

Para um aprofundamento da ideia de responsabilidade civil ligada a uma ideia de distribuição de riscos, de onde se parte para uma conformação não dicotómica do instituto, cf. NILS JANSEN, *Die Struktur des Haftungsrechts...* cit., *in totu*.

Cf., ainda, CATHERINE THIBERGE, « Libres propos sur l'évolution du droit de la responsabilité (vers un élargissement de la fonction de la responsabilité civile ?) », *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, Dalloz, nº3, juillet-septembre, 1999, p. 561 a 584.

Antes de mais, ela é pensada como um mecanismo que visa tornar *indemne* aquele que, por uma acção ilícita e culposa de outrem, sofreu um dano. Por definição, ao fazer-se recair sobre o lesante uma obrigação de indemnização, procura-se que ele recolha o lesado na posição em que estaria se não tivesse ocorrido o evento danoso⁶⁵⁸

Depois, vários são os dados do sistema a depor nesse sentido: o não recurso ao instituto em caso de tentativa de lesão ou de lesão frustrada^{660 661 662}, o carácter não

⁶⁵⁸ Cf. SOFIA LEITE BORGES, *Os punitive damages – As funções punitiva e preventiva da responsabilidade civil*, Lisboa, 2000 (policopiado), p. 12. A autora salienta que, mesmo nos países da *Common Law*, onde a figura dos *punitive damages* é admissível, a função da responsabilidade civil é essencialmente reparadora. Note-se, porém, o alerta que é feito por alguns autores ingleses. Cautelosamente afirmam que não é possível identificar uma função exclusiva para a responsabilidade civil. WINFIELD (*apud* SOFIA BORGES, *op. cit.*, p. cit.), entendendo ser a responsabilidade uma categoria residual, enuncia como possíveis finalidades desta a reparação do lesado, a punição do lesante, a prevenção geral e especial, com o consequente apaziguamento da vítima. Trata-se de uma posição que, nas próprias palavras do autor, é mais descritiva do que crítica.

Sem embargo do que ulteriormente se dirá, cf., para um confronto ente a admissibilidade da figura no quadro da *Common Law*, designadamente no ordenamento jurídico dos EUA, e nos sistemas continentais, GERARDO BROGGINI, “Compatibilità di sentenze statunitensi di condanna al risarcimento di punitive damages com il diritto europeo della responsabilità civile”, *Europa e diritto privato*, 2/1999, p. 479 e ss.

⁶⁵⁹ Cf. porém, GUIDO ALPA, *Responsabilità ...cit.*, p. 55. O autor, referindo-se às tradicionalmente reconhecidas funções da responsabilidade civil, afirma que nunca será possível, com o instituto, obter a integral reparaçãõ do *status quo ante*. Parece denotar-se, no decurso da análise encetada pelo jurista italiano, que o autor distingue a reparação da compensação, sendo que a primeira faria parte de um “modelo abstractamente racional, dificilmente exequível na realidade”. Na verdade, recolhemos como testemunho de GUIDO ALPA a ideia de que, coerentemente com a exposição anterior, restariam duas funções primordiais à responsabilidade civil – a compensação e a prevenção.

Note-se, ainda, que, mais à frente, e tendo em conta a estrutura das sociedades hodiernas, o autor acaba por sublinhar que a ideia de compensação não pode ser concretizada de forma absoluta (cf. p. 63).

Cf., igualmente, TRIMARCHI, *Rischio e responsabilità oggettiva...cit.*, p. 16.

Cf., ainda, a posição de TUNC, *La responsabilité civile*, 2ª edição/reimpressão, Economica, Paris, 1999, p. 134 e ss. O autor mostra-se bastante reticente na afirmação plena do ideal ressarcitório, tendo em conta a multiplicidade de danos que não são ressarcidos ou não o são integralmente.

⁶⁶⁰ Sobre a imprescindibilidade da presença de danos como pressuposto da responsabilidade civil, cf. VON BAR, *The common European Law ... cit.*, p. 6 – “(...) term damage, the centrepiece of all delict law.” No mesmo sentido, v. RAFFAELLA DE MATTEIS, “Danno biológico e patrimonialità della lesione: due sentenze a confronto”, *Giurisprudenza Italiana*, 1985, p. 1194. Cf., igualmente, AGUIAR DIAS, *Da responsabilidade civil*, Edições Forense-Rio, 1960, Vol. II, p. 753 (“Não pode haver responsabilidade sem a existência de um dano; e é um verdadeiro truismo sustentar esse princípio porque resultando a responsabilidade civil em obrigação de ressarcir, logicamente não pode concretizar-se onde nada há a reparar”) e ANTUNES VARELA, *Das obrigações...cit.*, I, p.597-598 – “Para haver obrigação de indemnização é condição essencial que haja dano, que o facto ilícito culposo tenha causado prejuízo a alguém. Se o vigilante não cumpriu o seu dever, mas o incapaz não agrediu quem quer que fosse (...) não chega a pôr-se nenhum problema de responsabilidade. Este surge apenas quando ao facto ilícito sobrevém um dano.”

Repare-se que alguns autores avançam a possibilidade de haver direito a uma indemnização sem que haja dano propriamente dito. HEUSTON (*apud* VON BAR, *The Common...cit.*, p. 14, nota 58) afirma que “if such a right is violated the law presumes damage and an action will lie even though no damage at all has in fact been suffered by the plaintiff”. Porém, como salienta VON BAR, se o dano é presumido, isso significa que ele não está ausente. O autor acrescenta mesmo que “nem sequer é correcto dizer que o lesado não tem de provar o dano no caso de estarmos diante de um *tort actionable per se* (...). Seria melhor que se dissesse que o lesado está desonerado da prova do *actual damage*”. Significa isto que o que está em confronto na argumentação dos dois autores é a distinção – típica dos sistemas de *common law* – entre o dano evento e o dano consequência, isto é, entre o dano referido à ilicitude e o dano como consequência da acção (o dano violação corresponde entre nós à ilicitude, ao dano imediato. Traduz-se naquilo que em

oficioso da respectiva acção, a transmissibilidade por via sucessória da obrigação de indemnização⁶⁶³, a centralidade da noção de dano, a patentear-se como limite e medida da indemnização⁶⁶⁴.

Itália se designa por *danno evento*; na Alemanha por *Verletzung*; na Áustria, por *realer Schaden*, em Inglaterra por *harm* e em França por *dommage*. E distingue-se do dano actual.)

Salientemos, unicamente, a este ensejo que entre nós se distingue claramente o dano da ilicitude, sendo essencial, de acordo com as regras de repartição do ónus da prova, a prova efectiva do primeiro por parte do lesado. O que não obsta a que se questione o problema do conceito de dano, sobretudo num momento em que somos instados a considerar o mesmo numa acepção normativa, que nos afasta da teoria da diferença – cf., sobre o conceito de dano, no que concerne ao dano da privação do uso, *inter alia*, JÚLIO GOMES, “O dano da privação do uso”, ... cit., p. 169 a 239. Ver, ainda, sobre o mesmo tema, ANTÓNIO ABRANTES GERALDES, *Indemnização do Dano da Privação do Uso*, Almedina, Coimbra, 2001; PAULO MOTA PINTO, *Interesse contratual negativo...* cit., p. 573 e ss.; ID. “O dano da privação do uso”, *Estudos de direito do consumidor*, nº8, 2006/2007, p. 229 e ss. Cf., igualmente, com amplas referências bibliográficas, mas sem grandes desenvolvimentos, ANTUNES VARELA, *Das obrigações...* cit., I, p. 909 e ALMEIDA COSTA, *Direito das obrigações...* cit., p. 711.

Refira-se, ainda, que a dicotomia a que aqui se alude desempenhará um papel importante na economia da nossa dissertação, pelo que a ela voltaremos amiúde.

⁶⁶¹ PESSOA JORGE, *Ensaio...* cit., p. 48 e ss., em especial nota 29.

Já não concordamos com o autor quando afirma que a questão das funções que a responsabilidade civil é chamada a desempenhar deve ser analisada separadamente consoante estejamos diante de uma responsabilidade civil propriamente dita ou uma responsabilidade civil conexa com a responsabilidade criminal. (*Ensaio...* cit., p. 50). Não obstante a pertinência dos argumentos aduzidos por PESSOA JORGE, em face do actualmente disposto no artigo 71º CPP e seguintes, pensamos não ser possível defender esse entendimento. De facto, o actual CPP não manda fixar a indemnização de acordo com a gravidade da situação, a situação económica e social do ofendido e do infractor, nem a indemnização pode ser oficiosamente estabelecida pelo tribunal, ficando dependente da dedução do respectivo pedido pelo lesado (cf. artigo 71º, 75º CPP).

Referindo-se, no âmbito da análise das finalidades da responsabilidade civil, à responsabilidade civil conexa com a criminal e denunciando a perda de autonomia da mesma e, subsequentemente, a perda de importância do argumento na escalpelização de um escopo punitivo para o instituto, cf. SOFIA LEITE BORGES, *Os danos punitivos...* cit., p. 68.

A propósito da responsabilidade civil conexa com a responsabilidade criminal, cf., ainda, FIGUEIREDO DIAS, “Sobre a reparação das perdas e dos danos arbitrada em processo penal”, *Estudos in memoriam do Professor Doutor Beleza dos Santos*, Coimbra, 1966, p. 101-134 e RIBEIRO DE FARIA, *Indemnização por perdas e danos arbitrada em processo penal – o chamado processo de adesão*, 1978

Numa perspectiva de cotejo entre o actual e o anterior sistema processual penal, no que a esta questão em particular diz respeito, veja-se PAULA RIBEIRO DE FARIA, “A reparação punitiva – uma terceira via na efectivação da responsabilidade penal?”, *Liber discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*, Coimbra Editora, Coimbra, 2003, p. 259-291. A autora chama a atenção para a entrada em vigor do artigo 128º (actual artigo 129º) CP, que “veio colocar um ponto final na discussão da doutrina acerca da natureza da indemnização arbitrada em processo penal, ao dizer-se aí, de forma clara e expressa, que essa indemnização é fixada exclusivamente segundo os critérios da lei civil” (p. 264). E refere, igualmente, que “culmina aqui, ao nível do nosso ordenamento jurídico, o processo de autonomização teleológica do direito penal e do direito civil”.

Sobre os *momentos penais no direito civil*, considerando a relatividade do princípio da separação entre a indemnização do dano e a pena, cf. HANS STOLL, *Haftungsfolgen im bürgerlichen Recht...* cit., p. 60-67.

Vide, igualmente, a este ensejo, o estudo já citado de MANUEL DIAS DA SILVA, *Estudo sobre a responsabilidade civil conexa com a criminal...* cit., por referência ao direito mais antigo.

⁶⁶² Repare-se como este aspecto torna particularmente importante a consideração daquilo que tradicionalmente vinha conhecido por causalidade.

⁶⁶³ Este dado aponta inequivocamente para a ausência de uma finalidade punitiva estrita da responsabilidade civil. Sem embargo, obviamente, de se poder reconhecer um escopo sancionatório ao instituto. Mais concretamente, parece-nos que a transmissibilidade *mortis causa* nos remete para a ideia de comutatividade, que não exclui, na sua essência, o sentido ético do instituto e, portanto, uma intencionalidade sancionatória, ainda que não punitiva. Sobre estes aspectos, com maior desenvolvimento, veja-se o que à frente se explicita.

Se nos detivermos, contudo, neste plano intrassistemático várias são as dúvidas que se nos concitarão. Não podemos ignorar outros elementos do direito já constituído que parecem depor em sentido diverso: a indemnização dos danos morais e a possibilidade de limitação da indemnização, nos termos do artigo 494º CC.

Acresce que uma coisa é considerar que a finalidade ressarcitória jamais estará ausente do desenho concreto da responsabilidade civil, outra distinta é tentar perceber em que medida ela se compagina com outras finalidades.

Tentemos analisar cada uma dessas eventuais finalidades separadamente^{665 666}.

Dando conta do argumento, PESSOA JORGE, *Ensaio...cit.*, p. 49; GOMES DA SILVA, *O dever de prestar...* cit., p. 152-155.

⁶⁶⁴ Excepção feita aos casos de redução da indemnização previstos no artigo 494º CC e aos casos de indemnização devida ao trabalhador como resultado de um despedimento ilícito – cf., no que diz respeito a esta última hipótese, PATRÍCIA GUIMARÃES “Os danos punitivos e a função punitiva da responsabilidade civil”, *Direito e Justiça, Revista da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa*, vol. XV, tomo I, 2001, p. 161.

Outros exemplos – que indiciam a presença dos danos punitivos no nosso ordenamento jurídico – são apontados por JÚLIO GOMES (*O conceito de enriquecimento, o enriquecimento forçado e os vários paradigmas do enriquecimento sem causa*, Coleção Teses, Porto, Universidade Católica Portuguesa, 1998, p. 736, nota 1145) e PAULA MEIRA LOURENÇO (*A função punitiva da responsabilidade civil*, Lisboa, 2001, policopiado, p. 290 e ss. e *Os danos punitivos*, Lisboa, 2000, p. 45). Entre eles, salienta-se o artigo 1320º CC (“se os animais foram atraídos por fraude ou artifício do dono da guarida onde se hajam acolhido, é este obrigado a entregá-los ao dono, ou a pagar-lhe em triplo o valor deles, se lhe não for possível restituir”); artigo 1552º CC (“o proprietário que, sem justo motivo, provocar o encrave absoluto ou relativo do prédio, só pode constituir uma servidão de passagem mediante o pagamento de uma indemnização agravada”).

Sobre a pertinência ou impertinência da figura dos danos punitivos, teceremos ulteriormente as devidas considerações. Refira-se, no entanto, que a nossa análise dissecará a figura na sua dupla vertente – preventiva e punitiva – e no seu dúplice fundamento – utilitarista e axiológico.

É inúmera a bibliografia que pode ser consultada quanto ao ponto.

Entre outros, podemos indicar, sem embargo de posteriores considerações e citações, JÚLIO GOMES, *Conceito de enriquecimento... cit.*, p. 736 e ss.; PATRÍCIA GUIMARÃES, “Os danos punitivos...”...cit., p. 159 a 206, onde encontramos uma explicação da origem da figura e da sua funcionalidade. Veja-se, ainda, HODGE *et alios*, *Torts in New Zealand, Cases and materials*, Second Edition, Oxford University Press, Melbourne, Oxford, New York, 2000, p. 18-22; FERNANDO PANTALEÓN, “Como repensar la responsabilidad civil extracontractual (También la de las Administraciones públicas)”, *La responsabilidad en el derecho, Anuário de la Facultad de derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, 4, 2000, p. 167 a 191; SALVADOR CODERCH, “Punitive damages”, *La responsabilidad en el derecho, Anuário de la Facultad de derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, 4, 2000; HANS STOLL, “Consequences of liability: remedies”, *Internacional Enciclopedia of Comparative Law*, vol. XI, cap. 8, p. 99 e ss.; GENEVIÈVE VINEY e PATRICE JOURDAIN, *Traité: Les effets de la responsabilité, ... cit.*, p. 4-6 (referem-se as autoras à possibilidade de utilização da responsabilidade civil a título de pena privada, considerando, ainda, o problema dos danos exemplares e dos danos múltiplos, salientando, neste ensejo, que a *Cour de Cassation* se opõe à mobilização da figura, enquanto outros autores defendem ser ela a única capaz de justificar explicativamente a indemnização dos danos morais); C. ROCA, « De la dissociation de la réparation et de la répression dans l’action civile exercée devant la juridiction répressive », *Recueil Dalloz*, 1991, chronique, p. 85 e ss. ; ANTHONY J. SEBOK, « Punitive Damages : from myth to theory », *Iowa Law Review*, 92, 2007, p. 958 e ss. ; THOMAS, EATON/ David MUSTARD/SUSETTE TALARICO, « The effects of seeking punitive damages on the processing of tort claims », *Journal of Legal Studies*, vol. 34, 2, 2005, p. 343 a 369.

Veja-se, também, numa íntima conexão com os problemas patenteados pela causalidade, CHRISTOPHE QUEZEL AMBRUNAZ, *Essai sur la causalité...cit.*, p. 493 e ss., e, com particular acuidade, p. 510 e ss.

⁶⁶⁵ Cf. JÚLIO GOMES, “Uma função punitiva para a responsabilidade civil e reparatória para a responsabilidade penal”, *Revista de Direito e Economia*, ano XV, 1989, p. 106. O autor adverte que

No que diz respeito à finalidade preventiva, pode dizer-se que, se sobre o eventual lesante impende a ameaça de uma obrigação indemnizatória, ele tenderá, ao agir, a observar determinados deveres de cuidado de forma a evitar a causação de danos na esfera jurídica alheia. Nesse sentido, este desencorajamento funcionará, efectivamente, como uma forma de prevenção de futuros comportamentos ilícitos e culposos. Mas, parece-nos também evidente que, a ser assim, o mecanismo preventivo operará de forma dependente do mecanismo reparador, pelo que já não se afigura pertinente qualquer extrapolação que vise erigi-la em finalidade primeira da responsabilidade civil, legitimando, numa perspectiva economicista, conclusões de outro pendor. O que não elimina a questão de saber se, em concreto, não poderemos afastar-nos do puro ideal reparador para prosseguir uma finalidade preventiva de forma autónoma^{667 668}.

“punição e prevenção são duas faces da mesma moeda, expressões de um mesmo princípio”. Na verdade, constata-se que todos os autores que, afirmativa ou negativamente, se referem à finalidade punitiva da responsabilidade civil a conectam com o escopo preventivo. Paradigmático disso é o mecanismo chamado a operar por via dos danos punitivos a que, posteriormente, faremos referência.

No mesmo sentido, PAULA MEIRA LOURENÇO, *A função punitiva...* cit., p. 345

Repare-se, porém, que JÚLIO GOMES – fazendo remontar a ideia a STOLL (“Penal Purposes in the Law of Tort”, *American Journal of Comparative Law*, 18, 1970, p. 3 e ss.) – chama a atenção dos leitores para a habilidade com que ela há-de ser interpretada, porque, nas palavras do insigne jurista, “o simples conhecimento pelo agente da possibilidade de vir a reparar o dano que, eventualmente causar, tem uma eficácia preventiva”. É, aliás, neste sentido que, por ora, sublinhamos a eficácia preventiva da obrigação ressarcitória.

Atente-se, porém, que, ainda que reconheçamos toda a validade à posição firmada pelo autor – no sentido da indissociabilidade da finalidade preventiva e punitiva da responsabilidade civil –, por uma questão de facilidade argumentativa, vamos repartir as considerações dirigidas a cada uma delas. Porém, como constataremos, não poucas serão as vezes em que os discursos se imbricam ao ponto de confluírem argumentos no mesmo sentido, no que respeita a estas duas funções. Mais do que isso, nós próprios assumiremos, em tempo devido, a conexão estreita entre as duas realidades, abdicando da autonomização discursiva por referência a cada uma delas isoladamente.

⁶⁶⁶ Denunciando um eventual excesso de funções que a responsabilidade civil é chamada a cumprir, cf. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, seconda edizione, Giuffrè Editore, Milano, 1997, p. 164 e ss. (*vide*, ainda, p. 172 e ss., onde o autor fala de uma verdadeira *esplosione della responsabilità civile*).

⁶⁶⁷ Antecipamos uma das nossas ideias: recusa liminar de uma perspetivação tecnocrática do problema. E confessamos, simultaneamente, uma dúvida, na esperança de para ela encontrar mais tarde uma resposta: poderá o ideal preventivo funcionar, ainda que numa óptica axiologicamente cunhada, independentemente da reposição da situação material de base que com a obrigação indemnizatória tradicionalmente se pretendia?

⁶⁶⁸ Refira-se que o problema não assume importância meramente teórica. Mesmo quando as categorias mobilizadas ou mobilizáveis possam ser coincidentes o olhar que sobre elas se derrama pode divergir, consoante o tipo de racionalidade que se mobiliza. Assim, no tocante à previsibilidade, e a título de exemplo, havermos de considerá-la, na sua ligação à dimensão ética da responsabilidade, de um prisma retrospectivo, ao passo que, no quadro de um pensamento economicista, preocupado com a prevenção de futuros ilícitos, ela assume um pendor prospectivo.

Sobre o ponto, cf. GUIDO CALABRESI, “Concerning cause and the law of torts...”, cit., p. 69 e ss.

Já no que concerne à finalidade sancionatória, outros problemas se levantam⁶⁶⁹. Na verdade, não podemos ignorar o facto de se admitir a redução da indemnização, por juízos de equidade, em função da negligência, e de se exigir a culpa, em regra, como pressuposto da obrigação ressarcitória. No entanto, mais uma vez estamos em crer que não se podem extrapolar conclusões, na medida em que – e deixando de lado o debate sobre o correcto entendimento dos dados trazidos à colação –, por exemplo, e no âmbito do nosso ordenamento jurídico, se afigura muito problemática a admissibilidade dos chamados danos punitivos. Estes não configuram uma categoria autónoma de danos empiricamente constatáveis, antes se traduzindo na possibilidade de fixação de uma indemnização em montante superior ao prejuízo efectivamente sofrido pelo lesado. Tratar-se-ia quase de uma multa privada, imposta para repreender o comportamento lesivo e prever a ocorrência de novos comportamentos no futuro, ligando-se muitas vezes a uma ideia de *policy argument*.

Se continuarmos a relacionar determinados tipos de danos às funções que a responsabilidade civil possa ser chamada a cumprir, somos conduzidos até à problemática dos danos morais ou extra-patrimoniais⁶⁷⁰. Sustentam, efectivamente, alguns autores que o ressarcimento destes pode funcionar como um indício de uma eventual função sancionatória da responsabilidade civil^{671 672}.

⁶⁶⁹ No sentido de reconhecerem uma função sancionatória à responsabilidade civil, cf., *inter alia*, ANTUNES VARELA, *Das obrigações...* cit., I, p. 913; ALMEIDA COSTA, *Direito das obrigações, ...* cit., p. 421; GALVÃO TELLES, *Direito das obrigações, ...* cit., p. 419; RUI ALARCÃO, *Direito das obrigações*, cit., p. 246; MENEZES CORDEIRO, *Direito das obrigações, ...* cit., II, p. 272; ADRIANO DE CUPIS, *Il danno...* cit., p. 92; BESSONE, “Principi della tradizione e nuove direttive in tema di diritto all’immagine”, *Foro italiano*, 1974, p. 182 e ss.; CENDON, “Il profilo della sanzione nella responsabilità civile”, *Contratto e impresa*, 1989, p. 886 e ss.

⁶⁷⁰ Sobre a diferença actualmente estabelecida entre os danos extra-patrimoniais e os danos morais, veja-se, entre outros, MARIA MANUEL VELOSO, *A compensação do dano contratual não patrimonial (em especial no Direito de Autor)*, Coimbra, 1998, p. 42 e ss. e PINTO MONTEIRO, “Sobre a reparação dos danos morais”, *Revista Portuguesa do Dano Corporal*, ano 1, nº1, 1992, p. 19. Da primeira autora citada, cf., também, “Danos não patrimoniais”, *Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da Reforma de 1977*, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, p. 495 e ss.

⁶⁷¹ Assim, GUIDO ALPA (*Responsabilità civile...* cit., p. 465), que, a propósito da distinção entre danos patrimoniais e não patrimoniais, afirma existirem duas funções diferenciadas para a responsabilidade civil, uma reparatória e uma sancionatória.

Dando nota da ideia de que a compensação dos danos não patrimoniais se deve configurar como uma medida punitiva, assumindo, mesmo, a natureza de pena privada, cf. PINTO MONTEIRO, “Sobre a reparação dos danos morais”... cit., p. 21.

Cf., igualmente, JÚLIO GOMES, “Uma função punitiva...”... cit., p. 116 e ss.; PAULA MEIRA LOURENÇO, *A função punitiva...* cit., p. 275 e ss. e *Os danos punitivos...* cit., p. 48; SOFIA LEITE BORGES, “Os punitive damages...”... cit., p. 71 e ss.

⁶⁷² Outros argumentos têm sido apontados para sustentar a referida finalidade punitiva para a responsabilidade civil. Sobre eles, bem como acerca destes que aqui elencámos, maiores desenvolvimentos serão à frente apresentados.

E esta parece ser, aliás, encarada como uma tábua de salvação da própria integridade da responsabilidade civil enquanto instituto nuclear do direito privado.

GENEVIÈVE VINEY, ao constatar a realidade, chama a atenção para a imperiosa necessidade de regenerar a responsabilidade civil. Ora, tal regeneração passaria exactamente pela assunção de um escopo punitivo para a responsabilidade civil. Enquanto o ideal reparador seria remetido para o mecanismo colectivo – encabeçado pelos sistemas de seguros e segurança social –, a responsabilidade civil continuaria a desempenhar uma função sancionatória por via do direito de regresso^{673 674 675}.

Também CASTANHEIRA NEVES sublinha o abalo que a responsabilidade civil sofre em virtude das formas de socialização dos danos a que somos conduzidos⁶⁷⁶. Mas, tomando como binómio duas atitudes típicas do pensamento jurídico de cariz axiomático e sistemático-dedutivo – dogmatismo de conservação e dogmatismo de progresso –, acaba por criticar aqueles que, ao abrigo dessa socialização, proclamam imediatamente o fim da responsabilidade civil⁶⁷⁷, para, logo em seguida, evidenciar que o problema só logrará ser resolvido “pela superação dialéctica que o *novum* impõe ao

⁶⁷³ GENEVIÈVE VINEY, *Le déclin de la responsabilité individuelle*, Paris, L.G.D.J., 1965, nº461 e *Traité de Droit Civil – Introduction ... cit.*, p. 57-80 e 94-111.

⁶⁷⁴ Cf., novamente, GUIDO ALPA, *Responsabilità... cit.*, p. 63 e ss. O autor, salientando o papel assistencial do Estado e analisando o fenómeno dos sistemas securitários, acaba por concluir que a exaltação do ideário compensatório determinaria o declínio da responsabilidade civil. Ora, isso, associado à multiplicação de esquemas de imputação delitual baseados no risco, implicaria a necessidade de repensar o próprio instituto e o desenho teleológico que lhe está reservado.

Parece, porém, e até por esta última nota, recusar o recrudescimento da função punitiva da responsabilidade. A páginas 55, podemos ler, a propósito da tradicional finalidade de “reafirmação do poder sancionatório/punitivo do estado”, que “ela acaba por ser apagada nos tempos modernos, pela afirmação dos instrumentos próprios do direito penal, ao mesmo tempo que a teorização nos conduz à tendência para garantir o ressarcimento mais do que culpar o lesante”. O jurista italiano chega, inclusivamente, a considerar um anacronismo a exaltação do significado moral da responsabilidade num momento em que, segundo ele, assistimos ao declínio da responsabilidade individual.

Cf., não obstante, o que o autor diz na página 465, já por nós citada. Cf., ainda, LE TOURNEAU, “La verdeur de la faute dans la responsabilité civile (ou de la relativité de son déclin)”, *Revue trimestrielle de droit civil*, 1988, p. 505 e ss.

Veja-se, igualmente, para uma análise das transformações de que tem sido alvo a responsabilidade civil, SAVATIER, *Les métamorphoses économiques et sociales du droit civil d'aujourd'hui*, ... cit.

⁶⁷⁵ A este propósito, cf. SINDE MONTEIRO, “Seguro automóvel obrigatório: direito de regresso”, *Cadernos de Direito Privado*, 2, 2003, p. 29 e ss. Veja-se, ainda, para um melhor esclarecimento acerca do pensamento do autor, “Responsabilidade por culpa, responsabilidade objectiva, seguro de acidentes (Propostas de alteração ao Código Civil e ao DL nº408/79, de 25 de Setembro; considerações em torno da criação de um seguro de acidentes de trabalho e de trânsito”, *Estudos sobre a responsabilidade civil*, Almedina, Coimbra, 1983, p. 85 e ss.

⁶⁷⁶ CASTANHEIRA NEVES, “Nótula a propósito do estudo sobre a responsabilidade civil de Guilherme Moreira”, ... cit., p. 475 e ss.

⁶⁷⁷ E bem assim todos aqueles que “respondem a este não absoluto com o sim também absoluto das modalidades tradicionais de responsabilidade, embora delimitadas ou em estrita delimitação, como que espacial, do domínio da repartição dos danos” (p. 477)

sistema tradicional”⁶⁷⁸. E sublinha que, no confronto com as novas formas de repartição dos danos, não podemos obnubilar a intenção de validade que é comunicada ao sistema pela ideia de direito e que consubstancia o fundamento axiológico da responsabilidade civil. Ou seja, não podemos esquecer “o reconhecimento do homem como sujeito de direitos (i.é, sujeito de direitos e por isso também de deveres e responsabilidades) e não como simples objecto de programação ou de benefícios planificáveis. Pois sabe-se que os benefícios que se pretendam obter através de uma técnica social, de repartição ou outra, que abstraia, não fomenta ou mesmo exclua uma autonomia que se responsabiliza, implicam um sistema que, parecendo no imediato a favor, acaba por ser radicalmente contra os homens beneficiados”⁶⁷⁹.

Vale isto por dizer, e escudando-nos nos ensinamentos de CASTANHEIRA NEVES, que à responsabilidade civil há-de continuar a ser reconhecido um papel primordial no sistema jurídico, sob pena de se anular a própria dignidade humana, alicerçada na dialéctica liberdade responsabilidade. Donde resulta a imperiosa necessidade de reconhecer o já anunciado sentido ético ao instituto, fazendo, designadamente, apelo à culpa do lesante para efeitos de imputação da obrigação ressarcitória.

CASTANHEIRA NEVES salienta, neste ensejo, a importância de se continuar a imputar a responsabilidade pessoal, quer pela via do regime de regresso, ao que acrescenta a responsabilização da culpa grave, bem como a diferenciação entre culpa e erro⁶⁸⁰.

É neste quadro que entendemos ser imprescindível que se derrame sobre o nexo de causalidade um sentido ético consonante com o fundamento último do instituto, colimado na personalidade do ser humano⁶⁸¹.

Sem que tal signifique, outro tanto, a adesão incondicional a uma finalidade punitiva estrita do ressarcimento.

b) Indagar se a responsabilidade delitual tem ou não uma finalidade sancionatória exige, aliás, uma especial habilidade por parte do jurista, que passa pelo prévio esclarecimento das diversas acepções que o termo sanção pode revestir.

⁶⁷⁸ CASTANHEIRA NEVES, *op. cit.*, *loc. cit.*

⁶⁷⁹ CASTANHEIRA NEVES, *op. cit.*, p. 479

⁶⁸⁰ CASTANHEIRA NEVES, *op. cit.*, p. 480

⁶⁸¹ A conclusão ficará, contudo, dependente de uma pressuposição metodológica de que só daremos nota *infra*.

Num sentido muito amplo, sanção corresponderá a uma reacção do ordenamento jurídico perante um comportamento chancelado como desvalioso. É, portanto, inequívoco que uma obrigação indemnizatória há-de ser vista como uma sanção^{682 683}. De pouco nos serve, porém, esta ideia.

Um conceito restrito de sanção aponta ou para uma retribuição do mal que se provocou, na justa medida do prejuízo ocasionado, e atendendo ao elemento subjectivo do comportamento do agente lesivo, ou tão simplesmente para a perspectivação ética da responsabilidade civil ou, derradeira hipótese, para as duas em simultâneo. Dito de uma forma mais directa, gorada que ficou a possibilidade de olharmos para a responsabilidade civil do puro ponto de vista sancionatório geral, que nos remete, afinal, para o direito enquanto regra de sanção e não só norma de acção, resta a desvelação do sentido ético do instituto, correspondente à sua teleologia última, ou a afirmação do carácter punitivo do mesmo. Sem que, note-se, as duas realidades se excluam. Pelo que analisaremos cada uma em separado.

O direito civil, na sua intencionalidade própria – tendente à resolução de litígios que oponham dois particulares –, procura, em primeira linha, e no que à responsabilidade civil diz respeito, estabelecer critérios que reponham a situação que existiria se não fosse a lesão. Mas, ao fazê-lo, não parte de um qualquer formalismo, antes surgindo entretecido pela materialidade que lhe é comunicada pelo concreto modo de ser jurídico. E nesse sentido convoca a liberdade da pessoa humana, fundada na sua ineliminável dignidade⁶⁸⁴. É nela que se funda, afinal, a obrigação de indemnizar.

Pelo que, ao responsabilizar o sujeito, estamos a afirmar que ele é pessoa e a recusar o seu tratamento como objecto. A finalidade última da responsabilidade civil passa por aqui – pela reafirmação da pessoalidade de cada um.

⁶⁸² Depondo neste sentido, e no mesmo contexto, JÚLIO GOMES, “Uma função punitiva...”...cit., p. 112, e ZENO-ZENCOVICH, “Il problema della pena privata nell’ordinamento Italiano: un approccio comparatistico ai punitive damages di Common Law”, *Giurisprudenza italiana*, 1985, IV, p. 12 e ss.

Para maiores desenvolvimento sobre o carácter sancionatório do direito, cf. PINTO BRONZE, *Lições de Introdução...*, cit., p. 55 e ss. Sanção surge, aí, definida como “todo o meio (consoante as exigências da igualdade, da correlatividade, da proporcionalidade, da necessidade, da adequação normativa e, em certas hipóteses – no caso das sanções que atingem directamente a pessoa – da culpa) que a ordem jurídica mobiliza para tornar eficazes as suas prescrições”. Cf., igualmente, p. 61, onde o autor, depois de dar voz a um interessante diálogo entre o direito e a moral, centrado no predicativo sancionatório que caracteriza o primeiro, salienta a possibilidade de existirem sanções positivas, isto é, meios que, tornando eficazes as prescrições jurídicas, beneficiam os seus destinatários (v.g. o caso das subvenções).

⁶⁸³ Sobre o conceito de sanção em sentido problemático, cf. LARENZ, *Lehrbuch...* cit., I, p. 423

⁶⁸⁴ A ideia personalista ética, radicada na dignidade do ser humano, em que se baseia todo o direito e, por isso, também o direito civil está presente no pensamento de inúmeros autores. Reservaremos, contudo, para um momento posterior uma análise mais pormenorizada deste tópico. Por ora, veja-se JAN SCHAPP, *Derecho Civil y Filosofía del Derecho: La libertad en el derecho*, Serie de teoria jurídica y filosofía del derecho, nº8, Universidad externado de Colombia (tradução de LUIS VILLAR BORDA).

O que implica a chamada à colação do conceito de liberdade. Entendêsemos-la nós como mera liberdade negativa e a responsabilidade surgiria como uma limitação – em nome da defesa da esfera jurídica alheia – da primeira. Olhando-a sob o prisma da liberdade positiva, a responsabilidade deixa de poder ser vista como uma limitação daquela, antes se assumindo como uma forma de cumprimento pleno da mesma⁶⁸⁵. Donde resulta que, embora não esteja em causa a punição pelo desrespeito experimentado pela esfera jurídica alheia, delimitada no cotejo com a sua própria, está presente uma eventual sanção pela não assunção de determinados deveres de solidariedade que, radicando na dialéctica liberdade *versus* responsabilidade, informam a matriz da personalidade e sustentam a obrigação ressarcitória⁶⁸⁶. Nesse sentido, poder-se-á falar de uma finalidade sancionatória da responsabilidade civil, associando-se, indefectivelmente, o dito carácter de sanção com um sentido ético que ao instituto urge reconhecer.

A associação entre a responsabilidade e a liberdade não é recente⁶⁸⁷.

No jusracionalismo inicial, o postular de uma série de direitos originais e imutáveis do homem, que seriam deduzidos dos grandes axiomas da razão humana, leva à ideia de que qualquer dano que fosse perpetrado culposamente deveria ser ressarcido. Na base desta ideia estão as características que empiricamente se reconheciam como sendo a matriz do ser humano – a conservação da espécie, o instinto de preservação, o

⁶⁸⁵ Cf., a este propósito, MILAGROS OTERO PRAGA, “La libertad. Una cuestión de axiología jurídica”, *Boletim da Faculdade de Direito*, nº75, 1999, p. 175-197.

Apresentando uma multiplicidade de sentidos para o conceito liberdade, numa perspectiva sincrónica e diacrónica, o autor acaba por relacioná-lo ineliminavelmente com a responsabilidade.

Distingue, claramente, a liberdade positiva da liberdade negativa. A segunda refere-se ao âmbito no qual o sujeito pode actuar sem interferência; a primeira, relacionada com a autonomia da vontade, implica que cada um possa ordenar a sua conduta de acordo com as normas que dita a si mesmo (p. 185).

Atentando no que o autor sublinha, e concentrando-nos no correcto entendimento acerca do direito subjectivo, podemos encontrar aqui um ponto de apoio relativamente seguro para secundar as nossas asserções.

Na verdade, não só o direito subjectivo se afirma como um instrumento de realização da autonomia privada, como MILAGROS PRAGA reforça a relação entretecida entre a liberdade e responsabilidade. O autor é claro ao dizer que “es posible entender la libertad como la capacidad del ser racional para obrar de una manera u otra o abstenerse de obrar, sabiendo las responsabilidades que su conducta implica en todo momento” (p. 189). Mais acrescenta que “no es más libre quien tiene más donde elegir, sino quien lo hace de forma más adecuada asumiendo siempre las consecuencias de su conducta” (p. 191)

⁶⁸⁶ Neste sentido, a limitação da responsabilidade civil é justificada, não pela necessidade de salvaguardar um espaço de liberdade, mas pela convocação de outros princípios normativos, cuja mobilização, conferindo uma fisionomia própria ao sistema com que operamos, nos leva a ter de impedir uma responsabilidade ilimitada.

Assim, cf., entre outros, o pensamento de AROSO LINHARES, “O jurisprudencialismo”, *Sumários desenvolvidos das aulas de Teoria do Direito*, Parte C, 2002-2003, p. 4.

Exemplificando o que ficou dito, cf. *Liberdade versus responsabilidade...cit.*

⁶⁸⁷ Cf. o que se disse *supra* acerca da evolução histórico-filosoficamente comprometida da responsabilidade civil.

egoísmo que teria de ser controlado. E a consequência imediata terá sido a afirmação do princípio do *neminem laedere*.

Este continuaria presente na fase em que o jusracionalismo se alia ao iluminismo.

Na base da concepção de responsabilidade do período iluminista está uma determinada compreensão da liberdade humana, valor essencial que assomou no espectro do pensamento filosoficamente comprometido de outrora. Uma liberdade vista como liberdade negativa – uma liberdade definida pela correlativa determinação dos espaços sociais e de acção. O homem seria livre para agir. E poderia fazê-lo ao abrigo da sua liberdade, como quisesse, desde que se restringisse à sua esfera pessoal, só limitada no confronto com as esferas do outro. Se nessa sua actuação lesasse outrem, surgiria aí uma pretensão indemnizatória por parte do lesado, visto como um obstáculo à livre fruição do mundo pelo primeiro.

Donde resulta que, quanto mais amplo fosse o âmbito da responsabilidade, maior seria a restrição a essa liberdade. Daí as cautelas que os autores positivistas colocaram na construção dos respectivos sistemas delituais. Já os autores jusracionalistas, arvorando igualmente a liberdade como valor essencial ao homem, acabam por considerar que a sociedade é uma condição de desenvolvimento individual.

Pelo que se preocupam, sobretudo, em afirmar que os direitos originários e inalienáveis que postulam, uma vez violados, geram uma situação de responsabilidade. Acautelam, no entanto, a liberdade de acção referindo que essa violação tem de ser culposa. O elemento subjectivo é mesmo considerado o fundamento da imputação delitual. Agigantava-se uma ideia individualista e assomava como essencial a delimitação da esfera de acção a partir do cotejar das esferas alheias. A expressão do *neminem laedere* não é outra coisa se não isso mesmo. Mas o enfoque já não é só colocado na liberdade, antes numa série de outros direitos originários, dos quais aquela também faz parte.

No fundo, podemos ver que o problema da responsabilidade civil deve ser entendido como uma questão que toca a própria intencionalidade do que é o direito. Para o pensamento de raiz liberal, a relação do eu com o outro seria sempre uma relação de exclusão. Cada um é, diante do outro, o seu obstáculo intransponível. Esqueceu-se de perceber que a liberdade terá de ser vista como indissociável da responsabilidade. Ou seja, a responsabilidade não é um obstáculo à liberdade, mas a outra face da moeda que jamais deixará de acompanhar aquela, porque o homem não pode continuar a ser visto

como indivíduo, mas terá de ser visto necessariamente como pessoa dotada de uma ineliminável dignidade ética, e como tal, como um ser de responsabilidade.

A liberdade de cada um não pode continuar a ser perspectivada como um espaço de exclusão dos demais. A liberdade co-envolve deveres de respeito para com o outro. Donde resulta que um sujeito pode actuar a coberto de um direito que o ordenamento lhe reconhece e ainda assim estar a lesar terceiros, causando danos que chocam a própria ideia de direito. Isto que o pensamento individualista não conseguiu compreender é perfeitamente ilustrado pela ideia do abuso de direito⁶⁸⁸.

De uma forma sistemática, podemos descortinar quatro momentos essenciais a partir da época moderna.

Num primeiro momento, no qual incluímos os primeiros autores jusracionalistas que, com base na ideia do sistema de direitos naturais, acabam por afirmar o princípio do *neminem laedere*. Uma segunda fase, em que, continuando a traçar o seu caminho o jusracionalismo, mas agora ligado ao iluminismo, se afirma insofismavelmente a liberdade humana, entendida como liberdade negativa, como o valor axiologicamente superior de todo o sistema, com a conseqüente reafirmação do *neminem laedere*.

Num terceiro momento, a ideia de liberdade associada à necessidade de certeza e segurança jurídica levam a uma restrição do âmbito da responsabilidade. Estamos agora nos alvares do pensamento positivista, que em França fez escola com o método exegético e na Alemanha iria traduzir uma ideia de cientificidade e conceptualização, conducente a uma categorização rigorosa daquilo que deveria funcionar como requisito da pretensão ressarcitória.

Por fim, um último momento. Aquele momento de que fazemos parte integrante, em que o ser humano deixa de ser visto como um indivíduo, para se afirmar como pessoa, ou seja, como um ser de responsabilidade⁶⁸⁹, o que implica não só a delimitação

⁶⁸⁸ Veja-se, porém, a referência que GUILHERME MOREIRA faz ao problema do abuso de direito – « Estudo sobre a responsabilidade civil », *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, 1905, 1906 e 1907

⁶⁸⁹ Numa interessante perspectiva de abordagem da diferença entre o indivíduo e a pessoa, relacionando esta diferença com aquela entre o público e o privado e o individualismo nascente no período iluminista, veja-se LEITE CAMPOS, “O cidadão-absoluto e o Estado, o direito e a democracia”, *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 53, Lisboa, 1993, p.5 a 19. Aí, o autor explica-nos que durante toda a Idade Média o homem se compreendeu como um ser inserido num cosmos criado e organizado por Deus e num plano de salvação colectiva. Sendo o plano de salvação colectivo, tudo aquilo que o homem fizesse dizia respeito a toda a comunidade a que ele pertencia, daí que “todo o privado era público” (p. 9). “O outro era visto, não como um limite ao eu, mas como um elemento colaborante do eu, e imprescindível para a salvação de si mesmo” (p.10) [Refira-se que a compreensão do homem na sua imersão no cosmos remonta à Antiguidade Clássica. Nesse sentido, cf. DIOGO COSTA GONÇALVES, “Pessoa e ontologia: uma questão prévia da ordem jurídica”, *Estudos de Direito da Bioética*, vol. 2, Almedina, Coimbra, 2008, p. 134, falando do homem desse período como “peça do cosmos, sacrificando a sua individualidade ante a

de espaços de liberdade que a serem ultrapassados originarão uma pretensão indemnizatória, mas a análise do direito também sob o prisma dos deveres, que, por seu turno, fundamentarão a responsabilidade^{690 691}.

Encontrada na ideia de pessoalidade a matriz ética em que radica o sentido do direito, e estruturando-se aquela numa dialéctica entre liberdade e responsabilidade, à responsabilidade civil não pode deixar de ser reconhecida uma intencionalidade última que seja directamente comunicada pelo princípio normativo do direito enquanto direito.

c) Descoberta que ficou a teleonomologia da responsabilidade civil, falta questionar se é pertinente a defesa de uma função punitiva do instituto. Reclamam

razão da universalidade (...)”]. Com as reformas cristãs dos séculos XV e XVI, passa a defender-se um contacto directo entre Deus e o homem, e o homem passa a encontrar-se só para se salvar. “O que passa a interessar-lhe fundamentalmente é a sua própria alma individual, esquecendo, ou pondo para segundo plano, a ordem geral que é a ordem do cosmos. Desintegrado da ordem geral do cosmos, cada homem trilha o seu caminho esquecendo os outros, ou mesmo contrariando os outros. Não se contrapôs, já, o individualismo protestante ao colectivismo católico?”. Com tudo isto, explica o autor, a sociedade corporativa acaba por desaparecer e dá lugar a uma sociedade onde cada um reivindica o seu espaço de privacidade e de liberdade, agora entendida como uma liberdade negativa. Os valores transcendentais que se afirmavam na sociedade medieval desapareceram e relativizaram-se. As normas deixam de ser vistas como a emanção de uma ordem superior, por isso mesmo aceite por todos, para passarem a ser instrumentos que garantam a imunidade dos cidadãos. O que era anteriormente público transforma-se agora em privado. “O individualismo é contemporâneo da progressiva interiorização, privatização da vida. O indivíduo quer-se e descobre-se desvinculado de qualquer ordem social (...). Cada homem uma ilha; cada casa um castelo” (p. 15)].

Hoje o homem já não é visto como um indivíduo, mas como pessoa. O homem já não pode ser entendido isoladamente, como uma parcela de um todo, mas deve ser entendido como um ser que realiza plenamente a sua dignidade ética na comunicação com os outros semelhantes. Como afirma PINTO BRONZE – “O Visconde de Seabra (Um exercício de memória). Da liberdade do indivíduo à responsabilidade da pessoa”, *BFD*, vol. LXXI, Coimbra, 1995, p. 593 – “o homem não é mais o indivíduo absoluto, que tem ao seu dispor um mundo objecto manipulável, mas a pessoa convivente, que age num mundo por que é responsável; e por outro lado e consonantemente o direito não é o mero regulador do encontro de arbítrios, subjectivamente titulados, que recíproca e mecanicamente se comprimem, mas autenticamente co-instituída exigência de sentido em que aquela pessoa aceitar rever-se”. Ou seja, e dito de uma forma diferente, o homem não é já o ser solitário do individualismo, nem o ser que se dissolve no cosmos, mas é acima de tudo pessoa. E esse ser pessoa implica múltiplos deveres de solidariedade que fazem de cada um responsável por certos danos mesmo que eles tenham sido causados ao abrigo do exercício de um direito. A responsabilidade, dizemo-lo mais uma vez com PINTO BRONZE, exprime a própria pessoalidade, sem querermos com isto defender um alargamento dela a níveis inoportáveis para a própria manutenção da sociedade.

A este tópico regressaremos mais à frente.

⁶⁹⁰ Referindo-se à superação do formalismo do *neminem laedere* pela consideração do abuso do direito, cf. EMANUELA NAVARRETTA, “Bilanciamento di interessi costituzionali e regole civilistiche”, *Rivista Critica del Diritto Privato*, anno XVI, 4, 1998, p. 643 e ss.

⁶⁹¹ Cumpre salientar a este propósito a diferença entre o pensamento jurisprudencialista que faz apelo à ideia de dignidade ética da pessoa humana, como fundamento último do direito, e o pensamento jusnaturalista. CASTANHEIRA NEVES é veemente na apresentação da dicotomia apresentada – cf. “O papel do jurista nos nossos tempos”, *Separata do volume XLIV do Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Coimbra, 1968 (também publicado em *Digesta – Ensaios acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da sua Metodologia e outros*, volume I, p. 9 a 50, Coimbra, 1995), p. 53 e PINTO BRONZE, *Lições...*cit., p. 164, nota 102 e p. 424. No mesmo sentido, EMANUELA NAVARRETTA, “Bilanciamento di interessi ...”...cit., p. 626-627

alguns autores que o sentido ético que lhe reconhecemos deve ser por aquela sublinhada, sob pena de ser apagada.

E isso fá-los perscrutar pontos de apoio suficientemente seguros para a defesa incondicional da função punitiva da responsabilidade civil.

Não nos parece, porém, que a simples determinação da intencionalidade subjacente ao remédio ressarcitório autorize, sem mais, conclusões deste pendor. Na verdade, estamos longe do pensamento axiomático-dedutivo próprio do jusracionalismo, pelo que não se pode deduzir de um simples enunciado – ainda que com valor normativo fundamentante – a modelação concreta de todo o sistema⁶⁹². Pelo contrário, um mesmo princípio admite muitas concretizações, o que nos obrigará, sem delongas, a calcorrear diversos argumentos de índole dogmática – embora animados pela intencionalidade recortada – por forma a identificar a projecção dela no sistema positivado e concluir se autoriza ou não a afirmação de uma finalidade punitiva, *stricto sensu*.

Talvez por isso os autores apresentem outras razões justificativas da necessidade de repensar o instituto, superando uma concepção estritamente reparatória que o caracteriza ao longo dos tempos.

Assim, fala-se sobretudo de uma série de danos que, pelas suas características, seriam irreparáveis, sendo, portanto, não só necessário preveni-los mais eficazmente, como punir o lesante que os tivesse perpetrado⁶⁹³.

Não cremos que, ainda assim, seja o bastante. Porventura, sê-lo-ia de uma perspectiva que pudéssemos designar por *de iure constituendo*. Mas não no plano do direito que já é. E isto sem embargo de reconhecermos que o sistema é aberto, nunca plenamente constituído, sempre redensificável pelas concretas experiências de desvelação da normatividade, que supera a própria positividade. Tudo isto a querer dizer que se é certo que os critérios pré-disponibilizados – quer sejam legislativos, quer sejam jurisprudenciais, quer sejam doutrinários – pelo sistema têm de ser interpretados à luz dos

⁶⁹² Afastamo-nos, por isso, embora defendendo uma concepção ética do sistema de responsabilidade civil, do pensamento de autores como EHRENZWEIG, *Die Schuldhafung um Schadenersatzrecht*, Wien, 1936, p. 176 e ss. Na verdade, o autor sustenta que a concepção da culpa ainda se estriba nos valores do direito natural e no sentimento jurídico do povo.

⁶⁹³ Nesse sentido, PAULA MEIRA LOURENÇO fala dos danos não patrimoniais, dos danos estéticos, dos danos difusos, de que são exemplo paradigmático, os danos ambientais – *A função punitiva ...cit.*, 7 e ss. Segundo a autora, “o surgimento destes novos tipos de danos denuncia somente a incapacidade de resposta da função reparatória da responsabilidade civil a estes novos desafios” (p. 11) Note-se que, mais uma vez, o ideal punitivo surge incindivelmente associado ao escopo preventivo, pelo que, mais uma vez alertamos que, e pese embora a nossa opção inicial, muitas vezes teremos de tratar em conjunto as duas realidades.

princípios que informam o mesmo, também é verdade que não se pode ir, nessa interpretação orientada pelos fundamentos, além da busca de uma congruência imprescindível entre ambos.

Dito de uma forma mais directa, o reconhecimento do princípio normativo do direito enquanto direito leva-nos a considerar que a responsabilidade civil encontra o seu fundamento num princípio normativo de responsabilidade, lido à luz da dialéctica entretecida entre liberdade e responsabilidade que caracteriza, afinal, o modo de ser pessoa⁶⁹⁴. E faz-nos reconhecer, concomitantemente, a urgência da desvelação do sentido ético do instituto⁶⁹⁵ e, subsequentemente, a imprescindibilidade de um juízo de culpabilidade no desenho concreto da regra delitual⁶⁹⁶.

Ora, estando isto salvaguardado, abre-se um espaço de modelação da concreta fisionomia das regras ressarcitórias. Pelo que deverão ser estas – ainda que, dialecticamente, perspectivadas à luz daqueles princípios – a dar-nos a resposta à questão que nos vem animando.

Urge, portanto, olhar directamente para os referidos critérios pré-disponibilizados pelo sistema, na busca incessante de argumentos que, concludentemente, nos permitam afirmar uma posição de princípio.

Não raramente os autores lançam um olhar panorâmico sobre o sistema jurídico no sentido de, encontrando arrimos legais que nos remetam para uma intencionalidade punitiva desse mesmo sistema, abrir as portas à defesa de uma finalidade do mesmo tipo para o instituto da responsabilidade civil, quando isoladamente considerado.

Compreende-se a preocupação. Na verdade, estando a ideia de punição, historicamente, conotada com o direito penal, ter-se-ia de, em primeiro lugar, remover quaisquer obstáculos à mobilização dela num domínio que não lhe é – pelo menos automaticamente – conatural.

É nesse sentido que interpretamos as palavras de ZENO-ZENCOVICH⁶⁹⁷.

⁶⁹⁴ A este propósito, v., sem embargo que ulteriores explicitações, FERNANDO MOLINA FERNÁNDEZ, “Presupuestos de la responsabilidad jurídica. Análisis de la relación entre libertad y responsabilidad”, *Responsabilidad en el Derecho, Anuário da Faculdade de Direito da Universidade Autónoma de Madrid*, 4, 2000, p. 57 a 137.

⁶⁹⁵ Diga-se, a este propósito, que a compreensão deste fundamento último nos permite, ademais, encontrar soluções concretas diversas daquelas a que seríamos conduzidos por um pensamento de cariz formalista.

⁶⁹⁶ Da mesma forma que impõe que, em nome do sentido do direito enquanto direito, determinadas situações sejam cobertas pelo manto da ressarcibilidade; que se lance um olhar axiologicamente conformado sobre o problema da ilicitude; que se compreenda adequadamente a problemática do nexa de causalidade.

⁶⁹⁷ ZENO-ZENCOVICH, “Il problema...”...cit., p. 16.

O autor, centrando-se no problema do instituto da pena privada, sustenta a ideia segundo a qual se deve romper com a teoria de que o ordenamento jusprivatístico funciona como mero expediente reintegrador da condição de igualdade dos particulares que foi alterada em virtude de um acto ilícito⁶⁹⁸, sob pena de cairmos no puro conceptualismo. Na verdade, “não é possível limitar a função do ordenamento àquela de mero garante da intangibilidade e da *restitutio in integrum* de algumas posições jurídicas afectadas (...). Para além dos interesses dos particulares, o ordenamento jurídico visa tutelar um interesse próprio: o respeito pelas normas que impõe”. No fundo, e continuando a acompanhar o pensamento do autor, o que aqui está em causa é um interesse na sua auto-conservação, dado que não conseguiria subsistir quando confrontado com múltiplas e frequentes violações⁶⁹⁹. Assim sendo, não se entende por que razão não se poderá depor no sentido da aplicação de uma pena aos transgressores daquele interesse público, que é a integridade dos comandos estaduais⁷⁰⁰, pelo que, neste quadro teleológico, “a existência e a função de uma sanção punitiva civil revela-se plenamente justificada e essencial”⁷⁰¹.

No mesmo sentido, depõe, entre nós, JÚLIO GOMES, apoiando-se, aliás, directamente no supracitado autor⁷⁰².

Não cremos, porém, que isto seja suficiente para sustentar a função punitiva da responsabilidade civil. Afirmá-lo, aliás, far-nos-ia entrar em contradição com o que anteriormente ficou registado.

Com efeito, tivemos oportunidade de referir que a ideia de punição não se confunde com a ideia de sanção. E se o pensamento dos dois autores chamados à colação releva em determinado sentido é exactamente nesse: na indubitável afirmação do carácter sancionatório do direito e, conseqüentemente, também do direito civil^{703 704}

705 .

⁶⁹⁸ ZENO-ZENCOVICH, *op. cit.*, *loc. cit.*

⁶⁹⁹ ZENO-ZENCOVICH, *op. cit.*, *loc. cit.*

⁷⁰⁰ *Idem*

⁷⁰¹ ZENO-ZENCOVICH, *op. cit.*, p. 17

⁷⁰² JÚLIO GOMES, “Uma função punitiva...”...*cit.*, p. 112-113

⁷⁰³ Repare-se, contudo, que sustentámos o imprescindível carácter sancionatório da responsabilidade civil com apelo ao princípio do direito enquanto direito e a uma concepção de pessoa que indelevelmente nos remete para o dialéctico binómio liberdade *versus* responsabilidade.

Já os insígnies juristas baseiam-se no ideal de auto-conservação do sistema, alicerçando-se, por isso, numa ideia de autoridade estadual que, mesmo no âmbito do direito privado, não está arredado do nosso horizonte discursivo.

⁷⁰⁴ ZENO-ZENCOVICH (*op. cit.*, p. 17, nota 20) afirma que uma sanção comporta – conjunta ou isoladamente – cinco finalidades: a prevenção, retribuição, reintegração, satisfação e a interrupção do acto ilícito.

O estudo italiano leva-nos, no entanto, mais longe. Apoiando-se na existência de inúmeros indícios punitivos em normas de direito civil, designadamente naqueles que resultam da possibilidade de os próprios particulares fazerem impender uma sanção a quem deixe de cumprir uma determinação previamente assumida⁷⁰⁶, ZENO- ZENCOVICH conclui que, por maioria de razão, o Estado também o deve poder fazer⁷⁰⁷.

Ora, é precisamente esta conclusão, e sem embargo do mérito que reconhecemos à procura de coerência no sistema, que julgamos ser prematura.

Em termos gerais, podemos afirmar que uma coisa é o desenho concreto do direito civil não se opor à prossecução de finalidades punitivas, outra diferente é, em homenagem a alguns exemplos mais ou menos paradigmáticos do recrudescimento da pena privada, sustentar-se que é imperiosa essa configuração para a responsabilidade civil. De facto, cada instituto – embora convergindo num fundamento único e bebendo das notas predicativas do mesmo ramo dogmático em que se integra – tem uma

Este simples enunciado vem comprovar o que denunciámos. Explicitar o carácter sancionatório da responsabilidade civil de nada nos adianta se o nosso objectivo é determinar, com precisão, qual a ou as finalidades que, autonomamente, e sem dependência das restantes, podem ser erigidas em escopo da regulamentação delitual.

⁷⁰⁵ Também não negamos que, subjacente à imposição de uma obrigação ressarcitória, há um claro interesse público de realização da justiça. Mas, devemos sublinhar que este existe diante de qualquer comando jurídico. Foi, aliás, esta uma das razões que levou ao abandono da teoria dos interesses – e mesmo da teoria dos interesses predominantes – como critério de distinção entre o direito público e o direito privado.

Sobre isto, cf. MOTA PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, ... cit., p. 36 e ss.; CAPELO DE SOUSA, *Teoria Geral do Direito Civil*, volume I, Coimbra Editora, Coimbra, 2003, p. 10 e ss.

⁷⁰⁶ Não nos podemos esquecer que o autor – de uma forma não só interessante como sistematicamente louvável – apresenta duas acepções possíveis para o termo pena privada, instituto a partir do qual se debruça sobre a finalidade punitiva da responsabilidade civil. Se, por um lado, ela pode ser vista como o resultado do exercício da autonomia privada, no sentido de ser um particular a impor uma sanção a outro particular, é igualmente possível entendê-la como a pena que o ordenamento jurídico comina em caso de ocorrência de um ilícito civil (p 12). E porque o conceito de “pena privada” é muito mais amplo que o de responsabilidade civil, sistematicamente consegue argumentar-se no sentido da não oposição do sistema ao carácter punitivo da última.

Sobre a pena privada, cf., entre outros, MOSCATI, “Pena (diritto privato)”, *Enciclopedia del diritto*, XXXII, 770, Milano, 1982; BUSNELLI, “Verso una riscoperta delle pene private”, *Le pene private, Collana della Rivista RCP*, nº6, Giuffrè Editore, Milano, 1985, p. 3-12. Note-se que o autor encara o recrudescimento da pena privada como uma forma de suprir as insuficiências de uma visão arraigadamente ressarcitória da responsabilidade civil.

Entre nós, sublinhando a relação de género-espécie entretecida entre as noções de pena privada e responsabilidade civil, cf. PAULA MEIRA LOURENÇO, *A função punitiva...*cit., p. 10 (em especial, nota 12). Cf., também, *inter alia*, GENEVIÈVE VINEY, “Responsabilité civile”, ... cit., p. 485 e ss. (mostrando, com apelo à decisão da *deuxième Chambre civile de la Cour de Cassation* de 18 de Dezembro de 1995, que a acção foi proposta não com uma finalidade indemnizatória, mas repressiva e preventiva, num caso em que estavam em causa declarações radiofónicas discriminatórias e racistas).

⁷⁰⁷ ZENO-ZENCOVICH, *op. cit.*, p. 15

individualidade que, não só o distingue nos pressupostos de mobilização por referência aos demais, como lhe comunica uma intencionalidade teleológica específica⁷⁰⁸.

Em termos particulares, podemos lançar um breve olhar pelos institutos chamados à colação pelos defensores da função punitiva da responsabilidade civil⁷⁰⁹.

Lê-se amiúde que o ordenamento jurídico permite a previsão de uma cláusula penal e que a intencionalidade desta ultrapassa a simples finalidade indemnizatória. Na verdade, superou-se, em termos concludentes, a perspectiva tradicional que a via como uma “figura unitária, bifuncional e de natureza indemnizatória”⁷¹⁰.

PINTO MONTEIRO acabaria por ser decisivo na viragem doutrinal operada. Apercebendo-se que nem sempre a intenção das partes, que preside à estipulação de uma cláusula deste tipo, é a mesma, o autor conclui que a cláusula penal pode cumprir diferentes finalidades⁷¹¹. E, consoante a finalidade pré-definida – à qual acedemos pela interpretação do contrato –, assim estaríamos diante de uma das três modalidades possíveis de cláusula penal: cláusula de fixação antecipada da indemnização, cláusula penal em sentido estrito ou cláusula penal puramente compulsória⁷¹². Só no primeiro caso a pena identifica a própria indemnização, cuja liquidação prévia foi avocada pelos contraentes.

⁷⁰⁸ Neste ponto concreto, apenas se elimina um dos obstáculos à admissibilidade de uma função punitiva estrita da responsabilidade civil, representado por todos aqueles autores a quem SALVADOR CODERCH dá voz ao afirmar que, na cultura jurídica europeia continental, a ideia de punição contraria o princípio de que é o Estado quem detém o monopólio da imposição de sanções – cf. “Punitive damages”...cit., p. 139-140. Sublinhe-se, em nome do rigor científico, que o jurista espanhol, seguidamente, apresenta diversos indícios de flexibilização da eventual rigidez do princípio.

⁷⁰⁹ Deixaremos de lado a análise de aspectos como a possibilidade de uma associação impor aos associados uma determinada sanção, como seja a exclusão da qualidade referida ou a suspensão. Na verdade, estamos em crer que matérias como esta escapam totalmente ao nosso âmbito de análise, sobretudo porque relativamente às associações e ao seu poder se pode quase falar de um ordenamento paralelo, integrado no ordenamento jurídico geral, e disciplinado em primeira linha com apelo aos estatutos que a regem, onde inclusivamente se prevê a existência de órgãos de fiscalização disciplinar.

⁷¹⁰ Dando desenvolvidamente conta desta posição tradicional, e mostrando-se muito crítico da mesma, PINTO MONTEIRO, *Cláusula Penal e Indemnização*, Almedina, 1999, p. 289 e ss.

Entendia-se, na verdade, que a cláusula penal cumpriria uma dupla função. Consoante a soma previamente acordada se venha a mostrar superior ao dano apurado ou próxima dele, revelará uma finalidade compulsória ou indemnizatória. Nas palavras do insigne civilista, “o escopo pretendido pelas partes evidenciar-se-á apenas *a posteriori*, após o incumprimento, consoante a soma acordada se mostre sensivelmente acima do prejuízo efectivo ou não” (p. 291). E acrescenta que “a esta unidade conceitual, apesar da dupla função reconhecida à cláusula penal, corresponde uma natureza essencialmente indemnizatória”, pelo que era, então, certo analisar a cláusula penal no âmbito da obrigação de indemnização. Sem que, com isso, se conseguisse chegar à defesa de uma intencionalidade punitiva para a mesma, apesar de, em concreto, superando a pena o montante do dano apurado, ela ser devida a título de *indemnização sancionatória*. A expressão é utilizada por CALVÃO DA SILVA, *Cumprimento e sanção pecuniária compulsória*, Coimbra, 1987, p. 248 e adoptada, na sistematização da perspectiva tradicional, por PINTO MONTEIRO, *Cláusula Penal*...cit., p. 293.

⁷¹¹ Entre essas finalidades contam-se a função indemnizatória e função coercitiva ou compulsória – cf. PINTO MONTEIRO, *Cláusula Penal*...cit., p. 26 e ss.

⁷¹² PINTO MONTEIRO, *Cláusula Penal*...cit., p. 577 e ss, e, em especial, p. 601 e ss.

Tudo isto a querer dizer que cai por terra o raciocínio de todos aqueles que, chamando à colação a cláusula penal, querem ver nela um indício sério da existência de uma finalidade punitiva na responsabilidade civil. Efectivamente, na única vertente em que a pena se confunde com a indemnização, a finalidade prosseguida é eminentemente ressarcitória^{713 714}.

Se a demonstração da não oposição de princípio do ordenamento jurídico a um escopo punitivo não é bastante, há que procurar novos caminhos. Aqueles que nos permitam, afinal, olhar directamente para alguns aspectos da modelação aquiliana para, a partir daí, respondermos à questão que nos tem orientado.

Assim, impor-se-ão, essencialmente, breves considerações acerca de dois pontos. A saber: a redução da indemnização, *ex vi* artigo 494º CC, e a indemnizabilidade dos danos não patrimoniais⁷¹⁵.

⁷¹³ Ademais, urge salientar outros pontos. Em primeiro lugar, tratando-se de uma cláusula penal na modalidade de fixação antecipada da indemnização, a única prevista no nosso Código Civil, o legislador teve o cuidado de estabelecer limites, como sejam aqueles que decorrem do artigo 811º. Em segundo lugar, não se pode esquecer que a figura se enquadra no domínio contratual, o que importa uma nota inolvidável. Na verdade, o montante da pena é acordado e fixado previamente pelas partes, donde resulta que, não só ela resulta do exercício da autonomia privada, como se contorna o problema – especialmente grave no caso dos danos punitivos – de submissão do agente lesivo a um montante punitivo sem a prévia tipificação do mesmo. Por último, mesmo que nos quiséssemos centrar nas restantes modalidades de cláusula penal, refira-se que a compulsão ao cumprimento não pode, sem mais, ser visto com uma forma de punição no sentido retributivo-preventivo do termo.

⁷¹⁴ Também não nos parece, em nome do último argumento apresentado na nota anterior, que se possa extrair qualquer conclusão a partir da constatação da existência de figuras como o sinal ou a sanção pecuniária compulsória. Além de que, voltamos a frisá-lo, são mecanismos apenas concebíveis no âmbito de relações entre pessoas determinadas.

⁷¹⁵ Acompanhamos aqui os argumentos mobilizados pela grande maioria dos autores que se debruçam sobre a problemática, e que podemos reconhecer ao longo das citações que temos vindo a fazer.

Refira-se, porém, que tem sido chamado igualmente à colação um terceiro aspecto da regulamentação delitual, a depor no mesmo sentido. Falamos agora do problema do nexa de causalidade e da relevância da causa virtual.

Tratando do problema da relevância da causa virtual e ligando tal ideia ao problema das funções que a responsabilidade civil é chamada a desempenhar, cf. PEREIRA COELHO, *O problema da causa virtual na responsabilidade civil*, ... cit., p. 219-220.

No mesmo sentido, depõe actualmente PAULA MEIRA LOURENÇO – *A função punitiva*...cit., p. 251. Pode ler-se, aí, que a “solução da relevância negativa da causa virtual é o corolário lógico da teoria da diferença e do conceito de dano como diferença no património do lesado, fundando-se assim na função meramente reparadora da obrigação de indemnizar”. E continua, dizendo que “se apesar da existência de uma causa virtual, a obrigação de indemnizar subsiste em virtude do grau de culpa do lesante, afirmando-se assim a irrelevância da causa virtual, isso implica que a responsabilidade civil prossegue aqui uma finalidade punitiva” (p. 255).

Não obstante reconhecermos a contundência do argumento aduzido, não dedicaremos mais do que estas breves linhas ao seu tratamento. E isto por uma tripla ordem de razões. Em primeiro lugar, havendo preceitos que consagram a relevância negativa da causa virtual (v.g. artigo 491º, 492º, 493º CC), há que indagar se tais normas não constituirão afloramentos da aceitabilidade geral de tal posição (cf. PESSOA JORGE, *Ensaio sobre os pressupostos*...cit., p. 417-418). O que nos remete, directamente, para a segunda razão justificativa da nossa opção de base. De facto, sendo a determinação da causalidade uma matéria complexa que não pode deixar de ser influenciada por uma mudança de paradigma na forma como olhamos para o fenómeno ressarcitório, há que repensá-la devidamente. Ora, os dados do nosso percurso argumentativo são exactamente inversos. Não partimos da consideração do problema do nexa de

A atenção ao grau de culpabilidade do autor do dano dispensada pelo artigo 494º CC na determinação do *quantum* indemnizatório é vista, pela maioria da doutrina pátria, como uma manifestação da função punitiva da responsabilidade civil⁷¹⁶. A posição, contudo, não recolhe unanimidade. Ecoa no quadro dogmático português a leitura que BRANDÃO PROENÇA faz do preceito⁷¹⁷. Para o autor, o que o preceito consagra é a protecção do lesante que se limitou a actuar negligentemente, sem que legitime, sem mais, extrapolações de outra índole^{718 719}.

Se recusarmos uma visão desenraizada do preceito, somos levados a afirmar que é inequívoco o relevo da culpa na determinação do montante indemnizatório. Mas parece-nos que isso não nos leva a outro patamar de considerações. Afinal, a culpa surge – com excepção dos casos de responsabilidade pelo risco – como pressuposto indefectível da imputação delitual⁷²⁰. O que o preceito em análise nos indica é que, em todas aquelas situações em que o grau de culpa não é mensurado acima da negligência, se pode diminuir a indemnização, tendo em conta os restantes critérios. Não se afasta, portanto, da ideia do dano como limite do ressarcimento. Donde resulta, afinal, que o indício extraído do artigo 494º CC nos remete para uma função sancionatória da

causalidade para dele retirar um argumento acerca das finalidades da responsabilidade civil, mas olhamos para estas no sentido de discernir um trilha através do qual possamos dar um passo em frente nessa matéria.

⁷¹⁶ Cf., *inter alia*, PEREIRA COELHO, “O enriquecimento e o dano”, *Revista de Direito e Estudos Sociais*, nº4, 1968, p. 346 e 350, nota 70; ANTUNES VARELA, *Das obrigações...cit.*, I, p. 542; PESSOA JORGE, *Ensaio...cit.*, p. 364; PAULA MEIRA LOURENÇO, *A função punitiva...cit.*, p. 231 Cf., ainda, PINTO MONTEIRO, *Cláusulas limitativas ... cit.*, p. 82 e ss.

⁷¹⁷ BRANDÃO PROENÇA, *A conduta do lesado como pressuposto e critério de imputação do dano extracontratual, ... cit.*, p. 164

⁷¹⁸ Admite, no entanto, que o artigo possa apontar no sentido punitivo, se se pensar que o preceito autoriza o juiz a conceder uma indemnização mais avultada naqueles casos em que existe um seguro obrigatório – BRANDÃO PROENÇA, *op. cit.*, p. 162. Neste sentido, obstar-se-ia ao fenómeno de socialização do dano.

⁷¹⁹ Cf., igualmente, ALBERTO SÁ E MELLO, “Critérios de apreciação da culpa na responsabilidade civil. Breve anotação ao regime do Código”, *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 49, II, 1989, p. 541. Para o autor, o preceito tem como função vincar a função reparadora.

⁷²⁰ Cf. MARTONS, *Archiv für die civilistische Praxis*, 162, 1963, p. 1 ss., *apud* KLAUS SCHLOBACH, *Das Präventionsprinzip im Recht des Schadensersatzes... cit.*, p. 48 e ss. Com MARTONS, a culpa, embora não desapareça do sistema cogitado, perde a sua centralidade e passa a ser um mero indicador para a prossecução do ideário preventivo (cf. p. 48). No fundo, e consoante nos esclarece SCHLOBACH, ela desaparece como princípio para ser afirmada como um elemento subordinado à prevenção. Estas ideias seriam complementadas pela consideração dos interesses subjacentes à alocação dos danos no quadro civilístico. Quer o interesse social na integração, quer o interesse individual na compensação seriam sopesados a este propósito e a articulação entre o dito princípio da prevenção, central na sua obra, e este outro do interesse jogaria no sentido do desenho concreto de um modelo imputacional, entendido como alocação de danos, muito próximo daquela que vimos ser a estrutura cogitada por WILBURG. Para uma diferenciação entre os dois autores, cf. KLAUS SCHLOBACH, *Das Präventionsprinzip... cit.*, p. 50. Veja-se, igualmente, nas páginas seguintes as críticas que se lhe dirigem. Entre as principais, conta-se o facto de o princípio da prevenção, arvorado em âncora fundacional do sistema, não ser senão mobilizado a montante, perdendo-se o seu efeito refractário no momento da determinação dos danos indemnizáveis (cf. p. 51).

responsabilidade civil, mas no sentido da desvelação do sentido ético do instituto, que não se confunde com a punição/retribuição de que agora curamos⁷²¹.

Mais concludente parece ser a detida apreciação da possibilidade de compensação dos danos não patrimoniais. Atentemos, então, no que a partir deles podemos depreender⁷²².

Historicamente, os cultores do direito civil foram confrontados com a dúvida acerca da possibilidade de ressarcimento deste tipo de danos⁷²³.

A dificuldade de abordagem da temática resultava da própria natureza dos danos em causa, já que, por definição, são aqueles que não são susceptíveis de avaliação pecuniária. Numa época em que se estava ainda preso à teoria da diferença, era extremamente delicado lidar com o fenómeno. Para mais, a impossibilidade de reparação dos danos e a oposição a uma visão materialista da sociedade, na medida em que o ressarcimento de tais danos constituiria uma forma de afirmação de que as dores e o sofrimento podiam ser apagados com a entrega de um quantitativo monetário, eram argumentos a ter em conta no sentido da não indemnizabilidade dos mesmos.

É em oposição a esta tendência originária que surge uma ideia de compensação do lesado. Ainda que não seja possível torná-lo *indemne*, seria preferível atribuir-lhe uma indemnização que o compensasse do mal sofrido do que obrigá-lo a suportar integralmente o dano, não chamando à responsabilidade o autor do mesmo. E compreende-se que assim seja. É um ideal de justiça que entra em jogo e, como impressivamente nos diz PINTO MONTEIRO, “mais imoral seria negar essa compensação ao lesado e deixá-lo sem nada”^{724 725}.

No entanto, parece não estar aqui em causa um puro ideal reparador. Se o dano verdadeiramente não deixa de existir, a compensação funcionará antes de mais, no cumprimento daquele ideal de justiça, como uma forma de chamar à responsabilidade o lesante, impedindo que ele fique impune. É ainda e sempre a afirmação do sentido ético

⁷²¹ Até porque, ao nível do direito civil, a avaliação da culpa é feita por referência ao comportamento do *bonus pater familias*, pelo que não requer uma reprovação subjectiva. Salientando esse ponto, cf. FERNANDO PANTALEÓN, “Cómo repensar ...”...cit., p. 167; IZHAK ENGLARD, *The philosophy of tort law*, Dartmouth, Aldershot, 1993, p. 25, nota 1.

⁷²² Sobre o problema das funções que a responsabilidade civil é chamada a cumprir tendo em conta o problema dos danos não patrimoniais, cf. CESARE SALVI, *Il danno extracontrattuale*... cit., p. 93 e ss.

⁷²³ Cf. VAZ SERRA, “Reparação do dano não patrimonial”, *Boletim do Ministério da Justiça*, nº83, 1959, p. 69-111.

⁷²⁴ Cf. PINTO MONTEIRO, “Sobre a reparação dos danos morais”, ...cit., p. 20 e ss.

⁷²⁵ É exactamente este o entendimento consagrado pelo nosso legislador. No artigo 496º CC, pode ler-se que “na fixação da indemnização deve atender-se aos danos não patrimoniais que, pela sua gravidade, mereçam a tutela do direito”.

da responsabilidade civil – e nos termos por nós explicitados do carácter sancionatório do instituo – que é chamada a operar.

Acontece que alguns ordenamentos jurídicos parecem ir mais longe. A par de uma finalidade de compensação, sustentam igualmente a existência de uma função de satisfação do lesado.

JÚLIO GOMES alerta-nos para o carácter um pouco fluído do conceito⁷²⁶. Enquanto para alguns a satisfação se une à compensação pela nota da sinonímia (ou quase sinonímia⁷²⁷), para outros ela indicaria uma ideia de punição evidente⁷²⁸. No fundo, o lesado sentir-se-ia apaziguado, pacificado, reafirmando-se, concomitantemente, a pretensão de validade da ordem jurídica⁷²⁹.

Saliente-se que, na determinação do montante indemnizatório, haverá que atender às circunstâncias especificadas no já referido artigo 494º CC, como sejam o grau de culpabilidade do agente, a situação económica das partes, entre outros.

Há, portanto, que explicitar algumas notas, até porque anteriormente recusámos sustentar no citado preceito um carácter punitivo estrito da responsabilidade civil.

Dissemos a esse propósito que o artigo não se afastava do limite indemnizatório delineado pelo montante do dano apurado e provado. Acontece que, agora, pela definição e natureza do tipo de dano em causa, esse limite quantitativo não existe. Donde resulta que a nossa base de determinação da indemnização será outra. Parece-nos, portanto, mais consentâneo com a realidade das coisas pensar que a ponderação do grau de culpa do lesante e da sua situação económica funcionam aqui, já não como expediente de salvaguarda da sua posição jurídica, mas como critério de determinação do *quantum* necessário para que aquele apaziguamento possa, concretamente, funcionar. Unido ao artigo 496º, a intencionalidade da norma constante no artigo 494º altera-se⁷³⁰.

Note-se, porém, que há que ter, igualmente, em conta a situação económica do próprio lesado. Avulta, assim, claro e novamente, uma tendência para o ideal reparador

⁷²⁶ JÚLIO GOMES, “Uma função punitiva...”...cit., p. 119

⁷²⁷ Cf. PINTO MONTEIRO, “Sobre a reparação dos danos morais”, ...cit., p. 20.

⁷²⁸ Sobre o ponto, veja-se, ainda, HANS STOLL, “Consequences of liability: remedies”, ... cit., nº12, p. 92 e 135.

⁷²⁹ JÚLIO GOMES, *op. cit.*, p. 120, bem como as importantes indicações bibliográficas que aí podem ser recolhidas.

⁷³⁰ Sobre a interpretação do artigo 494º CC, num sentido próximo do que nós sustentámos, embora apresentando outros argumentos, cf. LEITE CAMPOS, *A subsidiariedade da obrigação de restituir o enriquecimento*, Almedina, Coimbra, 2003, p. 322, nota 1.

Cf., num sentido diferente, PEREIRA COELHO, “O enriquecimento e o dano”...cit., p. 350 e ss, onde o autor afirma que, para efeitos de interpretação do artigo 494º CC, há que ter-se em conta o enriquecimento do lesante.

a que a responsabilidade civil sempre esteve unida⁷³¹. O que não desmente as pretéritas conclusões. Na verdade, estamos em crer que é neste ponto que claramente a reparação deixa de ser o pólo central da imputação delitual para só se poder cumprir pela via punitiva.

Como refere STOLL⁷³², a punição deve aqui ser vista como um meio para a obtenção da pacificação do lesado. E, como salienta, DEUTSCH⁷³³, “o apelo à ideia de satisfação do lesado acaba por significar uma inversão na hierarquia” que coloca a função sancionatória numa posição subordinada em relação à função ressarcitória.

Ou seja, se até aqui tínhamos defendido que a responsabilidade civil cumpre essencialmente uma função ressarcitória, à qual, pela matriz ética que a informa enquanto instituto juridicamente cunhado, se aliava uma função sancionatória ou punitiva em sentido amplo, a partir do momento em que passamos a ponderar os danos não patrimoniais e a sua ressarcibilidade, percebemos que, pela impossibilidade prática da reparação, o chamamento à responsabilidade do agente apenas pode operar por via do apaziguamento do lesado. E para que este ocorra – e nesse sentido se fale de uma reparação – há que fazer funcionar uma ideia de punição em sentido estrito.

Dito de uma forma ainda mais directa, enquanto no caso dos danos patrimoniais, o sentido do direito – assente na dialéctica liberdade *versus* responsabilidade – se cumpre mediante um puro mecanismo reintegrador; no tocante aos danos não patrimoniais, a reafirmação da personalidade só é pensável (ou seja, a responsabilização no seu sentido mais puro) se e quando o lesado se encontrar totalmente apaziguado. E isto só é viável com a entrada em cena de uma ideia estrita de punição, ainda que intrinsecamente associada à ideia de reparação^{734 735}.

⁷³¹ Cf. DEUTSCH, „Schmerzensgeld und Genugtuung“, *Juristische Schulung*, 1969, p. 202, também citado por JÚLIO GOMES, “Uma função punitiva...”...cit., p. 120

⁷³² *Apud* JÚLIO GOMES, *op. cit., loc. cit.*

⁷³³ Cf. DEUTSCH, „Schmerzensgeld ...“, ... cit., p. 202 e ss. e JÚLIO GOMES, *op. cit.*, p. 121.

⁷³⁴ Num sentido diferente, cf. PAULA MEIRA LOURENÇO, *A função punitiva...*cit., p. 264 e ss. A diferente argumentação é induzida por uma dupla ordem de razões. Por um lado, a autora não distingue o ideal de satisfação do ideal compensatório. Por outro lado, baseando-se numa interpretação diversa da que acolhemos para o artigo 494º CC, acaba por não diferenciar o preceito na sua autonomia relativamente à sua ligação sistemática – fruto da própria remissão do legislador – com o artigo 496º do mesmo diploma.

⁷³⁵ Num sentido totalmente diverso, olhando para a indemnização dos danos morais sob a óptica da análise económica do direito, cf. HUGO ALEJANDRO ACCIARRI, ANDREA CASTELLANO e ANDREA BARBERO, “¿Se debe indemnizar el dolor de las víctimas del 11 de septiembre? Un análisis económico del daño moral”, *Indret*, 2/2004, www.indret.com. Note-se que, sem demérito para o trabalho levado a cabo, importa salientar que, partindo da concretude anunciada pelo título, não se queda a análise no problema da responsabilidade civil na sua pureza, pondo em confronto dois particulares, mas implica a indagação da responsabilidade do Estado diante de catástrofes naturais ou situações de horror impostas pelo exterior da comunidade. Não obstante, e cientes da clivagem denunciada, não deixa de ser, neste contexto, pertinente o acompanhamento crítico reflexivo das palavras dos autores. Especialmente

d) Volta, então, a questionar-se enfaticamente se, agora que identificámos um claro escopo punitivo para a responsabilidade civil, estamos em condições de defender, como consequência lógica, a condenação de um agente no pagamento de danos punitivos.

A resposta é peremptoriamente negativa. E é-o, não só porque, em matérias juridicamente cunhadas, o logicismo próprio das ciências exactas se afigura deficitário e redutor enquanto filão condutor do *iter* argumentativo, como um atento olhar sobre a questão nos levará a conclusões diversas⁷³⁶.

Se partirmos, porém, das últimas considerações expendidas, afigurar-se-á pertinente uma dúvida.

Na verdade, se entendemos que, sempre que em causa estejam danos não patrimoniais, a justiça apenas se alcançará por via punitiva, e se retivermos que um dos campos privilegiados para o surgimento dos danos punitivos é a lesão de bens da personalidade, somos instados a perguntar: não constituirá isso um claro indício da admissibilidade daqueles?

Não obstante a racionalidade de pendor analógico que nos deve animar, o facto de descortinarmos uma finalidade punitiva à responsabilidade civil quando ligada à problemática dos danos morais, não nos autoriza a – despojados de outros fundamentos – considerar que o nosso ordenamento jurídico aceita, de princípio, a condenação do agente em *punitive damages*. E isto porque nem sequer é possível a transposição dessa intencionalidade do campo pessoal para o campo patrimonial.

Isto é, não podemos pensar que há, subjacente à tutela ressarcitória dos bens de carácter pessoal, uma intencionalidade punitiva. Fazê-lo era esquecer que os danos não patrimoniais podem, *mutatis mutandi*, resultar da preterição de direitos de carácter patrimonial.

interessante a sistematização oferecida para abordagem conceptual da temática. Dito de outro modo, apresentam os autores um esquema sucinto das diferentes posições em matéria de distinção entre danos patrimoniais e danos extrapatrimoniais, na sua relação com a lesão de bens jurídicos de uma ou outra natureza. Cf. p. 5

Para mais desenvolvimentos acerca da relação entre os danos não patrimoniais e a análise económica do direito, *vide* p. 7 e ss. Problemas como a diminuição do risco e a cobertura securitária são aí tematizados com algum pormenor.

⁷³⁶ Cf. OLIVEIRA ASCENSÃO, *Acção finalista e nexa causal*, ... cit., p. 22. Afirma o autor que “o direito não se refere à ordem cega do mundo natural, não se baseia nas suas leis mecânicas”, mas “brota da realidade social, plena de sentido”.

Chegando a conclusões diversas daquelas a que aportaremos, tanto que abraça o finalismo, OLIVEIRA ASCENSÃO ancora o seu percurso num pressuposto idêntico ao nosso: a insusceptibilidade de se continuar a olhar para a juridicidade segundo o dogma da neutralidade logicista própria das ciências exactas.

Por outro lado, embora haja uma nítida interpenetração entre as diversas figuras, facto que, aliás, se entende se pensarmos que os danos punitivos granjearam fortes apoios nos ordenamentos jurídicos que não reconhecem a possibilidade de ressarcimento dos danos morais, como forma de suprir tal obstáculo, a verdade é que não há uma confluência entre elas.

Como explicita JÚLIO GOMES, há determinadas situações em que o agravamento do montante indemnizatório ainda cumpre um escopo reparador⁷³⁷. Em jogo entram os chamados *aggravated damages*, definidos pelo autor como “os danos resultantes do impacto do ânimo ou intenção do agente sobre os sentimentos de dignidade e amor-próprio do lesado”⁷³⁸.

Mantendo uma proximidade grande com os *punitive damages*, distinguem-se deles por prosseguir ainda uma finalidade reparadora⁷³⁹.

Embora não se confundindo a figura com a indemnização devida em caso de danos extra patrimoniais, a verdade é que também aí, e não obstante a inversão hierarquicamente constatada das prioridades teleológicas, a ideia de reparação continua presente. O que nos permite concluir, neste primeiro momento, que o artigo 496º CC não pode servir de suporte ao acolhimento dos danos punitivos no nosso ordenamento jurídico, já que estes – e isso torna-se claro no cotejo operado – prescindem sempre da ponderação da repercussão que o comportamento do agente teve na esfera jurídica do lesado.

⁷³⁷ JÚLIO GOMES, “Uma função punitiva...”...cit., p. 107-108. A ideia subjacente à dicotomia traçada pelo autor – entre as situações em que a indemnização atribuída se reconduz, ainda, a uma finalidade de reparação do dano e as situações em que tal indemnização tem um escopo punitivo-preventivo – passa pela consideração de que “o dolo, se é, por um lado, um elemento a ter em conta na identificação do responsável pelo dano, é, ainda susceptível, o que nem sempre se tem presente, de influir no próprio montante deste (...) [por exemplo] no caso de lesões à honra, ao decoro, ou a destruição de bens pelos quais o seu proprietário tem um determinado interesse estimativo, (...) casos em que a extensão do dano pode, patentemente, depender da intenção do agente. Nesse caso, a atribuição de uma quantia mais elevada a título de indemnização (...) é susceptível de ser explicada pela necessidade de reparar integralmente o dano causado”. No fundo, o que está em causa é a noção de que os próprios danos são superiores porque, sendo o comportamento doloso, afectam mais amplamente o amor-próprio.

⁷³⁸ JÚLIO GOMES, *op. cit.*, p. 108. Cf., ainda, do autor, *O conceito de enriquecimento*...cit., p. 741.

⁷³⁹ Para maiores desenvolvimentos acerca do confronto entre os *punitive damages* e outras figuras próximas, cf. SOFIA LEITE BORGES, *As funções punitiva*...cit., p. 43 e ss. ; PAULA MEIRA LOURENÇO, *Os danos punitivos*...cit., p. 64 e ss; SALVADOR CODERCH, “Punitive damages”...cit., p. 142-143 (onde se encontra, também, uma definição precisa dos *aggravated damages*)

Os danos punitivos ou *punitive damages* têm sido, também, designados por *moral damages*, *at large*, *retributory*, *vindictive*, *deterrent*, *penal*, *smart money*, *swingeig*, *indignant*, *exemplary* (cf. JÚLIO GOMES, “Uma função punitiva...”...cit., p. 107).

Acresce que, não só o processo dedutivo falha, como uma panóplia de outros argumentos pode ser convocada para negar a possibilidade de condenação de um agente em danos punitivos, no seio do nosso ordenamento jurídico⁷⁴⁰.

Tendo em conta o centro nevrálgico do problema que eles atingem – ou, pelo menos, procuram atingir –, podemos afirmar que esses argumentos acabam por sublinhar o perigo que a deriva punitiva encerra, sobretudo quando alertados para certas e determinadas implicações constitucionais que daí podem resultar. Mas não se esgotam neste âmbito.

Olhemos, então, para alguns deles⁷⁴¹.

⁷⁴⁰ Para uma sistematização das principais críticas que têm sido dirigidas à imposição de danos punitivos, cf. JÚLIO GOMES, “Uma função punitiva...”...cit., p. 110 e ss.; SOFIA LEITE BORGES, *As funções punitiva*...cit., p. 58 e ss., que as sistematiza, dividindo-as em críticas de índole penal e processual penal, de índole economicista, de índole civilística; PAULA MEIRA LOURENÇO, *Os danos punitivos*...cit., p. 68 e ss.; ZENO-ZENCOVICH, “Il problema della pena privata...”...cit., p. 22; PONZANELLI, “I punitive damages nell’esperienza nordamericana”, *Rivista di diritto civile*, anno XXIX, 1983, p. 438 e ss.; PATRÍCIA GUIMARÃES, “Os danos punitivos...”...cit., p. 174 e ss.; PAULA RIBEIRO DE FARIA, “A reparação punitiva...”...cit., p. 272-273.

⁷⁴¹ Não voltaremos a debruçar-nos sobre a questão de os danos punitivos constituírem uma sanção de tipo penal e, como tal, estranha aos quadros conceptuais do direito privado. Parece-nos que, como ficou suficientemente explicitado, a intencionalidade do segundo não se opõe totalmente à “contaminação” do seu meio com figuras de índole punitivo. Sem que isso, tal como mostrámos, nos remeta imediatamente para um escopo retributivo da responsabilidade civil, até porque, como veremos, essa não oposição de princípio não implica, *mutatis mutandi*, a confluência dos dois nichos normativos que continuam a diferenciar-se em termos estruturais e intencionais. Na verdade, entre a não oposição comunicada por uma leitura sistematicamente comprometida do acervo normativo pré-disponibilizado pelo legislador na regulamentação da globalidade dos institutos juscivilísticos e a adopção irrestrita dos danos punitivos há um longo caminho a percorrer que terá de ser acompanhado por uma argumentação de sentido positivo. Ora, se a bondade material subjacente à figura a pode tornar apelativa, certo é que ela não parece passar no teste do *normativamente fundado* que deverá associar-se ao teste do *materialmente adequado*, sem que este esteja definitivamente decidido. Entre os argumentos a favor da condenação de um agente no pagamento de danos punitivos, podemos salientar a possibilidade de, através deles, se retirar ao agente lesivo qualquer benefício decorrente do comportamento ilícito. Tal seria especialmente importante quando em causa estivesse a violação de direitos de personalidade, e funcionaria, não só como um factor de punição, mas também como um importante elemento preventivo. Pensamos ter já explicitado a falácia em que redundava, afinal, este argumento, no momento em que distinguimos os *punitive damages* dos *aggravated damages*. Outras considerações serão, porém, expendidas posteriormente. Mas se assim é a este respeito, a mobilização da ideia de imperiosa prevenção – por via de uma punição em sentido estrito – de todos aqueles danos que são irreparáveis pela sua natureza, como os danos ambientais, não deixa de ser particularmente sugestiva. Ao que acresce a igual sugestividade da possível libertação do direito penal de certos comportamentos ilícitos, o que permitiria que ele assumisse, de facto, o papel de tutela de última *ratio*. Ademais, cumpririam uma função de moralização social (cf. DAVID G. OWEN, “The moral foundations of punitive damages”, *Alabama Law Review*, vol. 40, nº3, 1989, p. 708, que sustenta um duplo fundamento para os danos punitivos. Baseando-se na liberdade, cumpririam as funções de reparação e punição; quedando-se na utilidade social, entraria em acção a função preventiva, através da qual se garantiria o cumprimento da lei). Ora, por mais aliciante e materialmente atraente que seja a argumentação entretecida, não podemos deslumbrar-nos com ela. Não negamos que haja indícios punitivos ao longo da regulamentação da matéria, mas vimos que eles não nos autorizam a ir mais longe. E a questão é, aqui, diversa: não haverá,

Configurando os danos punitivos uma sanção de tipo penal, vários obstáculos se erigem contra a sua admissibilidade.

Assim, e para nos centramos nos mais acutilantemente sublinhados pela doutrina, poderíamos dizer que eles, danos punitivos, escapavam à proibição do *nullum crimen sine lege*. É certo que – e já tivemos oportunidade de o referir – o sistema não é fechado e que a juridicidade se delimita a partir do problema, mas também é verdade que há determinados princípios que, com o seu cunho normativo, funcionam como limite objectivo à realização transsistemática do direito⁷⁴².

Na sua tripla dimensão positiva, transpositiva e suprapositiva, o princípio da legalidade criminal mostra peremptoriamente – e mesmo que sobre ele se lance um olhar consonante com o entendimento metodológico que temos da juridicidade e da sua concreta realização⁷⁴³ – que não pode haver punição para lá da expressa previsão legal. Ora, a cominação de danos punitivos afigura-se totalmente distante de um princípio da tipicidade.

Ao que acrescem outros motivos de desconfiança em relação à figura. Não só inexistente a exigível previsão expressa da eventual punição a ser associada à prática de um ilícito doloso de determinado tipo, como, fruto da remissão do escopo punitivo estrito para o domínio civilístico, ficariam apagadas as garantias que, ao nível do processo penal, são reconhecidas aos arguidos, ao mesmo tempo que potenciaria o risco de uma dupla punição, em claro desrespeito por outra proibição penalista – *ne bis in idem*.

afinal, obstáculos intransponíveis à admissibilidade genérica da figura entre nós? São esses obstáculos que procuraremos encontrar.

Sobre os argumentos favoráveis aos *punitive damages*, cf. SOFIA LEITE BORGES, *As funções punitiva...* cit., p. 64 e ss.; JÚLIO GOMES, “Uma função punitiva...” cit., p. 111; PAULA MEIRA LOURENÇO, *A função punitiva...* cit., p. 171 e ss.

Para uma completa sistematização destes argumentos, cf. JÚLIO GOMES, *O conceito de enriquecimento...* cit., p. 738 e ss. Aí, somos ainda confrontados com outro argumento importante. O autor salienta a ideia de que a ausência de uma função punitiva estrita pode conduzir a uma “apropriação deliberada de um bem, na consciência de que, posteriormente, apenas se terá de pagar a título de indemnização o valor de mercado do referido bem”. Pensamos que este é um não argumento. Na verdade, não só, em matéria de responsabilidade civil, a indemnização é subsidiária por referência à reconstituição *in natura*, como a negação da imputação de danos punitivos não nos faz resvalar para o extremo oposto que oblitere todos os danos concretamente sofridos e que podem, em concreto, ser muito superiores ao exacto valor de mercado do bem, até porque, entre nós, é admitido o ressarcimento – ou pelo menos a compensação – dos danos morais.

⁷⁴² Sobre os limites da realização do direito sem a mediação da norma, ver, por todos, CASTANHEIRA NEVES, *Metodologia Jurídica ...* cit., p. 229 e ss.

⁷⁴³ Cf. CASTANHEIRA NEVES, “O princípio da legalidade criminal. O seu problema jurídico e o seu critério dogmático”, *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Eduardo Correia*, 1984, p. 307 e ss. (e ainda em *Digesta – Escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros*, volume 1º, Coimbra Editora, Coimbra, 1995, p. 347 e ss.)

De facto, e quanto a este último ponto, não parece colher a argumentação segundo a qual não haveria violação do princípio, porquanto a pena civil visasse servir o interesse da vítima. Com efeito, a partir do momento em que deixa de haver ligação entre o *quantum* indemnizatório e os danos apurados, deixa de se prosseguir em primeira linha o interesse do lesado, pelo que o putativo afastamento da crítica entra em contradição com a própria noção de dano punitivo que se tenta tornar operante⁷⁴⁴.

Se isto não fosse bastante, outras implicações constitucionais haveria para tornar duvidosa a figura. Pensemos para tanto que, hodiernamente, se tem presente uma cada vez maior influência do direito constitucional nos meandros civilísticos⁷⁴⁵.

Não se trata, agora, da impregnação da responsabilidade civil com as notas predicativas do mundo penal e a conseqüente constatação da falência dos mecanismos de que dispõe para dar resposta a imperiosas necessidades de protecção do arguido, mas da refração dos princípios constitucionais sobre a própria conformação juscivilística, embora não se apague, jamais, a intencionalidade específica deste nicho problemático.

Ora, se não esquecermos as pontes que inegavelmente se desenham entre o direito constitucional e o direito privado, somos remetidos para o pensamento de CANARIS⁷⁴⁶.

Partindo da ideia de que a imposição de uma obrigação ressarcitória constitui “uma intervenção nos direitos fundamentais do lesante”, mais concretamente uma intervenção na liberdade de acção protegida pelo artigo 2º, nº1 LF, CANARIS sustenta

⁷⁴⁴ Apresentando este raciocínio em defesa dos danos punitivos, cf. SOFIA LEITE BORGES, *As funções punitivas...*cit., p. 59.

A propósito da alegada contradição que se evidenciou, ver o que a autora escreve na página 41.

⁷⁴⁵ VIEIRA DE ANDRADE, “Os direitos, liberdades e garantias no âmbito das relações entre particulares”, *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*, Porto Alegre, 2003, p. 295 e ss.; NIPPERDEY, “Grundrechte und Privatrecht”, *Festschrift für E. Molitor zum 75. Geburtstag*, Beck, 1962, p. 31 e ss.; CANARIS, “A influência dos direitos fundamentais sobre o direito privado na Alemanha”, *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado...*cit., p. 225 e ss.; ID., *Direitos fundamentais e direito privado*, Almedina, Coimbra, 2003 (tradução de Paulo Mota Pinto e Ingo Wolfgang Sarlet); JUAN MARÍA BILBAO UBILLOS, “En qué medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales?”, *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado...* cit., p. 309 e ss.; ID., “La eficacia frente a terceros de los derechos fundamentales en el ordenamiento español”, *Direitos fundamentais e direito privado: uma perspectiva de direito comparado*, ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, JÖRG NEUNER, INGO WOLFGANG SARLET (org.), Coimbra, Almedina, 2007; DANIEL SARMENTO, *Direitos fundamentais e relações privadas*, Rio de Janeiro, 2004; KONRAD HESSE, *Derecho Constitucional y Derecho Privado*, Madrid, 1995; CHRISTIAN COURTIS, “La eficacia de los derechos humanos en las relaciones entre particulares”, *Direitos fundamentais e direito privado: uma perspectiva de direito comparado*, ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, JÖRG NEUNER, INGO WOLFGANG SARLET (org.), Coimbra, Almedina, 2007.

Cf., ainda, as breves considerações que a esse propósito tecemos num artigo escrito em co-autoria com JOÃO PEDRO RODRIGUES – *Nós (eu e tu) e o outro (Estado) ou o outro entre nós?: Breves notas a propósito do impacto da Directiva 2000/43/CE do Conselho, de 29 de Junho de 2000, sobre o princípio da liberdade contratual – morte do princípio ou manutenção do status quo ante?* (em fase de publicação).

⁷⁴⁶ CANARIS, *Direitos fundamentais...*cit., p. 75 e ss. Cf., para descortinar algumas clivagens relativamente a este pensamento, o citado artigo escrito em co-autoria com JOÃO PEDRO RODRIGUES.

que se há-de aqui recorrer à proibição do excesso, sobretudo como um controlo da proporcionalidade⁷⁴⁷.

Não aderimos incondicionalmente ao pensamento do insigne jurista. A perspectivação da responsabilidade civil à luz do direito fundamental apresenta, no seu pensamento, uma dupla vertente. Se, por um lado, vale como controlo das obrigações pecuniárias do lesante, ela projecta-se num momento logicamente anterior – o da actuação deste.

É o segmento final que contestamos, por entender que ele surge ainda imbuído de uma concepção individualista de liberdade que esquece a responsabilidade como correlativo inolvidável da sua actualização em concreto⁷⁴⁸.

Sem que isso apague, aos nossos olhos, a pertinência da convocação do referente de proporcionalidade, já não no desenho dos requisitos da obrigação ressarcitória, mas na determinação do seu *quantum* indemnizatório⁷⁴⁹.

O argumento não é imediatamente concludente. Mas permite considerar, sem dúvida, que a ponderação do dano realmente sofrido não pode deixar de influenciar a determinação do montante ressarcitório, afastando-nos, assim e concomitantemente, de um puro ideal punitivo, desarraigado do escopo reparador.

Atente-se, ademais, que, na análise da proporcionalidade da situação concreta, há que ter em conta os vectores atrás mencionados a propósito do artigo 494º CC: a situação económica do lesado e do lesante, o dano efectivamente sofrido e o grau de culpa do agente.

⁷⁴⁷ CANARIS, *Direitos fundamentais...cit.*, p. 76 e 77.

⁷⁴⁸ Por isso, em *Liberdade versus responsabilidade – A precaução como fundamento da imputação delitual? Considerações a propósito dos cable cases*, defendemos que a limitação da responsabilidade civil – designadamente por via do filtro objectivo que constitui a ilicitude – se não justifica em nome da salvaguarda da liberdade, já que esta surge paredes-meias com a responsabilidade, desde que entendida em sentido positivo. Sustentámos, em consonância com este posicionamento, que a referida limitação ocorreria por via da própria ideia de direito que, pluricomplexa – embora como um denominador comum, assente na ineliminável dignidade ética do ser pessoa –, abarcaria uma multiplicidade de princípios normativos, que, dando uma configuração específica ao sistema, nos conduziriam à consideração da própria estrutura de mercado, associada à livre iniciativa e livre concorrência.

Já não é aqui a ideia de limitação da liberdade que está em causa, mas o desenho concreto da realidade que, obtendo consagração normativa fundamentante, impede a sua negação.

Mais se diga que, se estes vectores encontram apoio constitucional expresso, a verdade é que a juridicidade é mais ampla que a constitucionalidade. Situando-se antes e para lá dela, assumimos, então, a opção de base de analisar o problema na óptica da primeira e não da segunda.

Já isso nos afastaria, portanto, do pensamento de CANARIS.

⁷⁴⁹ A ideia de proporcionalidade entretetece todo o ordenamento jurídico e também o domínio civilístico.

Na linha do que salientámos, parece-nos que ele decorre directamente da ideia de juridicidade, não sendo necessário convocar a Constituição como referente de sentido. No entanto, podemos, sem problemas, encontrar aí o pilar sustentador da convocação – em termos de direito positivo – da ideia em análise.

Se olhássemos para o princípio no sentido de ele identificar um perfeito equilíbrio entre os critérios mencionados e o montante indemnizatório a determinar, poder-se-ia, ainda, aventar a possibilidade de se cominar a condenação do agente no pagamento de danos punitivos⁷⁵⁰.

A verdade, porém, é que não é essa a sua intencionalidade⁷⁵¹. Tradicionalmente, tem sido encarado como um mecanismo de limitação de medidas concretas, e, no caso

⁷⁵⁰ Cf., não no sentido da defesa do equilíbrio de que se fala, mas naqueloutro da impossibilidade, à luz do direito constitucional, de limitação do direito à reparação a decisão de 9 de Novembro de 1999 do *Conseil Constitutionnel* francês, citado por GENEVIÈVE VINEY e PATRICE JOURDAIN, *Traité...* cit., p. 565. Falam as autoras de uma tendência de constitucionalização da responsabilidade por culpa, nos termos do artigo 1382º *Code Civil*. Em causa estaria, portanto, a impossibilidade de criação de normas de exoneração da responsabilidade, decorrendo a atribuição do valor em causa da disposição da Declaração de 1789 que proclama que a liberdade consiste em fazer tudo o que não lese o outro. Veja-se, ainda, sendo igualmente citada pelas autoras, a decisão de 22 de Outubro de 1982

⁷⁵¹ Cf., porém, o que nos diz LENIO LUIZ STRECK, “Bem jurídico e constituição: da proibição de excesso (*Übermaßverbot*) à proibição de protecção deficiente (*Untermaßverbot*) ou de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais”, *Boletim da Faculdade de Direito*, nº80, 2004, p. 303-345.

O autor parte de um conceito material de Constituição – bem como de uma perspectiva jusfilosófica que abraça a racionalidade hermenêutica – para defender, numa crítica acutilantemente dirigida contra os positivistas dogmáticos e os penalistas com apego excessivamente liberal (p. 339), que o princípio da proporcionalidade apresenta uma natureza binária: a) proibição do excesso (*Übermaßverbot*); b) proibição de protecção insuficiente (*Untermaßverbot*).

A primeira dimensão corresponde a uma espécie de garantismo negativo; a segunda traduziria um garantismo positivo (cf. p. 310 e 315).

Com isto, STRECK defende a existência de uma obrigação implícita de criminalização, a par de deveres explícitos de criminalizar constantes no texto constitucional.

Duas notas a este propósito, e para já, se afiguram pertinentes.

Por um lado, convém salientar que, não sendo esta uma posição unânime, não vamos pronunciar-nos sobre a sua bondade intrínseca. A única preocupação que nos move, a este ensejo, é tão só a de perceber se, uma vez aceite este entendimento, faz ou não sentido vertê-lo para o mundo civilístico.

Ora, estamos em crer – e esta é a nossa segunda nota – que a teoria trazida a lume perde razão de ser num domínio como o nosso em que, não obstante o modelo restritivo de inspiração iheringiana, estamos libertos de um princípio de tipicidade que nos agrilhoie a uma actuação prévia do legislador.

Ao nível da responsabilidade civil, deixando funcionar o sistema – e se pensarmos na válvula que, adequadamente compreendido, constitui o abuso do direito –, haverá sempre uma protecção mínima dos bens jurídicos assegurada pela obrigação ressarcitória.

É claro que os defensores dos *punitive damages* vêm dizer que a eficácia (agora desnudada de qualquer sentido aproximativo da eficiência) da protecção se perde com uma intencionalidade meramente indemnizatória.

Mas, não só não cremos que tal corresponda inteiramente à verdade, como entendemos que o pensamento do autor agora em análise não permite sufragar tal posição. E isto por diversas razões.

Em primeiro lugar, ao nível da responsabilidade civil o que se torna actuante é uma relação entre dois particulares, pelo que, ainda que em causa esteja a protecção de bens jurídicos, é o reequilíbrio de posições jurídicas que se procura obter. Dito de outra forma, há uma diferente configuração da relação jurídica que separa nitidamente o direito penal do direito civil. Enquanto no primeiro caso a sociedade estará presente e pairará, portanto, uma ideia de salvaguarda dos bens essenciais à sua conservação, facto que justifica, inclusivamente, a tutela a esse nível de bens supraindividuais, no que tange ao direito civil, aquela está ausente. Embora seja certo que o Estado tem interesse em evitar a causação de danos, não é menos verdadeiro que os bens jurídicos que se tutelam – e essa tutela parece inegável – são aqueles que se polarizam num sujeito particular. E, assim sendo, o mínimo de protecção que se reclama fica cumprido pela via indemnizatória.

Note-se que isto não desmerece em nada o direito civil. Muito menos o relega para o mero plano contabilístico de mensuração e cobertura de danos. Ainda que um desses bens jurídicos não esteja em causa, sabemos que, sempre que a actuação do agente seja clamorosamente contrária a um princípio

normativo em que se alicerça o direito formalmente invocado e exercido, ele é chamado à responsabilidade. Ao mesmo tempo que não obliteramos que, em qualquer destes casos – isto é, em qualquer uma das variantes da ilicitude delitual –, é a dialéctica liberdade vs. responsabilidade que se torna operante, pelo que é a pessoalidade de cada um que é chamada à colação e se actualiza. Donde resulta que, se tivermos presente a ideia de última *ratio* que caracteriza o direito penal, há-de ser no puro domínio civilístico que um princípio da responsabilidade entroncado no princípio normativo do direito enquanto direito se projecta de forma ampliada.

Tudo isto a permitir uma outra conclusão, não despicienda a este propósito. Na verdade, se a par da natureza dos bens jurídicos em causa, o direito penal só se legitima segundo um critério de eficácia, isso significa que só quando não haja outro meio menos gravoso de salvaguarda do bem previamente seleccionado é razoável lançar mão de uma pena para o sancionar. Ou seja, e de uma forma mais directa, é exactamente por a responsabilidade civil – fruto do seu desenho concreto – não ter possibilidade de tutelar de forma plena todos os bens jurídicos que se predispõe, sob a chancela do Estado, uma outra forma de os salvaguardar.

Com isto, pensamos ficar esclarecido por que razão não é possível mobilizar o pensamento do autor citado no sentido de defender um certo entendimento da proporcionalidade. Ao mesmo tempo que aproveitámos a eventual controvérsia para tecer algumas considerações acerca da distinta intencionalidade do direito penal e do direito civil, sem embargo da existência de pontos de confluência, também explicados pela convergência num fundamento último idêntico.

Importa sublinhar, a este ensejo, o hodiernamente constatável movimento de aproximação entre os dois campos dogmáticos – direito penal e direito civil. Nesse sentido, cf. PAULA RIBEIRO DE FARIA, “A reparação punitiva...”...cit., p. 268 e 269. A autora questiona se se pode optar por consagrar, no âmbito do direito penal, formas mistas de responsabilidade, entendendo que a reparação do dano pode ser assumida como uma função daquele, com uma importante dimensão preventiva e sancionatória.

Segundo o seu testemunho, conduz-se, assim, a uma forma de indistinção de funções entre o direito penal e o direito civil. No fundo, e como reconhece, trata-se de equacionar um processo equivalente ao que se desenha no direito civil e que aqui temos dado conta, “não se fazendo então a aproximação (...) do lado do direito penal, mas a partir dos quadros e das regras do direito civil”.

Dito de outro modo, ao questionar a pertinência da reparação como uma terceira via da sanção criminal, a par das medidas de segurança e das penas, a autora está, no fundo, a equacionar uma problemática correspondente à que, nos quadros do direito civil, se opera pela interrogação “será admissível, no âmbito da responsabilidade civil, condenar o agente lesante ao pagamento de *punitive damages*”?

Sublinhe-se, não obstante o paralelo, algumas das conclusões a que PAULA RIBEIRO DE FARIA chega. A páginas 274, refere que “temos dúvidas acerca da legitimidade da entrega ao lesado no direito civil de somas que não têm qualquer correspondência num dano sofrido por ele (...)”, para acrescentar, na página seguinte, que, “onde cessa o prejuízo patrimonial, não há nenhum fundamento para a atribuição de qualquer soma ao lesado”. Daí que defenda que, “a perder-se a linearidade do conceito, essa perda terá de ser feita a partir do direito penal” (p. 280), até porque “uma solução desta natureza não anda longe de ser inconstitucional”.

Ademais, a autora reconhece que o “direito civil também pode servir interesses supra individuais, mas não há dúvida de que o abandono do critério do dano como critério da fixação da indemnização não pode adquirir aqui uma dimensão geral (...), devendo a punição reparatória ser transferida inteira para o direito penal” (p. 284).

No fundo, PAULA RIBEIRO DE FARIA defende a vantagem de se criar uma terceira via de sanção penal – assente na reparação do dano – sobretudo no que respeita aos tipos legais de crime que tutelem bens jurídicos fundamentais com uma dimensão individual inegável (cf. p. 285). Mas, exactamente por isso, sente necessidade de evidenciar a imprestabilidade do direito civil para acolher, nos seus quadros, uma sanção de tipo punitivo como esta. E assim faz ancorar a problemática dos *punitive damages* nos meandros jus-penalistas.

Donde resulta, a nosso ver, não só o inolvidável reconhecimento das diferenças que separam os dois campos dogmáticos – e que nós tentamos traçar –, como também a ausência de um escopo punitivo estrito na obrigação de indemnizar.

Ainda sobre o problema da reparação como consequência jurídica autónoma do crime, cf. MÁRIO FERREIRA MONTE, “Da reparação penal como consequência jurídica autónoma do crime”, *Liber discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*, Coimbra Editora, Coimbra, 2003, p. 129-155.

que nos interessa, da indemnização. Tudo isto a secundar o que referimos nas páginas anteriores^{752 753 754}.

e) E é aqui que não se pode contornar a argumentação mais sugestivamente protagonizada pelos arautos dos danos punitivos, antes tendo de lidar-se com ela frontalmente. Falamos do alerta constantemente lançado acerca da injustiça que é o lesante vir a beneficiar com o acto lesivo, obtendo um enriquecimento com o mesmo⁷⁵⁵.

No fundo, pretender-se-ia que o agente não tivesse um prémio pelo seu comportamento ilícito. E o benefício que o lesado obteria com isso justificar-se-ia pela consideração de razões de ordem pública^{756 757}.

Algumas notas se impõem a este respeito.

Em primeiríssimo lugar, há que ter em conta o depoimento de todos aqueles autores que recusam a possibilidade de instrumentalização da pessoa humana^{758 759}.

⁷⁵² No fundo, o princípio funciona num sentido unidireccional. Tendo em conta a gravidade da conduta do lesante, o dano provocado e a situação económica das partes, há que fazer um juízo de proporcionalidade. Se esta existir, a indemnização será igual ao montante do dano provado e apurado; se ela não existir, a desproporção só poderá funcionar para limitar a indemnização e nunca para a elevar acima daquele montante.

Dito de outra forma, o princípio da proporcionalidade encara-se, aqui, como um princípio da proibição do excesso.

⁷⁵³ É esse, aliás, o sentido com que o princípio tem sido concretizado em algumas normas do ordenamento jurídico civil. Assim, por exemplo, no artigo 812º CC.

Veja-se, ainda, a propósito da interpretação do artigo 494º CC, à luz de uma ideia de proporcionalidade, o limite por nós delineado à indemnização dos danos puramente patrimoniais em situações de corte de energia eléctrica em *Liberdade versus responsabilidade*...cit.

Para outras considerações acerca da interpretação do artigo 494º CC, cf., independentemente de ulteriores referências ao seu pensamento, BRANDÃO PROENÇA, *A conduta do lesado*... cit.

⁷⁵⁴ Parece também ser esse o sentido com que CANARIS – na perspectivação do direito privado à luz do direito constitucional – convoca o princípio. Pode ler-se, a páginas 77 (*op. cit.*), que “o (...) passo é a aplicação da proibição do excesso, e, desta forma, sobretudo um controlo de proporcionalidade. Ora, quanto a este ponto confrontei os efeitos ruinosos para o lesante, sobretudo, a necessidade de ressarcimento do lesado pelos danos sofridos (bem como a ideia de prevenção), e cheguei, assim, a uma solução que distingue consoante a limitação do montante ressarcitório é, ou não, economicamente exigível ao lesado. Só no primeiro caso – isto é, (...) o do lesado rico – considere (...) a possibilidade de redução da obrigação de indemnização”.

Há, aqui, claramente uma chamada de atenção para as exigências de prevenção, bem como para a situação económica das partes, mas não deixa de ser evidente que o autor mobiliza o princípio no seio da discussão acerca de uma cláusula de redução da indemnização. E nesse sentido parece-nos pertinente considerar o seu pensamento no âmbito do que tem sido por nós defendido.

Note-se, aliás, que nunca negámos a ideia de prevenção, sequer de punição em sentido amplo. E estamos em crer que ela, nos termos do artigo 494º CC, é indiciada pela referência inolvidável à culpa do agente como factor de ponderação de uma eventual redução, segundo juízos de equidade, do montante ressarcitório.

⁷⁵⁵ Ligar-se-iam, aqui, ainda, preocupações atinentes à prevenção de futuros comportamentos ilícitos e danosos.

⁷⁵⁶ Cf. Caso *Rookes v. Barnard*, apud SOFIA LEITE BORGES, *As funções punitivas*...cit., p. 60.

⁷⁵⁷ Cf. ANDRÉ TUNC, *Torts, International Encyclopedia of Comparative Law*, vol. XI, Tubingen, p. 132. O autor considera que o benefício do lesado constituiria uma recompensa por ser um meio de prossecução de uma finalidade social – a prevenção de condutas indesejáveis.

⁷⁵⁸ KANT considerava que a pessoa deve ser vista como um fim em si mesmo e nunca como um meio. Na esteira deste pensamento, ou pelo menos de alguma interpretação dele, alguns autores acabam por negar a possibilidade de a responsabilidade civil prosseguir determinadas finalidades, sempre que tal implicasse uma instrumentalização da ideia de pessoa. IZHAK ENGLARD, *The philosophy...cit.*, p. 8, alerta-nos para isso mesmo. Designadamente, alerta para a impossibilidade de uma visão tecnocrática da responsabilidade civil quando se parta da perspectivização ética da pessoa.

Outros autores, porém, acabam por radicalizar o discurso. Nesse sentido, WEINRIB, profundamente influenciado pelo pensamento Kantiano (é sua a obra “Law as a Kantian Idea of Reason”, *Columbia Law Review*, nº87, 1987, p. 472 e ss.), vem afirmar que a responsabilidade civil não se alicerça em objectivos independentes, mas na coerência interna da sua estrutura. Quer isto dizer que deve ser encarada na bipolaridade entre lesante e lesado, pelo que a obrigatoriedade de uma indemnização só se explica se correlativa ao direito que o lesado tem a que lhe seja paga essa quantia. Prevenção e compensação, por isso, na medida em que se centram unicamente num dos lados da relação, não nos permitem compreender o fenómeno. Cf., também, a este ensejo, IZHAK ENGLARD, *The philosophy...cit.*, p. 43 e ss.).

Para maiores desenvolvimentos sobre o pensamento de WEINRIB, cf. ERNEST WEINRIB, *The Idea of Private Law*, Harvard University Press, Cambridge, 1995, p. 142 e ss. O autor considera que o sentido imanente ao direito privado é-nos dado pela justiça correctiva. E explicita o sistema ressarcitório olhando em simultâneo para o lesado e o lesante. Não estaria em causa uma pura ideia de compensação, dado que ela não permitiria explicar por que razão o dano é suportado por uma pessoa e não por outra, sequer por que motivo o dano tem de revestir certas qualidades para poder ser accionada a pretensão indemnizatória (cf. p. 96 e ss.). Mas também a prevenção não cumpre o desiderato explicativo, porque o direito privado ter-se-ia de contentar com a sanção da tentativa, hipótese que se afasta literalmente dos seus quadros.

Note-se, porém, que para o autor, a responsabilidade civil deveria ser compreendida na sua suposta neutralidade ética (cf. p. 87), o que, estando em perfeita sintonia com uma interpretação formalista do pensamento kantiano – dado implicar a liberdade a abstracção relativamente a fins –, acaba por se mostrar inconsonante com o que temos vindo a defender. Remetemos a explicitação das nossas razões para o texto do nosso trabalho.

Pensamos, contudo, que, no que aqui concretamente interessa – e dado que a eventual instrumentalização não visa, como na denunciada *law and economics*, qualquer fim espúrio a uma intencionalidade axiológica, mas antes a salvaguarda de bens essenciais ao livre desenvolvimento da personalidade de cada um –, a crítica não será determinante. Importa, portanto, perceber detidamente quais os vectores envolvidos na problemática e qual o conflito a que urge dar resposta. É, portanto, isso que faremos no texto.

Aponte-se, ainda, que WEINRIB nega qualquer possibilidade de construção de um modelo de responsabilidade objectiva, porque nela falharia a correspondência necessária entre a *Haftungsrecht* e a *Haftungspflicht* [veja-se, igualmente, do autor “Correlativity, personality and the emerging consensus on corrective justice”, *Theoretical Inquiries in Law*, vol. 2, nº1, 2001, art. 4, p. 1 e ss., www.ssrn.com/abstract=1273345, onde apresenta com contornos precisos a sua *juridical conception of tort law*, através da qual procura explicitar as ideias mais gerais contidas na *liability* enquanto *normative practice* em que um lesado dirige uma pretensão contra o lesante, e que resulta da síntese de duas abstracções complementares – a *correlativity* e a *personality*. No fundo, elas permitiriam explicar o consenso que, a despeito de todas as discrepâncias, se gera em torno dos autores que olham para a justiça correctiva como o pilar fundacional da responsabilidade civil. A correlatividade implicaria a identidade entre o que o lesante provocou e o que o lesado sofreu, ou, nas palavras do autor (cf. p. 10), “sublinha o óbvio facto de a responsabilidade do lesante ser sempre uma responsabilidade diante do lesado e de a posição de um não ser compreensível sem a referência à posição do outro”, apresentando-se as partes como “o lado activo e passivo da mesma injustiça”, o que, em termos dogmáticos, e continuando a acompanhar o pensamento do autor, justificaria que o *wrongful act* fosse tratado como parte de uma unificada sequência normativa que inclui o *wrongful effect on the plaintiff*, que a desrazoabilidade do risco fosse aferida em termos de probabilidade e da gravidade do seu impacto nos outros, que o dever de não criar o risco fosse entendido em termos dos seus efeitos previsíveis num grupo que inclui o lesado, que a definição dele ao nível da *proximate cause* envolvesse a ponderação do tipo de efeito que leva a apodá-lo de não razoável e que a causalidade de facto se traduzisse numa materialização desse risco. A correlação a que o autor alude exprime-se (cf. p. 13) através das categorias do direito e do dever, puramente conceptuais, que não relevam normativamente em termos de *welfare*. Mais concretamente, a páginas 15 e ss., o autor sublinha que “o direito permite que um sujeito trate algo de acordo com a sua vontade. Mas o específico propósito que o levou a adquirir o bem, objecto do seu direito, é irrelevante”, com o que, a um tempo, rejeita uma noção finalística de acção e a penetração da responsabilidade delitual com o estigma da redistribuição, já que esta opera sempre através de uma comparação entre a riqueza de

Em segundo lugar, e numa perspectiva sistematicamente integrada, há que ponderar até que ponto o obstáculo ao enriquecimento injusto do lesante não é imposto – em nome de um ideal de justiça que se quer estabelecer – pelo instituto do enriquecimento sem causa. A sê-lo, isso mostrar-nos-ia que, entretecido por diversos nichos normativos, o direito civil não é imune a este reparo, mas lhe dá resposta por uma via que não passa pela responsabilidade civil.

Atentando na situação gerada no âmbito de um delito de que resulte, apesar da indemnização devida, um ganho para o lesante, há, em abstracto, a considerar duas hipóteses. Ou se privilegia o lesante, sustentando que o seu enriquecimento não deve ser

cada um, subvalorizando o nexos estabelecido entre duas pessoas. Se esta correlatividade nos “oferece a estrutura” da *tort law*, ela pressupõe um certo conceito de pessoa, que é comunicado pela ideia de *personality*. É ela que representa as partes na interacção. Trata-se de um conceito normativo, que, denotando a influência kantiana e hegeliana, não deriva dedutivamente de nenhuma tomada de posição em sede filosófica, consoante o autor tem oportunidade de esclarecer, e que, acrescentamos nós, revela um pendor abstracto, formalista e conceptualizante que não permite captar em toda a sua profundidade a noção de pessoalidade com que temos vindo a lidar. A correlatividade cumpriria uma função negativa – pela rejeição da subordinação dos interesses de uma parte aos interesses da outra parte – e uma função positiva, levando a considerar que a lesão sofrida tem de estar *within the risk unreasonable created by the defendant*].

Sobre as diversas interpretações do pensamento de KANT, cf. CASTANHEIRA NEVES, “O liberalismo jurídico de Vicente Ferrer de Neto Paiva: terá errado simultaneamente Kant e Krause?”, *Studia Iuridica*, 45, p. 195 a 208; ID., “Os “Elementos de Direito Natural” de Vicente Ferrer Neto Paiva”, *Digesta, Escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros*, vol. I, Coimbra Editora, Coimbra, 1995, p. 337 a 342 (veja-se, ainda, a propósito do pensamento de KRAUSE, MARIA CLARA CALHEIROS, “Krause: entre o humanismo e humanitarismo”, *Estudos em Comemoração do 10º aniversário da Licenciatura em Direito da Universidade do Minho*, Almedina, Coimbra, 2004, p. 529-544); CABRAL MONCADA, *Filosofia do Direito e do Estado*, ... cit., p. 266 e REIS MARQUES, “O liberalismo e a codificação do direito civil em Portugal”, *Boletim da Faculdade de Direito*, suplemento XXIX, Coimbra, p. 192 e ss. A este ensejo, *vide*, igualmente, VICENTE FERRER NETO PAIVA, *Elementos de Direito Natural*, Coimbra, 6ª Edição, 1883.

Para grandes desenvolvimentos sobre a influência do pensamento kantiano na concepção de liberdade, raiz da responsabilidade civil, cf. JAN SCHAPP, *Derecho Civil*...cit.

Para uma reflexão acerca do pensamento de WEINRIB, cf. NILS JANSEN, *Die Struktur des Haftungsrechts*... cit., p. 99 e ss. JANSEN indaga em que medida pode ser justificada uma disciplina normativa com o mero recurso a puros conceitos. Por outro lado, duvida da viabilidade de compreensão da indemnização como compensação do dever violado, sem que se recorram a considerações de índole distributiva. Criticamente, sustenta que WEINRIB deixa por explicar como opera a transformação do direito da vítima a ser livre de sofrer um prejuízo no direito a uma reparação que é correlativa ao dever de o lesante a satisfazer (cf. p. 102). Ou seja, e consoante explicita JANSEN, se a ideia é a de puro equilíbrio, fica por explicar por que razão a sanção correspondente à responsabilidade civil se vem a traduzir numa compensação económica e não num outro tipo de sanção ou pena privada. A ligação entre a violação da *Verhaltenspflicht* e o pedido de indemnização tem de apresentar determinados argumentos normativos como ponte (cf. p. 105). Note-se que o grande desafio argumentativo de JANSEN é o de evidenciar em que medida a justiça distributiva informa fundamentadamente a responsabilidade civil. Entendendo-a de forma não estrita, o autor sublinha que só a presença dela pode justificar a atribuição de responsabilidade como consequência de uma acção (cf. p. 105), nessa medida considerando que ínsito à doutrina de WEINRIB não-de estar elementos conformadores daquela. Na verdade, com o diálogo entretecido com o autor, JANSEN pretende frisar a ambiguidade que, segundo ele, envolve a ideia de justiça de equilíbrio.

⁷⁵⁹ Questionamos, ainda, se verdadeiramente o efeito dissuasor se concretizará nestas situações. Mas mesmo que ele exista, gostaríamos de sublinhar que, aqui, a consideração não é, à boa maneira tecnocrática da análise económica do direito, atinente ao aumento do bem-estar social, mas um ideal preventivo que se alicerça, sempre, num pensamento de matriz axiológica.

combatido⁷⁶⁰; ou se privilegia o lesado, entendendo que deve ser apagado o referido enriquecimento pela sua transferência para a esfera do último. Muitos autores encontram na noção de dano punitivo o mecanismo adequado para operar esta transferência e reafirmar, numa perspectiva preventiva, que o comportamento ilícito não compensa⁷⁶¹.

A questão que formulamos é, no entanto, a seguinte: ainda que se adira, em nome da bondade material da solução, à opção veiculada em segundo lugar, resta saber se o instituto adequado para garantir esse resultado é a responsabilidade civil ou se, ao invés, não será antes o enriquecimento sem causa⁷⁶².

Se a resposta encontrada for no sentido da prestabilidade do enriquecimento sem causa para dar resposta ao problema, parece descobrir-se, aí, um ponto de apoio suficientemente seguro para negar, definitivamente, a pertinência dos danos punitivos.

Para dilucidar cabalmente o cerne da questão agora trazida a lume importa salientar alguns aspectos. Na verdade, se é certo que ela emerge pela constatação da existência de um enriquecimento injusto, não é menos certo que nem sempre o enriquecimento injusto pode ser visto como um enriquecimento sem causa, *tout court*, desencadeando a “aplicação” do regime previsto pelo legislador para discipliná-lo⁷⁶³.

Como salienta LEITE CAMPOS, “o princípio que proíbe o locupletamento injusto à custa de outrem é um dos princípios mais gerais do sistema jurídico. (...) é um aspecto da noção de direito, entendido como ordem justa(...)”. Mas, muitas vezes obsta-se a ele com recurso a “normas especiais – anulabilidade, gestão de negócios, responsabilidade civil – sem recurso directo ao enriquecimento sem causa”⁷⁶⁴.

O que implica que, ainda que de forma sumária, nos debrucemos sobre o carácter subsidiário da obrigação de restituir aquilo com que se enriqueceu sem causa e à custa de outrem^{765 766 767}.

⁷⁶⁰ Cf. JÚLIO GOMES, *O conceito de enriquecimento...*cit., p. 736.

⁷⁶¹ Cf. SOFIA LEITE BORGES, *As funções punitiva...*cit., p. 61.

⁷⁶² Formulando a mesma questão, JÚLIO GOMES, “Uma função punitiva...”...cit., p. 110, onde é referido, no mesmo sentido, KÖNDGEN.

⁷⁶³ Cf., a propósito da distinção, entre enriquecimento injusto e enriquecimento sem causa, JÚLIO GOMES, *O conceito de enriquecimento...*cit., p. 81 e ss. e demais bibliografia aí citada, e p. 424.

⁷⁶⁴ LEITE CAMPOS, “Enriquecimento sem causa e responsabilidade civil”, *Revista da Ordem dos Advogados*, 1982, p. 39 e 41.

⁷⁶⁵ O problema foi detidamente considerado e desenvolvido por LEITE CAMPOS, *A subsidiariedade da obrigação de restituir o enriquecimento*, cit.

Alertamos para o facto de o nosso discurso, neste ponto, se limitar a apontar as linhas certas do entendimento que pensamos ser mais pertinente. Na verdade, escapa à dimensão de um trabalho como este a consideração exaustiva de um instituto que, relacionando-se com a responsabilidade civil, extravasa o seu campo dogmático e a sua própria intencionalidade.

Só assim perceberemos se o enriquecimento sem causa pode ser mobilizado para obviar o enriquecimento do lesante que se pretende evitar ou se, pelo contrário, se afigura imprestável, resultando, portanto, sugestiva a argumentação dos defensores dos danos punitivos.

LEITE CAMPOS, tratando da relação entre a responsabilidade civil e o enriquecimento sem causa, é peremptório na resposta que fornece. Diz-nos o autor, quando se refere àquelas situações em que um mesmo facto gera um dano e, simultaneamente, um ganho para o lesante, que a referência à responsabilidade civil não impede a restituição do enriquecimento que exceda o primeiro^{768 769}.

⁷⁶⁶ O artigo 474º CC diz-nos que “não há lugar à restituição por enriquecimento quando a lei facultar ao empobrecido outro meio de ser indemnizado ou restituído, negar o direito à restituição, ou atribuir outros efeitos ao enriquecimento”.

Note-se que, além do requisito da subsidiariedade, a obrigação de restituir só surge quando o enriquecimento tenha sido obtido à custa de outrem e sem causa. À custa de outrem significa que “o enriquecido tenha beneficiado de uma prestação ou intervindo num direito alheio” (LEITE CAMPOS, *A subsidiariedade...cit.*, p. 316-317). Com a referência a sem causa, pretende o ordenamento jurídico identificar aqueles casos em que o enriquecimento “não devia pertencer àquele que dele beneficia mas a outrem” (LEITE CAMPOS, *op. cit.*, p. 317).

Cf., sobre estes conceitos, e por todos, ANTUNES VARELA, *Das obrigações...cit.*, I, p. 480 e ss.

⁷⁶⁷ JÚLIO GOMES, *O conceito de enriquecimento...cit.*, p. 424. O autor critica a abordagem que LEITE CAMPOS faz da ideia de subsidiariedade. Para ele, o insigne civilista teria cometido o erro de confundir o enriquecimento injustificado, de que o enriquecimento sem causa é um afloramento, com a ideia de enriquecimento que carece de justificação no âmbito de um determinado ordenamento jurídico. Assim, para LEITE CAMPOS, se também a responsabilidade civil implicar um enriquecimento injusto, correspondente ao dano produzido, não haveria de recorrer às regras subsidiárias, porque elas seriam consumidas pelo regime da responsabilidade civil. Para JÚLIO GOMES tal levanta, porém, um problema: o de saber por que razão não poderá o lesado recorrer ao enriquecimento sem causa, se isso lhe for benéfico, sobretudo no que tange à não necessidade de prova da culpa do lesante, pelo que haveria de se compreender de outro modo a subsidiariedade.

Pensamos que a resposta para o problema passa pela consideração da natureza do enriquecimento sem causa. Na verdade, o instituto é visto como uma válvula de escape do sistema, como o último expediente para corrigir situações que impliquem uma incorrecta afectação de bens. Não terá, por isso, aplicação quando outros fundamentos se sobreponham a este, como seja o normativo axiológico sentido fundamentante da responsabilidade civil. Sendo este específico por referência àqueloutro mais genérico, a regulamentação da responsabilidade civil acaba por consumir o enriquecimento sem causa.

Cf., à frente, a referência que será feita às teorias que procuram aproximar o enriquecimento sem causa da responsabilidade civil.

Cf., ainda, AROSO LINHARES, *Sumários desenvolvidos...*, cit., Parte C, p. 4.

⁷⁶⁸ LEITE CAMPOS, *A subsidiariedade...cit.*, p. 319 e ss.

Para o autor, há uma função comum aos dois institutos – a de “operarem a restauração de um equilíbrio patrimonial perturbado (...). Não só a existência dos bens e a sua pertinência a um determinado sujeito, mas também a liberdade de os adquirir e agir com eles ou sobre eles (...). Resultando desta função de tutela dinâmica dos bens jurídicos, os conceitos de dano e de enriquecimento são em princípio conceitos patrimoniais, traduzindo a diferença entre a situação real e a situação hipotética actual do património do enriquecido ou do lesado (...). As fontes das obrigações de indemnizar ou restituir e circunstâncias inerentes é que são diferentes num caso e noutra e vêm determinar o diferente objecto dessas obrigações” (*op. cit.*, p. 320-321, nota 1).

Ou seja, para o autor, os dois institutos cumpriam a mesma função e teriam o mesmo fundamento, diferenciando-se em termos de consequências, na medida em que a necessária referência ao acto ilícito operado pela responsabilidade civil a faria centrar-se na noção de dano, enquanto o enriquecimento sem causa se quedaria, como o próprio nome parece indiciar, no locupletamento do agente.

É claro que a proposta doutrinal do civilista se baseia numa concepção de responsabilidade civil centrada na noção de dano. É o próprio autor que nos alerta para esse facto quando refere que “alguns autores (...) propõem a inserção do enriquecimento do lesante nos quadros da responsabilidade civil”, com base na defesa de uma finalidade preventiva e sancionatória do instituto⁷⁷⁰.

Neste sentido, o nosso pensamento poder-se-ia afigurar circular. Na verdade, estaríamos a depor no sentido da inadmissibilidade dos danos punitivos com base – entre outros argumentos – na possibilidade de mobilização do enriquecimento sem causa, quando a conclusão acerca dessa viabilidade passaria pela prévia determinação do desenho teleológico da responsabilidade e, nessa medida, da conclusão acerca da consideração do enriquecimento no momento da determinação do *quantum* indemnizatório.

Creemos, porém, que a eventual crítica possa ser afastada desde já. Efectivamente, parece-nos ter ficado devidamente sedimentado que o principal escopo do instituto nos aponta para o ressarcimento do lesado, sem embargo da materialidade comunicada pela sua teleonomologia. Aliás, quando falamos de uma função punitiva – no sentido amplo de função sancionatória que coenvolve a desvelação do sentido ético da obrigação indemnizatória, e, de certo modo, nos conduz, numa referência ao pensamento penal, a uma ideia de prevenção geral positiva⁷⁷¹ – pretendemos salientar que a pessoa humana, porque necessariamente livre, deve ser chamada a arcar com as consequências negativas de uma conduta que interfira directamente com a esfera jurídica alheia ou, projectando-se na sua própria esfera jurídica, olvide deveres de solidariedade que estabelecem pontes entre os diversos membros da comunidade, lesando-os de algum modo. Tudo isto a querer dizer que mesmo aí, arredando-nos de

Sem querermos, neste ensejo, tomar posição acerca do fundamento último do enriquecimento sem causa, até porque isso implicaria, uma vez mais, um grau de aprofundamento do instituto que não é consentâneo com o tema em análise, sequer sem querermos entrar no debate a propósito da concepção – patrimonial ou não – de dano, a verdade é que podemos retirar destas palavras um importante contributo no sentido de, dogmaticamente, encontrar um critério de solução do concurso de normas a que somos conduzidos nas situações que produzem, em simultâneo, um dano para o lesado e um ganho – superior àquele – para o lesante.

⁷⁶⁹ Cf. PETER BIRKS, “The concept of civil wrong”, *Philosophical Foundations of Tort Law*, DAVID G. OWEN ed., Clarendon Press, Oxford, 1996, p. 48 e ss.

⁷⁷⁰ LEITE CAMPOS, *A subsidiariedade...* cit., p. 321, nota 1.

⁷⁷¹ Veja-se, a propósito, MARGARET JANE RADIN, “Compensation and commensurability”, *Duke Law Journal*, 43, 1993, p. 56-86. A autora olha para a rectificação do *wrong*, categoria central no direito delitual da *Common Law*, em termos comunicacionais, pelo que a imposição de uma obrigação ressarcitória seria vista como uma contra-mensagem que visaria anular a mensagem do infractor.

Não pretendendo aqui referir a sintonia absoluta com o pensamento de RADIN, não podemos deixar, contudo, de salientar que a perspectiva da autora acaba por sublinhar a nota de aproximação a uma ideia de prevenção geral positiva, tão cara ao congénere penalista.

um formalismo de outros tempos, continuamos centrados nos efeitos negativos, no dano, não indo ao ponto de considerar o enriquecimento.

A chamada à colação do enriquecimento sem causa serve, apenas e só, para mostrar que, mesmo negando a condenação do agente num dano punitivo, é possível prover pela correcta ordenação dos bens ao nível do ordenamento jurídico, evitando enriquecimentos injustos⁷⁷².

Dito de outro modo, de nada serve tentar forçar o funcionamento do mecanismo ressarcitório em nome da justiça se, por outros meios, e salvaguardando a pureza dos institutos, se poderá chegar a resultados análogos, materialmente justos. Mais directamente, o carácter apelativo do argumento mobilizado pelos defensores de uma

⁷⁷² As considerações feitas em texto levam-nos a salientar alguns pontos, incidentalmente.

Concordamos com LEITE CAMPOS quando vê nos dois institutos mecanismos disponibilizados pelo ordenamento jurídico para prover pela correcta ordenação dos bens. E nesse sentido, ambos seriam expressão de um ideal de justiça a alcançar.

Pensamos, contudo, ser relevante sublinhar que, no que à responsabilidade civil diz respeito, e como já tantas vezes referimos, entra em jogo a ideia de liberdade e de responsabilidade, pelo que o critério de imputação, em regra, não poderá ser objectivo. É esse sentido ético – denotado na impressividade da expressão responsabilizar – que implica o olhar atento sobre o dano. Mas não mais do que ele. Exactamente porque a solidariedade fundamentante do instituto apenas releva até ao limite em que o agente deve apagar o resultado negativo que a sua conduta, ilícita e culposa, desencadeou.

Já no enriquecimento sem causa, o dado relevante é a imperiosa ligação de uma vantagem patrimonial a uma esfera de interesses – aquela esfera de interesses que lhe serve de apoio. E o que se pretende, pois, é que, sempre que a deslocação patrimonial (e falamos aqui de deslocação patrimonial sem que com isso se esteja a tomar posição acerca das teorias fundamentadoras do instituto) ocorra sem uma causa justificativa, a situação de justiça seja repostada, não relevando, sequer, a indagação acerca da fonte do enriquecimento (cf. LEITE CAMPOS, *op. cit.*, p. 324, nota 1. Num sentido diferente, mostrando-se discordante em relação ao autor, cf. JÚLIO GOMES, *O conceito de enriquecimento...cit.*, p. 112).

Dito de outra forma, à responsabilidade civil, ainda que não se defenda a teoria do desvalor da conduta, interessa analisar o facto gerador do dano e, com base nele, actualizar a pessoalidade do ser humano, chamando-o à responsabilização inerente à sua liberdade, pelo que se centrará naquele dano. O enriquecimento sem causa quedar-se-á na determinação da existência ou não de uma justificação para uma dada deslocação patrimonial, focalizando-se, portanto, no enriquecimento.

Cf. MENEZES LEITÃO, *O enriquecimento sem causa no direito civil. Estudo dogmático sobre a viabilidade da configuração unitária do instituto face à contraposição entre as diferentes categorias do enriquecimento sem causa*, Almedina, Coimbra, 2005, p. 675 e ss. Afirma o autor que “os casos em que se verifica um enriquecimento em resultado de uma intervenção sobre bens alheios podem igualmente integrar os pressupostos da responsabilidade civil subjectiva, referidos no artigo 483º (...)”. Mas acrescenta que “as teorias mais modernas acentuam, pelo contrário, a diferença de funções dos dois institutos, um centrado na remoção do dano e outro na repressão do enriquecimento. Efectivamente, a responsabilidade civil visa remover os danos, só reprimindo o enriquecimento de uma forma indirecta e eventual. Pelo contrário, o enriquecimento sem causa visa reprimir o enriquecimento, só removendo o dano de uma forma indirecta e eventual” (p. 676).

Cf., ainda, OLIVEIRA ASCENSÃO e CARNEIRO DA FRADA, “Contrato celebrado por agente da pessoa colectiva. Representação, responsabilidade e enriquecimento sem causa”, *Revista de Direito e Economia*, ano XVI e XIX, 1990 a 1993, p. 43 e ss.

Note-se, ainda, que há quem defenda que se deve olhar para o enriquecimento sem causa numa perspectiva quase delitual, que faria dela uma espécie de responsabilidade civil. Nesse sentido, PLANIOL, LOUBERS, URLICH BÄLZ (*apud* JÚLIO GOMES, *O conceito de enriquecimento...cit.*, p. 382 e ss.), sendo que os dois últimos autores citados avançam a aproximação do enriquecimento sem causa à responsabilidade pelo risco, com base na ideia de lucro e de justiça distributiva.

função punitiva estrita da responsabilidade perde, neste sentido, a sua força persuasiva^{773 774 775 776}.

⁷⁷³ No mesmo sentido, afirma LEITE CAMPOS que “nem é necessária a consideração do enriquecimento do lesado nos quadros da responsabilidade civil. O enriquecimento não removido através do instituto da responsabilidade civil sê-lo-á através das normas do enriquecimento sem causa” – *op. cit.*, p. 322, nota 1. Cf., também, MENEZES LEITÃO, *O enriquecimento sem causa...cit.*, p. 676. O autor refere o artigo 498º, nº4 CC para atestar da possibilidade de recurso às normas do enriquecimento sem causa quando, para além do dano produzido, se gera um enriquecimento para o lesante.

Em sentido diferente, questionando a pertinência da ideia de *punitive damages* para obstar ao enriquecimento injusto do lesado, designadamente na sua modalidade de *restitutionary damages*, cf, JÚLIO GOMES, *O conceito de enriquecimento...cit.*, p. 795 [cf. sobre o ponto, também, HANOCH DAGAN, “The distributive foundations of corrective justice”, *Michigan Law Review*, 98, 1999, p. 138, considerando que há muitas semelhanças entre o instituto do enriquecimento sem causa e os *restitutionary damages*].

Para o autor, o enriquecimento ocasionado com a intromissão em bens jurídicos alheios pode constituir ainda um dano experimentado pelo titular de tais bens. E, por isso, aceitaria plenamente a admissibilidade de danos punitivos que visassem apagar esse dano (p. 780).

A restituição do lucro funcionaria, assim, como um “limbo ou uma terra de ninguém entre os dois institutos” (p. 792).

Aderimos, naturalmente, e por tudo o que tem sido dito, à posição de LEITE CAMPOS. Até porque nos parece que, no debate em que mergulhámos incidentalmente, tem ficado fora do horizonte discursivo a ideia de comutatividade. Ou seja, quando discernimos um sentido ético ao instituto da responsabilidade civil, pensamos ter esclarecido que, na actualização dialéctica da liberdade pessoal por via da sua responsabilização, é uma ideia de comutação ou de troca que, genericamente, está presente. A mesma ideia que ganha foros de gigante ao nível contratual, mas que caracteriza, afinal, toda a intencionalidade do mundo privado, em termos abstractos e sem embargo de conviver pacificamente com outras formas de justiça particulares. O que quer dizer que a integração do enriquecimento do lesante no âmbito da responsabilidade civil contrariaria esse equilíbrio comutativo que ela pretende, afinal, garantir.

Daí considerarmos preferível que o mesmo seja obviado através dos mecanismos naturalmente predispostos para corrigir as falhas do sistema e permitir uma correcta alocação dos bens.

Num sentido idêntico a LEITE CAMPOS, CANARIS, “Gewinnabschöpfung bei Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts”, *Festschrift für Erwin Deutsch zum 70. Geburtstag*, Colónia, 1999, p. 85-109.

Sublinhe-se que, como é claro, tudo o que fica dito implica uma tomada de posição acerca do âmbito de aplicação da responsabilidade civil. Na verdade, se o enriquecimento sem causa tem natureza subsidiária, isto significa que só podemos recorrer a ele se o ressarcimento não for apto a lidar com a questão do locupletamento. Ora, uma vez constatada a imprestabilidade daquele para tratar do problema, passa a ser legítimo considerar que o enriquecimento sem causa oferece a chave de solução para as inquietações do jurista, não sendo necessário forçar os mecanismos consagrados delitualmente.

⁷⁷⁴ Cf., a propósito da aproximação entre o enriquecimento sem causa e a responsabilidade civil, MENEZES LEITÃO, *O enriquecimento sem causa no direito civil...cit.*, p. 675 e ss, e 762 e ss.

Procurando determinar se é viável uma configuração unitária do enriquecimento sem causa ou se, ao invés, se deve operar uma diferenciação estrutural e funcional entre as diversas categorias daquele, o autor acaba por analisar separadamente as várias hipóteses de surgimento de uma pretensão alicerçada no instituto. Fala, assim, e no que a este propósito nos interessa, de enriquecimento por intervenção em bens ou direitos alheios. E procura qualificar dogmaticamente tais hipóteses, para o que convoca diversas teorias.

Começando por rejeitar a teoria da imediação da deslocação patrimonial (pela constatação da existência de situações em que há uma deslocação patrimonial que não legitima o recurso ao enriquecimento sem causa, bem como de hipóteses em que, sendo plausível o recurso ao instituto em referência, não se constata qualquer deslocação patrimonial – cf. p. 762 e 763), o autor enceta um diálogo com a teoria da ilicitude e a teoria do conteúdo da destinação.

Assim, para a primeira, o recurso ao enriquecimento sem causa fundar-se-ia no conceito de ilicitude (cf. p. 767 e ss, bem como as múltiplas referências bibliográficas que aí são feitas), produzindo “conscientemente uma aproximação do enriquecimento por intervenção em relação à responsabilidade civil configurando aquele como uma pretensão de compensação de um ilícito que se aplica independentemente de culpa” (p. 785). Ora, é exactamente essa consciente aproximação entre os dois institutos que MENEZES LEITÃO critica veementemente, com base nas seguintes ideias: a) a aproximação pressuporia a utilização de um conceito de ilícito aferido ao resultado e não à acção, sendo que o autor

adere, inequivocamente, à teoria da ilicitude da conduta; b) a alternativa referência à ilicitude da acção mostra-se “como totalmente inadequada à função do instituto que é a de reprimir aquisições injustificadas, independentemente da qualificação da acção do interventor que as originou”; c) a teoria mostra-se contrária ao sistema, não fornecendo qualquer fundamento para a eliminação dos ganhos do interventor, “que não seja a necessidade de sancionar eficazmente os comportamentos ilícitos” e “esse ponto de vista quase de direito penal não se apresenta adequado à função económica do enriquecimento por intervenção” (cf. p. 786, em especial nota 2135).

Quanto a nós, e sem nos alongarmos, pelos motivos atrás explicitados, como seja o âmbito objectivo da nossa dissertação, teceremos apenas algumas considerações.

Antes de mais, urge referir que, no que à violação de direitos absolutos diga respeito, continuamos a achar preferível – porque mais consonante com os dados normativos do sistema – a consideração da ilicitude do resultado (nesse sentido, v. o que se dirá *infra* sobre o tópico).

Não obstante, aderimos, no restante, à posição veiculada pelo autor que temos vindo a acompanhar. Na verdade, ainda que o comportamento que desencadeie uma pretensão de restituição fundada no enriquecimento sem causa consubstancie – como pode consubstanciar – um acto ilícito, não só se prescinde da aferição da culpa, como falha a verificação da existência do dano. Ora, esta solução – dogmaticamente atestada pela ideia de subsidiariedade do instituto do enriquecimento sem causa – far-nos-á perceber – ainda que numa análise muito superficial – que o fundamento daquele não se há-de desvelar ao nível da ilicitude. Com efeito, esta projecta-se na existência de um dano, que funcionando como o núcleo central da responsabilidade civil, justifica, comutativamente, a obrigação de indemnização. Qualquer ganho obtido pelo lesante – ainda que decorrente de um acto ilícito – será removido com base noutra qualquer fundamento.

Importa, por isso, atentar na segunda teoria citada – a teoria do conteúdo da destinação.

Caracteriza-se esta por defender que “qualquer direito subjectivo absoluto (...) atribuí ao seu titular a exclusividade do gozo e da fruição da utilidade económica do bem” (p. 772), pelo que “quem explora sem autorização um direito absoluto alheio adquire algo que, de acordo com o conteúdo da destinação desse direito, pertence ao respectivo titular” (p. 773).

O enriquecimento sem causa, prescindindo da avaliação da ilicitude e da culpa (embora, em concreto, elas possam existir por referência à situação de base), bem como do dano, configuraria, por comparação com a responsabilidade civil, “um *aliud*, com uma função independente relativamente à protecção de bens jurídicos” (p. 773).

Para maiores desenvolvimentos, cf. as páginas subsequentes, onde MENEZES LEITÃO apresenta o pensamento de diversos autores que operaram correcções à formulação inicial da teoria.

Algumas notas mais.

Para os defensores da primeira teoria, o fundamento unificador das hipóteses desencadeadoras da aplicação do enriquecimento sem causa quedar-se-ia na ilicitude do comportamento gerador de um ganho para o agente. Já para os sequazes da doutrina citada em segundo lugar seria o conteúdo da destinação dos bens que determinaria a mobilização das regras próprias do instituto.

Quer isto dizer, e se quisermos cotejar o instituto com os quadros próprios da responsabilidade civil, que os primeiros, ao centrarem o enriquecimento sem causa por intervenção no conceito de ilicitude, acabam por considerar que qualquer intervenção em direitos subjectivos – tidos por absolutos – é ilícita, distinguindo-se os dois institutos pela ausência de culpa e de um dano, ausência essa que precludiria o recurso à obrigação de indemnizar.

No que respeita à teoria do conteúdo da destinação, partindo – pelo menos nas formulações iniciais – de um idêntico conceito de direito absoluto, prescinde-se da aferição em concreto da ilicitude, pelo que se poderia aventar a hipótese de se considerar que existiria um dano a ser removido por outra via que não o ressarcimento do lesado. Não cremos, porém, que tal corresponda à realidade, até porque os autores tornam patente a distinção entre empobrecimento – que não se exige – e enriquecimento.

Na verdade, aderindo fundamentadamente a uma concepção de ilicitude do resultado – pelo menos quando em causa esteja a violação de direitos absolutos – teremos de considerar que qualquer interferência nesses direitos, excepto se ocorrer uma concreta causa de justificação, há-de ser considerada ilícita. Nesse sentido, aproximar-nos-íamos da primeira teoria em análise, e justificaríamos o recurso ao enriquecimento sem causa pela ausência de um dano.

Ora, pensamos que essa ausência do dano determina que a ilicitude, mesmo que detectada, não possa ser vista como o fundamento da obrigação de restituição. Exactamente porque a ilicitude releva na exacta medida em que, num sentido comutativamente assumido, comporte consequências negativas na esfera jurídica de alguém.

E nesse sentido – em homenagem à função da responsabilidade civil e do enriquecimento sem causa – entendemos ser preferível a adesão a uma ideia de conteúdo da destinação. Que não nos leva, importa

também sublinhá-lo, a considerar que o retirar de vantagens que integrem o conteúdo da destinação de um direito possa ser visto, sem mais, como um dano que urja corrigir. Até porque se o fosse indagar-se-ia a correspondente ilicitude e a exigível culpa, desvelável ou não em concreto por referência ao circunstancialismo específico presente na situação *sub iudice*.

Com isto conseguimos distinguir claramente ilicitude e dano, ao mesmo tempo que se salvaguarda uma determinada concepção de ilícito. Em simultâneo, justifica-se o afastamento da teoria da ilicitude como núcleo fundamentador da obrigação de restituição.

⁷⁷⁵ Algumas vezes se levantam, contudo, dizendo que, quando em causa estejam direitos de personalidade, é difícil conceber-se a convocação do enriquecimento sem causa, pensado sobretudo para situações patrimonialmente cunhadas, ou por não atribuírem a tais direitos o estatuto de verdadeiros direitos subjectivos ou pela consideração do conteúdo não patrimonial dos mesmos (cf., dando nota disso, MENEZES LEITÃO, *O enriquecimento sem causa no direito civil...*cit., p. 718-719 e cf. PEREIRA COELHO, “O enriquecimento...”...cit., p. 365).

Note-se que, mesmo tendo em conta que da lesão de bens eminentemente pessoais podem decorrer danos patrimoniais, se não esquecermos que a principal preocupação dos referidos autores é evitar que o lesante beneficie com a situação, e ligarmos isto ao que dissemos a propósito da indemnizabilidade dos danos não patrimoniais – que encontram aqui um lugar privilegiado de emergência –, somos levados a concluir que o problema perde, uma vez mais, relevância prática. Sem que com isto pretendamos, obviamente, fazer equivaler o enriquecimento sem causa com a responsabilidade civil.

Sobre a possibilidade de recurso ao enriquecimento sem causa quando estejam em causa direitos de personalidade, cf. LEITE CAMPOS, “Enriquecimento sem causa...”...cit., p. 46. Afirma o autor, a propósito da determinação do requisito à custa de outrem, que “o direito de propriedade, os direitos sobre bens imateriais e os próprios direitos de personalidade reservam para o seu titular toda a utilidade retirável dos bens que têm por objecto” (e *A subsidiariedade...*cit., p. 470-471). Cf., porém, o mais recente entendimento de LEITE CAMPOS acerca do direito de personalidade em *As relações de associação...* cit.

No mesmo sentido, cf., igualmente, MENEZES LEITÃO, *O enriquecimento sem causa no direito civil...*cit., p. 714 e ss. e 954 (em especial, p. 720 – “A comercialização ocorre no mercado e constitui uma forma de aproveitamento dos bens da personalidade na actual sociedade económica. Se tal ocorre como dado de facto, não pode deixar de se considerar que se verificou uma evolução das concepções da sociedade no sentido da função económica dos direitos de personalidade e do valor representado pela sua comercialização, suficiente para que o enriquecimento sem causa não possa ignorar a sua protecção”. No fundo, o que o autor nos vem dizer, alicerçando-se na doutrina estrangeira, é que os direitos de personalidade, hodiernamente, apresentam um cariz também patrimonial. V., ainda, nota 1943, onde o autor, a propósito do aproveitamento da imagem alheia, questiona a interpretação que há-de ser feita do artigo 79ºCC, bem como nota 1945, onde se questiona a possibilidade de aplicação do enriquecimento sem causa quando em causa esteja não um direito especial de personalidade, mas o direito geral de personalidade); ANTUNES VARELA, “Alterações legislativas no direito ao nome”, *Revista de Legislação e Jurisprudência*, nº114º, p. 207-212; 115º, p. 7-9, 37-40, 68-72, 196-201; 116º, p. 140-146, 257 e 258, 289-293; 117º, p. 97-100, 133-136, 161-165, 196-200, 257-262, 353-357; 118º, p. 262-267, 293-298, 321-324; 119º, p. 197-200.

Importa, ainda, salientar que, apesar da estreita ligação que descortinamos entre direitos de personalidade e danos não patrimoniais, as duas realidades não se confundem. V., porém, VASCONCELOS ABREU quando erige em problema as finalidades da responsabilidade civil em caso de lesão dos direitos de personalidade – cf. “A violação de direitos de personalidade pela comunicação social e as funções da responsabilidade civil. Recentes desenvolvimentos jurisprudenciais. Uma breve comparação luso-alemã”, *Estudos em homenagem à Professora Doutora Isabel de Magalhães Collaço*, 2002, p. 457 e ss., especialmente, p. 474, e nota 32. O autor, embora sem salientar – a nosso ver – claramente a diferença entre lesão de direitos de personalidade e danos não patrimoniais – que, afinal, nos remete para a distinção entre ilicitude e dano –, evidencia, na relação estabelecida entre ambos, a tendência para se identificar uma finalidade de tipo preventivo e punitivo. Aliás, o autor entende que, no âmbito pré-definido, a responsabilidade civil apresenta especificidades patentes, ao ponto de falar de uma função delimitadora do instituto (p. 473). Não deixa de ser estranho o caminho argumentativamente traçado. Não só, e isso já referimos, parece, a certa altura, confundir as duas mencionadas realidades, como se afigura duvidosa a autonomização de tal finalidade. Na verdade, não é a responsabilidade civil que opera a delimitação do direito. Os direitos, eles próprios, apresentam limites de diversas índoles, que têm de ser perseguidos sempre que se invoca a lesão de um ou se convoca o exercício de outro como fundamento de exclusão da ilicitude. Pensar o contrário é retomar o pensamento arreigadamente individualista, assente na absolutização do direito subjectivo e defensor da ideia de responsabilidade como limite da própria liberdade.

f) Retomemos, agora, uma ideia a florada anteriormente.

JÚLIO GOMES, como demos nota, salienta a ideia de que a ausência de uma função punitiva estrita pode conduzir a uma “apropriação deliberada de um bem, na consciência de que, posteriormente, apenas se terá de pagar a título de indemnização o valor de mercado do referido bem”⁷⁷⁷. Tivemos oportunidade de criticar o argumento, pelos motivos elencados: esquecimento de que o montante indemnizatório não se restringe pelo pagamento do valor objectivo dos bens, integrando, inclusivamente, a compensação dos danos morais; desvalorização da ideia de que a indemnização tem um papel subsidiário na tutela delitual, o que se associa, inevitavelmente, à afirmação da existência, no que aos direitos reais importa, de pretensões reais.

Mas, e centrando o argumento num contexto axiologicamente marcado de reforço de bens jurídicos, não podemos deixar de nos lembrar do disposto nos também já citados artigos 1320º e 1552º CC. Embora não se trate, aí, da consagração de danos punitivos na sua pureza⁷⁷⁸, a verdade é que, e tendo em conta a possibilidade metodologicamente atestada da “aplicação” analógica de normas excepcionais⁷⁷⁹, se poderia questionar se não estaríamos, então, diante de um ponto de apoio suficiente firme, e com assento normativo positivo, de aceitação dos *punitive damages* e, concomitantemente, de uma função punitiva estrita da responsabilidade civil.

Não cremos que seja este o caminho a seguir. A intencionalidade dos preceitos parece clara – evitar que o sujeito, de uma forma fraudulenta, ou longe do mecanismo de composição de interesses que lhe é facultado pelo mercado, consiga forçar uma espécie de expropriação privada. Mais do que a punição no sentido de retribuição do mal, está em causa uma ideia de prevenção. Sem que isso nos afaste do cerne da questão, já que – e ao nível dos danos punitivos – as duas ideias surgem paredes-meias. Porém, permite-nos retirar algumas conclusões que não nos parecem despiciendas. Por um lado, é o ideal preventivo que se agiganta, pelo que só fará sentido a cominação de uma indemnização acima do valor do dano quando o agente esteja, previamente,

⁷⁷⁶ Cf., neste sentido, CHRISTIAN P. FILIOS, „Unjustified Enrichment based on Interference with another’s property in French and Greek legal order – the specific problem of the requirement *at the expense of another*”, *European Review of Private Law*, 3/2006, p. 327-349

⁷⁷⁷ Para PATRÍCIA GUIMARÃES – “Os danos punitivos...”...cit., p. 178 – esta ideia seria, talvez, o ponto de reflexão mais importante para alicerçar a consagração de uma função de pena privada para a responsabilidade civil.

⁷⁷⁸ Para um confronto entre a noção de danos punitivos e de indemnizações múltiplas, cf. SOFIA LEITE BORGES, *As funções punitivas...*...cit., p. 43.

⁷⁷⁹ Cf., quanto a este problema, novamente, CASTANHEIRA NEVES, *Metodologia Jurídica...*...cit., p. 273 e ss. e PINTO BRONZE, “Quae sunt Caesaris, Caesari: ...”, ...cit., p. 77-87.

alertado para essa possibilidade. A capacidade dissuasora da norma depende, em grande medida, e contra o que muitos defendem, disso mesmo. O que, por si só, nos conduz directamente àquela outra ideia da necessidade de tipificação dos comportamentos quando em causa esteja uma pena com um cunho que nos aproxime do direito penal.

Por outro lado, isso permite considerar que a realização do direito sem apego directo na norma (ou para usar a linguagem tradicional a aplicação analógica do preceito) só há-de ser possível quando em causa esteja a tentativa de combate de situações clamorosamente fraudulentas, num sentido vizinho do de fraude à lei, já que, em todas as outras, falharão os momentos de determinação dessa mesma analogia⁷⁸⁰.

E, se assim é, falha também redondadamente a possibilidade de alicerçar a defesa dos danos punitivos em preceitos como estes. Mais concretamente poder-se-á dizer que, se os danos punitivos fossem aceites como princípio geral, perderia sentido a previsão normativa pré-disponibilizada pelo legislador nestes casos⁷⁸¹.

A obrigação de indemnização avulta no quadro do ordenamento jurídico e defronte do pensamento de um jurista como a sanção tipicamente civil para a violação de determinados direitos.

Ao sê-lo, imediatamente somos remetidos para a ideia de punição. Pese embora, numa óptica superadora do positivismo, se reconheça mesmo a existência de sanções positivas, a verdade é que parece ser ainda conatural – e portanto intuitivamente legítimo – a associação estabelecida. Talvez isso, ligado ao passado comum e híbrido da reacção perante todo e qualquer acto ilícito, na sua dupla vertente penal e civil⁷⁸², justifique – embora apenas em parte – a proliferação de estudos que se debruçam sobre um eventual carácter punitivo da responsabilidade civil.

Do simples diálogo tradicional que punha em confronto ressarcimento, prevenção e sanção, torna-se hoje familiar o pensamento de autores que, nos meandros jus-civilísticos, utilizam categorias próprias do mundo penal: retribuição, prevenção geral e especial, negativa e positiva.

⁷⁸⁰ Sublinhe-se, aliás, que, se os preceitos parecem contrariar a ideia central da responsabilidade a que, pensamos que fundadamente, chegámos, não basta a verificação de um momento de analogia judicativa, sendo necessário que previamente se preenchesse um momento de analogia material. Ou seja, de qualquer modo, os preceitos só poderiam ser chamados a operar, para lá da previsão expressa, naquelas situações em que o caso que reclama o juízo judicativo fosse semelhante, nos seus pressupostos, inteligidos à luz do direito, àquele previsto na norma.

⁷⁸¹ Cf. SALVADOR CODERCH, “Punitive damages”...cit., p. 141.

⁷⁸² Para uma panorâmica histórica acerca da evolução da responsabilidade civil até à Idade Média, cf., para além das referências introduzidas em lugar próprio, MENEZES CORDEIRO, *Da responsabilidade civil dos administradores* ... cit., p. 400 e ss.

Deparamo-nos aí com a primeira grande dificuldade. Na verdade, se o perscrutar de um fundamento último do ressarcimento não deixa de ser aliciante, corre-se, ao tentar superar quadros conceptuais cristalizados ao longo dos tempos, o risco de subverter a intencionalidade que especificamente caracteriza o mundo delitual civil.

g) Importa, por isso, sublinhar que à responsabilidade extracontratual, se bem que dissociada do mecanismo de troca caracterizador do mercado, é intrínseca uma ideia de justiça comutativa, ainda que, por referência a determinados nichos problematicamente circunscritos, se possa aventar a possibilidade de penetração da justiça distributiva na modelação de aspectos particulares do seu regime.

De facto, em primeira linha, todo o mecanismo ressarcitório funciona no sentido de tornar indemne um sujeito lesado. Dito de outra forma, a imposição de uma obrigação indemnizatória resulta da necessidade de restabelecer o equilíbrio patrimonial que foi posto em causa com a prática do acto ilícito e culposo.

Por isso, o dano aparece a ocupar um lugar central no sistema, funcionando, se não como medida, pelo menos como limite do *quantum* indemnizatório em que aquela se projecta. Também por isso a tentativa não é relevante a este nível e se assiste à transmissibilidade da obrigação por via sucessória. Este dado, por si só, parece depor no sentido da comutatividade entre patrimónios.

Mas se assim é, nem por isso temos de ficar amarrados a um formalismo que, numa visão arreigadamente patrimonialista e individualista do problema, caracterizou o espectro do pensamento positivista. Sabemos hoje que o direito não se esgota num direito dado, tão pouco numa forma predisposta à resolução de um conflito de interesses. Se é essa a sua face mais visível, ele só ganha sentido, enquanto verdadeira ordem jurídica – de direito e do direito –, se acedermos à sua materialidade.

E a materialidade subjacente à responsabilidade conduz-nos, de forma necessária e directa, à consideração do ser pessoa como ser livre e aberto aos seus semelhantes. A pessoa é responsável porque, sendo livre, olvidou deveres de solidariedade que entretecem a sua relação com as outras pessoas. A pessoa é, repetimos enfaticamente, responsável porque é livre, e essa responsabilidade não pode continuar a ser vista como um limite à liberdade, mas uma actualização da mesma e da correspondente pessoalidade.

A culpa surge assim como um elemento ético de justificação da comutatividade anteriormente anunciada, não podendo ser encarada meramente como um conceito

mecanicista ou social, já que ela entronca na própria estrutura fundamentante de toda a normatividade, qual seja a ineliminável dignidade ética do ser humano.

Mas é também esse princípio do direito enquanto direito, porque a ele confluem – como fundamento cimeiro – diversos princípios normativos, com projecção na modelação do quadro de actuação real, sobretudo ao nível do mercado, que determina limitações ao âmbito da responsabilidade. E ao fazê-lo, selecciona, por via das modalidades de ilicitude, as hipóteses susceptíveis de serem cobertas pelo manto indemnizatório.

Um breve olhar sobre elas permitir-nos-á duas singelas conclusões. Se o sistema se erige, primeiramente, com base na violação de direitos subjectivos absolutos e, pese embora a controvérsia sobre a matéria, se entende, ainda maioritariamente, que o que aí releva é o desvalor de resultado, parece tornar-se claro que uma das funções da responsabilidade civil se centrará na protecção de determinados bens jurídicos – exactamente aqueles que o legislador civil plasmou por via da atribuição ou reconhecimento de um direito com eficácia *erga omnes*⁷⁸³. E o mesmo se diga por

⁷⁸³ Cf. HANOCH SHEINMAN, “Tort law and corrective justice”, *Law and Philosophy*, vol. 22, nº1, 2003, p. 21-73. Refutando a interpretação da *tort law* com base na ideia de justiça correctiva, entende que o sistema delitual é essencialmente protectivo de interesses socialmente valiosos. Com isto, consegue unificar a primitiva diferença que se estabelece entre deveres primários e secundários, embora advirta que, não obstante, não é possível demarcar o núcleo problemático de outros nichos dogmáticos.

Na verdade, segundo o seu depoimento, a comutatividade não logra explicar os deveres primários com que a este nível se lida, nem dota o direito delitual de uma marca distintiva (cf. p. 23). Este seria nada mais do que integrado por um conjunto de *wrongs* – os *torts* – e por uma lista de sanções que se lhes aplicariam quando cometidos (cf. p. 28), pelo que nele encontraríamos dois tipos de deveres: 1) *duties of the first class* (aqueles que proibem determinados tipos de condutas – *proscriptive duties*, que se repartem em *duties grounding fault liability* e *duties grounding strict liability* – cf. p. 28-29. Uma vez cumpridos, são satisfeitas de forma maximizada as expectativas da *tort law* – cf. p. 30) e 2) *duties of the second class* (requerem que o dano surgido pela violação de um dever de primeira classe seja remediado – *remedial duties*, entre os quais salienta o *duty of reparation* e o *duty of punitive damages* – cf. p. 28-29. Aplicam-se, segundo a definição oferecida, em resposta ou antecipação a uma quebra do dever primário – p. 30), redundando o sistema, numa simplificação admitida pela autora (cf. p. 28, nota 15), na “union of its proscriptive and remedial duties”. Reside aqui o ponto de dissenso da autora relativamente a quem vê na responsabilidade civil uma projecção da justiça correctiva. Na verdade, segundo o seu depoimento, os *duties of harm-prevention* não são deveres correctivos, mas protectivos. Não olham para o passado tendo em conta uma interacção ilícita que visam corrigir, mas para o futuro, procurando prevenir determinadas situações (cf. p. 38). No fundo, se concluimos que os deveres primários são os mais importantes na conformação do direito delitual e, a aceitarmos tal conclusão, temos dificuldade em conformar o sistema com a nota da comutatividade e da justiça correctiva. A alternativa, expandida no estudo que estamos a acompanhar, é relegar os ditos deveres para um patamar inferior na escala valorativa de prioridades (cf. p. 41). Só que, bem vistas as coisas, não é possível conceber um sistema reparatório sem se pressuporem determinados deveres primários. De outra forma, ficaria sempre por determinar como operar – numa *strictly remedial view* – a adjudicação dos danos e bem assim como considerar que um comportamento deve ser visto como ilícito (p. 49).

Cremos que o parecer de HANOCH SHEINMAN, denunciando algumas das aporias de uma visão formalista do modelo ressarcitório forjado no individualismo iluminista, não deixa de denotar algumas falhas, porque a tentativa de materialização compreensiva dele não nos pode condenar à simplificação que tolde o desenho do sistema indemnizatório ou que obscureça a sua centralidade. Só que, por outro lado, a

referência a todos aqueles interesses que, não revestindo a qualidade técnico-jurídica de tais direitos, são tutelados através de normas legais de protecção. Entra em cena a ideia de reafirmação da validade dos bens jurídicos, *rectius*, os direitos violados, ou seja, algo muito próximo ao que no âmbito penalista seria designado por prevenção geral positiva^{784 785 786 787}.

Do ponto de vista do lesante, avulta uma nítida preocupação axiologicamente sustentada, ao que se associa o, tantas vezes chamado à colação, sentido ético de desvelação da responsabilidade. Só esse, em última instância, nos permite compreender por que razão os prejuízos devem ser suportados por alguém diferente do titular da esfera de interesses em que se produziram.

E se o recrudescimento personalista do *neminem laedere* paira, informando e enformando, sobre todo o sistema delitual, ele galvaniza-se naqueles casos que, envolvendo uma maior complexidade, impõem um ónus acrescido ao julgador. Pense-se, a título de exemplo, nas situações de abuso do direito, tido como uma terceira variante de ilicitude extracontratual, dado que nestes casos ele terá que ser mobilizado, muitas vezes, sem a concreta mediação de uma norma legal.

Descoberta que fica a teleonomologia da responsabilidade civil, conclui-se estar arredado, não só o formalismo que fere de morte o instituto, como uma visão estrita de equilíbrio contabilístico de danos.

comutatividade anunciada não nos prende ao matematicismo do equilíbrio contabilístico de danos, antes requerendo uma ancoragem ético-axiológica que nos remeterá para a consideração daquilo que no estudo se designa por *primary duties*.

Cf., sobre o ponto, ADOLFO DI MAJO, “Fatto illecito e danno risarcibile nella prospettiva del diritto europeo”, *Europa e diritto privato*, 1/2006, p. 19-33 (em especial, p. 27 e ss.).

⁷⁸⁴ Cf. GUIDO ALPA, *Responsabilità...* cit., p. 81. Analisando as diversas funções que hodiernamente a responsabilidade civil pode ser chamada a cumprir, o autor refere, integrando numa acepção ampla da função sancionatória, a finalidade normativa ou regulamentar. Confluiriam nesta função duas sub-finalidades, quais sejam a finalidade preventiva e a protecção de alguns direitos que não são protegidos por outra via, entre os quais o autor elenca o direito de personalidade, a concorrência desleal ou o direito à informação dos consumidores.

Veja-se, ainda, CESARE SALVI, *Il danno extracontrattuale...* cit., p. 88 e ss.

⁷⁸⁵ Note-se, porém, que a construção do delito assente na ideia de bem jurídico e não na categoria de direito subjectivo é própria do direito penal. Cf., para uma breve compreensão histórico-filosófica da questão, PAULA RIBEIRO DE FARIA, “A reparação punitiva...” cit., p. 270, em especial nota 30.

⁷⁸⁶ Cf. PETER CANE, *Responsibility in the law and morality*, Portland Oregon, Oxford, 2002, p. 190. O autor entende que, na explicitação da responsabilidade jurídica, há que ter em conta, não só a liberdade do agente e a sua conduta, mas ainda os interesses protegidos pelo ordenamento, cuja violação acarretam o desencadear da reacção deste.

⁷⁸⁷ Cf., quanto ao ponto, embora numa perspectiva diversa, BYDLINSKI, *Probleme der Schadensverursachung ...* cit., p. 29 e 44, falando da *rechtsverfolgenden Funktion des Schadensersatzanspruchs*. Veja-se, em sentido não concordante, LARENZ, *Lehrbuch...* cit., I, p. 425, preferindo falar de *Rechtsfortsetzungsgedanke* (entende o autor que a *rechtsverfolgenden Funktion des Schadensersatzanspruch*, não se confundindo com uma ideia de prevenção, é um aspecto contido no princípio da compensação, mais vasto, porque também serve para compensar o interesse no sentido mais estrito, designadamente através da compensação dos danos subsequentes).

Mas isto não nos deve afastar do ideal ressarcitório para nos encaminhar até finalidades espúrias ao mundo civilístico⁷⁸⁸. A projecção dogmática do fundamento ético desvelado não nos pode fazer esquecer a intencionalidade modeladora do instituto, já não agora a intencionalidade última que se confunde com aquele, mas a intencionalidade que se traduza num modo de actuação concreta. Recuperamos, pois, a ideia de comutatividade anteriormente sublinhada⁷⁸⁹.

⁷⁸⁸ No fundo, entre uma visão formalista, herdeira do pensamento positivista, e a necessidade – fieis à ideia do direito como *dever-ser que é* – de reflectir as exigências constitutivas da organização do mundo, com toda a complexidade que o eiva – “o uso das coisas cujos efeitos vão para além do controlo da acção a integração em estruturas sócio-técnicas, a participação em complexos de interesses socialmente objectivados, a dependência de níveis elevados de especialização comumente não acessíveis bem nem domináveis, a rede apertada de comunicação de interesses só sustentável por informações que pressupõem e exigem confiança, a situação desfavorecida de *partenaires* que, como vítimas, sofrem sobretudo de consequências, etc, etc” (cf. CASTANHEIRA NEVES, “Pessoa, Direito e Responsabilidade”, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, ano 6, fasc. 1, 1996, p. 22) –, não temos de ser condenados a adoptar “um sistema de sentido objectivo-social, com atenção particular à situação também social dos intervenientes e justificada sobretudo pela participação nos benefícios e com critério nos efeitos” (cf. CASTANHEIRA NEVES, “Pessoa, Direito e Responsabilidade”, ... cit., p.22), como se diante do jurista apenas se apresentassem como viáveis dois extremos inconciliáveis pela superação dialéctica.

⁷⁸⁹ Para lá das específicas referências autorais já firmadas, veja-se, também, quanto ao ponto RICHARD W. WRIGHT, “The grounds and extent of legal responsibility”, ... cit., p. 1 e ss. Mais concretamente, o direito visa realizar a justiça o que implica que se criem as condições para o desenvolvimento de cada um como um ser livre e igual, o que apresenta um aspecto interno e outro externo. Se o primeiro não pode ser controlado pela lei, por se tratar de uma questão de virtude pessoal, o segundo prende-se com a necessária compatibilização do exercício da liberdade por parte de todos. Por seu turno, o exercício externo da liberdade depende do acesso suficiente a determinados bens, emergindo, assim, a justiça distributiva a definir o âmbito dela, isto é, a liberdade positiva pela definição das condições de acesso aos meios instrumentais aptos a permitir a prossecução da concepção de vida de cada um. A justiça interactiva, erroneamente, segundo o ponto de vista do autor (cf. p. 3, nota 12, onde WRIGHT salienta que o termo induz a acreditar que aquele tipo de justiça apenas se preocupa em corrigir o *wrong* depois de ele ter ocorrido), designada por correctiva, definiria o âmbito da liberdade negativa, isto é, a segurança das pessoas no quadro da interacção intersubjectiva. Ambas, conjuntamente, permitiriam a realização da humanidade de cada pessoa. Mais considera WRIGHT que a compensação é o remédio básico e limitado da justiça da interacção. Ainda que a prevenção possa ser vista como uma finalidade desejável, ela será sempre subsidiária e subordinada pela compatibilização com os remédios apropriados para a rectificação do *wrong* (cf. p. 6).

Embora tematizada de outra forma, a relação entre a justiça interactiva (comutativa) e a justiça distributiva acaba por ser, em WRIGHT, paralela à estabelecida por RIPSTEIN.

Como evidenciaremos, os termos da compatibilização entre elas diferem daqueles que foram propostos por JANSEN. E distinguem-se, pelo concreto modo como vai pensada a liberdade, do modelo delitual por nós cogitado.

Para outras considerações acerca do pensamento de RIPSTEIN, cf. LARRY A. ALEXANDER, “Ripstein, Reasableness and objectivity”, *University of San Diego School of Law*, 2000-2001 (publicado em *Law & Philosophy*), www.ssrn.com/abstract=287491. Veja-se, ainda, JULES COLEMAN e ARTHUR RIPSTEIN, “Mischief and misfortune”, *McGill Law Journal/Revue de Droit de McGill*, vol. 41, 1995, p. 91 e ss. (aqui 93 e ss., evidenciando a interdependência entre a justiça correctiva e a justiça distributiva, já que, para sustentar uma justa distribuição, os efeitos das transferências lesivas têm de ser anulados e a justiça correctiva, ao operar tal anulação, há-de sustentar-se numa pretérita distribuição. Não se assimilando num denominador comum – seja porque o dever de reparar é *agent-specific*, enquanto os deveres impostos pela justiça distributiva são *agent-general*, seja porque uma se preocupa com os *losses* originados pelos *private wrongs*, ao passo que a outra se orienta pela geral alocação dos recursos, benefícios e oportunidades –, elas não são pensáveis sem referência mútua, ao ponto de se poder dizer que os problemas a que procuram – por vias diversas – dar resposta são os mesmos: quer a *distributive justice*, quer o *tort law* podem ser encaradas como uma resposta à magna interrogação *who owns which of life's*

Com isto pretendemos dizer que, se é legítima uma leitura dos dados que afirme o carácter sancionatório do instituto – ou mesmo um sentido punitivo em termos muito amplos, que se confunda, afinal, com a ideia de sanção –, já não se afigura pertinente tentar extrapolar estas conclusões para, a partir delas, proclamar uma finalidade retributiva, alicerçadora da figura dos danos punitivos. Até porque estes, dogmáticamente, e pelos motivos expendidos anteriormente, não se afiguram viáveis no quadro do nosso ordenamento jurídico. São motivos processuais⁷⁹⁰, constitucionais e civilistas que presidem a essa oposição de base⁷⁹¹.

h) Do mesmo modo, parece-nos injustificada a defesa de uma finalidade preventiva que se autonomize da função reparadora⁷⁹².

misfortune? – cf. p. 94) [veja-se, quanto ao ponto, ainda, HANOCH DAGAN, “The distributive foundation of corrective justice”, ... cit., p. 140 e ss., considerando a impossibilidade de uma *non-distributive private law*, embora acoplada a uma ideia de correlatividade – e portanto de justiça *inter pares* – que, segundo o autor, é um dos mais importantes contributos de WEINRIB, e embora atido à consideração do instituto do enriquecimento sem causa; e PETER BENSON, “The basis of corrective justice and its relation to distributive justice”, *Iowa Law Review*, 77, p. 515]

⁷⁹⁰ Veja-se, quanto ao ponto, BASIL MARKESINIS, ANGUS JOHNSTON e SIMON DEAKIN, *Markesinis and Deakin's Tort Law*, ... cit., p. 37.

⁷⁹¹ Cf. RICHARD W. WRIGHT, “The grounds and extent of legal responsibility”, ... cit., o. 4 e 5 e nota 19. Considera o autor que os *punitive damages* se poderiam compreender no quadro daquilo que designa por justiça interactiva, porquanto possam surgir a compensar lesões privadas. Em causa estaria, designadamente, a reintegração da dignidade/honra da vítima que poderia ter sido ferida. Lamenta, neste ensejo, que a *private wrong conception of punitive damages* tenha dado lugar a uma *public wrong conception*, porque tal provoca uma errada percepção do fenómeno e conduz a problemas constitucionais evidentes, ao mesmo tempo que redundando numa *unprincipled law of punitive damages*.

No fundo, a defesa de WRIGHT parece restringir-se aos *aggravated* ou *satisfaction damages*. E, no que à justificação avançada respeita, cremos que ela não colhe no horizonte de ordenamentos jurídicos como o nosso que prevê, com assento positivo expresso, a compensação dos danos não patrimoniais.

⁷⁹² Do ponto de vista privatístico, a responsabilidade civil é um instituto apto a satisfazer determinados interesses. Ou com apelo a uma ideia maior de responsabilidade, agigantada pela sua ancoragem na autonomia do ser pessoa, ou segundo uma visão simplesmente contabilística, o que se pretende é determinar quem deve suportar um custo. Não é, porém, este o esquema protagonizado pela *law and economics*. Não tomando como referencial de sentido a pessoa, mas a colectividade (o bem-estar global), a transferência do custo de A para B passa a ser irrelevante, nessa perspectiva macroscópica, embora levada a cabo segundo um desígnio microeconómico, uma vez que a sociedade como um todo continua a ter de suportá-lo. Assim sendo, as regras da responsabilidade civil só serão eficientes se permitirem a redução dos custos dos acidentes, ou segundo outros autores, colocados num patamar dialógico diverso, a internalização dos custos dos acidentes. Pese embora a não uniformidade de formulações, o dano há-de ser encarado como uma externalidade social e com aquelas regras há-de prosseguir-se um desiderato preventivo. Trata-se, porém, de uma prevenção em tudo diversa daquela que pode ser defendida no seio de um pensamento jurisprudencialista com forte apelo ético-axiológico. Ela é aqui encarada em função do todo. Contrariamente, segundo o nosso entendimento, a prevenção só se torna valiosa se pensada na óptica da salvaguarda da posição (dos direitos) do potencial lesado, já que é o respeito pela pessoa do outro, o sentido da pessoalidade, que unifica as diferentes hipóteses indemnizatórias.

Veja-se, quanto ao ponto, JOHN C. P. GOLDBERG, “Twentieth Century Tort Theory”, ... cit., p. 40, explicitando que os arautos da *law and economics* partem da assunção de que os indivíduos tomam as suas decisões pesando custos e benefícios. Como em regra o sujeito só pondera os seus próprios custos, esquecendo os custos que impõe aos demais, eles são vistos como *externalidades sociais*. A ordem jurídica pode forçar a que sejam internalizados, isto é, a que sejam tidos em conta na ponderação racional

Esvaziada da consideração da pessoalidade, a prevenção transforma um instituto jurídico num instrumento de uma tecnocracia que contraria a estrutura básica, axiologicamente fundamentada, do sistema. Torna-se, por isso, imperiosa a negação incondicional da perspectiva encabeçada pela *law and economics*⁷⁹³. Ligada à eficácia, a prevenção torna-se desvaliosa⁷⁹⁴.

Unida aos vectores sedimentados, a prevenção deve manter-se dentro dos parâmetros por ele definidos, pelo que se subordinará sempre a uma finalidade reparadora ou ressarcitória. O que quer dizer que ela não poderá nunca justificar, por si só, a admissibilidade de princípio dos danos punitivos.

a que se aludiu. O cerne do problema é, pois, o de saber quando é que é eficiente impor a internalização e o critério guia será o de saber em que medida a pessoa alterará o seu comportamento ao tê-los em conta e qual o saldo final para a comunidade que tal envolverá.

⁷⁹³ Acompanharemos, agora, de forma mais ampla a perspectiva economicista de abordagem do jurídico e, em particular, da responsabilidade civil. Muitas das ideias que aqui traremos a lume foram já afloradas, no capítulo precedente, quando topámos com a questão do tratamento da causalidade pelos arautos da *law and economics*. Torna-se, contudo, importante olhar novamente para a questão, de modo a arredar em bloco a racionalidade que a encabeça.

⁷⁹⁴ Sobre a ligação entre o ideário preventivo e a racionalidade eficientista encabeçada pela *law and economics*, cf. SALVADOR CODERCH e CARLOS GÓMEZ LIGÜERRE, “El derecho de daños...”, ... cit.

Veja-se em especial a referência à não imputação dos danos em virtude de critérios causais, no quadro de indagação da estrutura dos direito delitual preocupado com a diminuição dos custos dos acidentes. Ideias como internalização de externalidades sociais, sociedade de risco e prevenção passam a ser determinantes, segundo esta perspectiva, para aceder à intencionalidade predicativa da responsabilidade civil, com a preterição do sentido último do direito enquanto direito.

Sobre a questão da internalização de externalidades sociais, veja-se, ainda, STEPHEN R. PERRY, “Tort Law”, ... cit., p. 59 e ss, mostrando que, embora a ideia se encontre na génese da adopção do regime de responsabilidade objectiva do produtor, perdeu terreno enquanto fundamento geral da imposição da responsabilidade, mesmo no seio de uma perspectiva economicista. Terá contribuído para isso a análise proposta por COASE, que veio mostrar não ser esta uma noção coerente. Para PERRY (cf. p. 61), ainda que alguns autores continuem a falar de internalização, ela deve ser entendida como um resultado a ser justificado e não como uma justificação em si mesma. Preferem, por isso, alguns autores falar da prevenção como finalidade primacial do sistema delitual.

A prevenção surge, na exposição do último autor citado, ligada a um pensamento tecnocrático, em que se agiganta, não só, a maximização do bem-estar social prosseguida por via directa, como também a diminuição dos custos dos acidentes. Note-se que a ideia não é (cf. p. 61) evitar tantos acidentes quanto possível, mas minimizar a soma dos custos dos acidentes e da sua prevenção.

Veja-se, ainda, no estudo citado, p. 68 e ss., onde o autor dialoga com os pensadores que olham para a *tort law* do ponto de vista do *loss spreading*.

Veja-se, evidenciando, a um tempo, a centralidade da noção de externalidades e a diversa intencionalidade que informa esta corrente de pensamento, GIUSEPPE DARI-MATTIACCI, “Negative liability”, *George Mason University School of Law Papers*, www.ssrn.com/author=333631. O problema passa pela simetria constatada entre a *positive tort liability*, nos termos da qual, e na senda do pensamento de CALABRESI, se deve procurar internalizar as externalidades negativas, porque os custos de transacção inviabilizam uma solução de mercado, e a *negative liability*, no seio da qual se procurariam internalizar as externalidades positivas. Ora, como aliás parece frisar o autor, o paralelo que se evidencia tem raiz – e só é perceptível – na perspectiva economicista de que se parte. No plano do direito constituído que analisa, a assimetria é a palavra de ordem, não se impondo um dever de compensação àqueles que beneficiam com as nossas condutas. Ao longo do estudo apresenta razões justificadoras da disparidade, nenhuma delas contendendo com o verdadeiro sentido de justiça que deve ir ínsito ao sistema delitual, sem o qual o mesmo se torna desvalioso.

Nega-se, portanto, em simultâneo qualquer visão da prevenção que lhe forneça um recorte tecnocrata⁷⁹⁵.

Ou seja, existem duas perspectivas possíveis para encarar o fenómeno dos *punitive damages*^{796 797 798}. Uma centrada na eficiência⁷⁹⁹. Outra, que, não obstante uma imperiosa ponderação custo-benefício, é determinada por preocupações indelevelmente ligadas a um ideal de justiça que se busca alcançar.

Se a segunda ficou arredada por argumentos de índole dogmática, sobre a primeira recai o manto da total imprestabilidade.

Partindo da consideração da finalidade preventiva como escopo primário da responsabilidade civil, alguns autores rapidamente nos conduzem para um pensamento em que a eficiência ou eficácia se transmuta em palavra de ordem. Tal não deve causar

⁷⁹⁵ Quanto ao ponto, veja-se NILS JANSEN, *Die Struktur des Haftungsrechts...* cit., p. 631 e ss. Considera o autor que, podendo empiricamente constatar-se que as normas da responsabilidade desenvolvem efeitos sobre a conduta, tal não tem necessariamente de corresponder ao conteúdo de um modelo económico. Para o autor, mesmo quando se fala de eficácia, não é a eficiência económica que está em causa, mas a protecção individual que se dispensa a certos bens jurídicos (cf. p. 632).

⁷⁹⁶ Cf., quanto ao ponto, GARY T. SCHWARTZ, “Mixed Theories or Tort Law: Affirming Both Deterrence and Corrective Justice”, *Texas Law Review*, 75, 1997, p. 1801 e ss. O autor considera que, ao longo dos tempos, os defensores da prevenção como fundamento da responsabilidade e os arautos da justiça correctiva se colocaram em campos antagónicos. Os primeiros encabeçam uma perspectiva *ex ante*, procurando determinar os melhores incentivos para evitar a emergência de acidentes; os segundos sustentam uma perspectiva *ex post* e olham para a *tort law* “as an after-the-fact effort to achieve corrective justice as between injurer and victim”.

Considera, porém, que se podem estabelecer pontes de diálogo entre ambas, viabilizando um entendimento da prevenção ancorado na ideia de justiça, na medida em que se procure precaver a violação de direitos alheios (cf. p. 1834).

⁷⁹⁷ Cf. SALVADOR CORDECH, “Punitive damages”...cit., p. 146 e ss. O autor, debruçando-se sobre os danos punitivos, apresenta diversas perspectivas de abordagem dos mesmos, umas mais centradas na análise económica do direito, outras mais distantes. Além disso, ao mesmo tempo que salienta a hibridiz do conceito que permite abarcar múltiplas finalidades – prevenir, castigar, ensinar, reafirmar a validade do direito violado, fazer justiça – e evidencia que, quanto ao ponto, há autores mais próximos de uma visão jurídica tradicional do que outros, denuncia que a renitência dos ordenamentos que se inscrevem na *civil law* em aceitar os danos punitivos passa pela incompreensão da sua missão global, olvidando que a sua função sancionatória não apaga uma importante função preventiva e mesmo simbólica (p. 150).

⁷⁹⁸ Sobre eles, além das restantes indicações bibliográficas, veja-se, também, BASIL MARKESINIS, ANGUS JOHNSTON e SIMON DEAKIN, *Markesinis and Deakin’s Tort Law*, ... cit., p. 784 e ss., em especial p. 786 e ss.

⁷⁹⁹ Para uma profunda análise desta perspectiva, cf, FRIEDMAN, *An economic explanation of punitive damages*, www.best.com/~ddrf/Academica/Punitive/Punitive.html.

É, aliás, no âmbito de uma perspectiva economicamente comprometida que se colocam problemas como o de saber até que ponto os danos punitivos não poderão ter uma eficácia sobre-dissuasora que colocasse em risco o desenvolvimento económico, centrado no mercado, e se ponderam aspectos como a eventual repercussão de tais danos na esfera de interesses dos subsequentes agentes económicos, incluindo os consumidores (cf. SOFIA LEITE BORGES, *As funções punitiva...*cit., p. 59, sem que, contudo, a autora apresente de forma clara o tipo de racionalidade pressuposta na crítica que elenca.)

Cf., ainda, a este propósito MITCHELL POLINSKY, “Economic analysis as a potentially defective product: a buyer’s guide to Posner’s economic analysis of law”, *Harvard Law Review*, vol. 87, 1973-1974, p. 1655-1681, numa visão crítica do pensamento de POSNER, aqui entendido metaforicamente como um produto defeituoso, entre outros motivos por não ser possível separar a *equity* e a *efficiency* devido aos custos de redistribuição que devem ser sopesados.

qualquer perplexidade. Se a finalidade do instituto passa a ser a prevenção de novos e futuros comportamentos danosos – que aliam, ainda, as características de serem ilícitos e culposos –, a sua essência apenas se cumprirá se e quando ele for apto a afastar as pessoas da prática de tais actos. A prevenção deixa de ser vista como um elemento dependente do ideal ressarcitório para passar a ser o denominador que tudo determina. Com a consequência de a imposição de uma obrigação indemnizatória só ser legítima na medida em que garanta esse efeito dissuasor^{800 801}.

Erige-se a eficácia (eficiência) em critério aferidor da necessidade de imputação de responsabilidade civil, numa óptica de prevenção de futuros comportamentos, e passa a olhar-se para o instituto como um sistema de incentivos para adoptar um comportamento eficiente⁸⁰². Assim, sustenta-se que a imposição de uma obrigação ressarcitória só deve ocorrer naqueles casos em que o sujeito actuou com culpa entendida como o dever geral de diligência finalisticamente determinado a evitar a causação de um dano a alguém. Ora, a determinação desse nível de diligência deve ser

⁸⁰⁰ Como veremos, a ideia de prevenção aparecerá, agora, intrinsecamente associada à assunção de uma racionalidade de tipo economicista.

Fazendo a ligação entre uma determinada concepção de direito e as finalidades que a responsabilidade civil é chamada a cumprir, cf. JÚLIO AGUIAR, “Abordagem económica do direito: aspectos epistemológicos”, *Lusitana – Revista de Ciência e Cultura*, Série de Direito, nº1 e 2, 2002, p. 181 – “se como pensam os economistas, a principal razão para se punir o delito civil é dar às pessoas os incentivos para não praticar actos que causem custos a terceiros (...) o objectivo (...) é obter o nível de precaução eficiente e, consequentemente, o nível eficiente de risco”.

Também PANTALÉON conclui, assertivamente, que os cultores da análise económica do direito, ao procurarem, numa perspectiva axiologicamente neutra, a máxima eficiência, não podem ficar presos a uma finalidade indemnizatória da responsabilidade civil, porque esta é socialmente absurda sob o prisma adoptado – cf. PANTALÉON, “Cómo repensar la responsabilidad...”...cit., p. 174. Note-se que o autor se mostra particularmente crítico deste sentido preventivo.

⁸⁰¹ Repare-se que o nosso discurso não apresenta um cunho histórico. Fosse a nossa uma perspectiva diacrónica de abordagem do problema e os termos da equação teriam de ser sopesados de outro modo. Na verdade, historicamente não é a exacerbação da finalidade preventiva que conduz à assunção da eficácia como motor do sistema de responsabilidade civil, mas, ao invés, a afirmação do carácter economicista do sistema que conduz à autonomização e agigantamento de uma finalidade preventiva. Nesse sentido, cf. VÍTOR GONÇALVES, *Análise económica da responsabilidade civil delitual*, Lisboa, 2000, p. 5. Afirma o autor que “a partir de 1930, (...) a preocupação com o bem-estar social generalizou-se, passando a responsabilidade não contratual a ter um carácter funcional, valorizando-se (...) mais os efeitos dos danos do que a sua causa. Já na década de 60, passou-se a verificar qual das partes estava em melhor posição para ter evitado o dano, assim como repará-lo, inclusive fazendo um seguro nesse sentido (...). A atribuição de responsabilidade civil passou a ser encarada como instrumento de afirmação de uma política pública, orientada no sentido de internalizar custos (...). Nessas condições, caracterizou-se a responsabilidade civil como um meio de atribuição de riscos e de prevenção e desestímulos a novos danos, além de constituir um meio de compensação de danos”.

Assim, o nosso discurso – aparentemente invertido – justifica-se pelo simples facto de partirmos de uma doutrina tradicional de abordagem do problema para, dialogicamente, questionarmos qual o sentido do instituto da responsabilidade civil.

⁸⁰² Neste sentido, cf. ROBERT COOTER, UGO MATTEI, PIER GIUSEPPE MONATERI, ROBERTO PARDOLESI, THOMAS UDEN, *Il mercato delle regole. Analisi economica del diritto civile*, Il Mulino, Bologna, 1999, p. 372. Veja-se, ainda, na mesma linha de pensamento, GIUSEPPE CLERICO, “Attività economica e rischio di danno; Come la struttura del capitale e la priorità di rivalsa sul capitale sociale influenzano la precauzione dell’impersa”, *Rivista Critica del Diritto Privato*, ano XVIII, 2000, p. 71 a 106.

levada a cabo segundo uma análise custo-benefício. Tendo em conta a relação entre a probabilidade de ocorrência do dano e o investimento na prevenção, entendem que, se o risco supera o investimento, haverá culpa. Já na hipótese inversa, em que o investimento iguala o risco, não haverá culpa, sendo o comportamento eficiente⁸⁰³.

Na linha do que tinha sido proposto por CALABRESI⁸⁰⁴, passa a entender-se que a função da responsabilidade civil se traduz na diminuição dos custos dos acidentes, onde se inscrevem os custos primários, secundários e terciários⁸⁰⁵.

Assim, os autores apresentam um conceito de culpa baseado na confrontação do comportamento do lesante com um *standard* mínimo de prevenção⁸⁰⁶. Aceitando genericamente que quanto maior for a prevenção – e consequentemente quanto maiores forem os custos com a mesma – menor é a probabilidade de ocorrência de um dano, sustentam que, e tomando como ponto de referência o mencionado *standard*, aquele que investiu em prevenção num montante superior não actuou com culpa, ao invés daquele outro que, colocando-se num patamar inferior, deve indemnizar as vítimas. Porque o eventual lesante se exonera ao adequar a conduta com o ponto de prevenção tido como socialmente eficiente, passa a afirmar-se a precaução em termos bilaterais. Isto é, fixando-se um ponto médio de diligência tido como socialmente eficiente – e nesta determinação exacta há que ter em conta não só o custo social marginal mas também o benefício social marginal⁸⁰⁷ –, estabelece-se uma dicotomia entre uma zona de actuação permitida e uma zona de actuação proibida. O eventual lesado sabe, então, que, actuando ao abrigo da primeira, o eventual lesante verá sempre a sua responsabilidade exonerada, ainda que não aja segundo a máxima diligência possível, até porque ela pode ser socialmente ineficiente. Assim, tenderá a adoptar igualmente níveis de protecção adequados, o que implicará um decréscimo dos custos dos acidentes^{808 809 810}.

⁸⁰³ Cf. ROBERT COOTER, UGO MATTEI, PIER GIUSEPPE MONATERI, ROBERTO PARDOLESI, THOMAS UDEN, *Il mercato...* cit., p. 374.

⁸⁰⁴ GUIDO CALABRESI, *The costs of the accidents: a legal and economic analysis*, 1970, p. 26-31

⁸⁰⁵ Para CALABRESI, haveria, a par deste grande objectivo da responsabilidade civil, finalidades instrumentais, como sejam a prevenção, a distribuição dos danos e a eficiência administrativa – cf. IZHAK ENGLARD, *The philosophy of tort law*, ... cit., p. 33 e ss.

⁸⁰⁶ Cf. ROBERT COOTER, UGO MATTEI, PIER GIUSEPPE MONATERI, ROBERTO PARDOLESI, THOMAS UDEN, *Il mercato...* cit., p. 380 e ss.

⁸⁰⁷ Cf. ROBERT COOTER, UGO MATTEI, PIER GIUSEPPE MONATERI, ROBERTO PARDOLESI, THOMAS UDEN, *Il mercato...* cit., p. 402 e ss.

⁸⁰⁸ Cf. ROBERT COOTER, UGO MATTEI, PIER GIUSEPPE MONATERI, ROBERTO PARDOLESI, THOMAS UDEN, *Il mercato...* cit. 387 e ss.

⁸⁰⁹ Se mobilizarmos a memória pré-disponível que nos foi comunicada pelo conhecimento do sistema, lembramo-nos, a este ensejo, do problema do concurso de culpas do lesado, que, em concreto, pode conduzir a uma atenuação, ou mesmo exclusão, da responsabilidade (cf. artigo 570º CC). Note-se, porém,

No fundo, o que vêm propor é a criação de regras de responsabilidade civil que sejam eficientes do ponto de vista da prevenção de futuros comportamentos causadores de danos, erigida como finalidade principal do instituto. É a ideia central de prevenção que alicerça um conceito de culpa, que, despidendo-se de uma matriz eticamente cunhada, se define em termos de exigibilidade económica, para a qual se convoca uma perspectiva funcionalista⁸¹¹.

que o juízo aí entretido em nada se confunde com aquele a que somos conduzidos pela visão tecnocrática do direito.

À problemática regressaremos, posteriormente, num dos capítulos subsequentes.

⁸¹⁰ Pela mesma lógica explicam-se as hipóteses de responsabilidade objectiva – cf. ROBERT COOTER, UGO MATTEI, PIER GIUSEPPE MONATERI, ROBERTO PARDOLESI, THOMAS UDEN, *Il mercato...cit.*, p. 395 e ss. Porque nestes casos deixa de haver incentivos à prevenção por parte do potencial lesado, a previsão de situações de responsabilidade objectiva só se justifica quando estejam preenchidas três condições. A saber: a) a tecnologia da prevenção deve ser unilateral (isto é, só uma das partes deve ter capacidade tecnológica para reduzir a ocorrência e a gravidade da lesão); b) o ressarcimento da vítima deve ser perfeito; c) deve ser claro *ex ante* quem é o potencial lesado e quem é a potencial vítima.

⁸¹¹ Para maiores desenvolvimentos acerca da operacionalidade da culpa na perspectiva economicista, alicerçada na fórmula de HAND, cf. WRIGHT, “The standard of care in negligence law”, *Philosophical foundations of tort law*, DAVID G. OWEN ed., Clarendon Press, Oxford, 1996, p. 250 e ss.

Deparamo-nos, aí, com inúmeras críticas à *Hand formula* mesmo no quadro da *law and economics*, que o autor rejeita. Assim, justifica aquilo que anuncia como sendo *the unworkability of the utilitarian hand formula* com base em diversos argumentos: 1) para se identificar os níveis óptimos de precaução, temos de nos ater à consideração do incremento marginal dos custos e benefícios atribuíveis àquela e dificilmente os tribunais estarão preparados para levar a cabo tal análise (cf. p. 251); 2) utilizando a fórmula em questão, na medida em que, muitas vezes, há que prestar atenção à contribuição da vítima para a ocorrência ou agravamento do efeito lesivo, podemos chegar ao paradoxo de lançar mão do critério menos eficiente (p. 251); 3) os resultados a que com ela somos conduzidos ficam dependentes do grau de cognição do agente, resvalando, ou podendo resvalar, perante défices informacionais, na adopção do comportamento menos eficiente (p. 252). Donde conclui que, mesmo que admitíssemos hipoteticamente a aceitabilidade da perspectiva utilitarista, teríamos de rejeitar, pela sua imprestabilidade, a fórmula de que lançam comumente mão para aferir a negligência do agente perpetrador do dano.

Adverte, contudo, para a possibilidade de se interpretar normativamente o critério de HAND. No fundo, tratar-se-ia de chamar à colação um critério de ponderação assente no risco criado e na utilidade gerada com uma conduta, com base no qual seria preenchido o conteúdo do princípio kantiano do respeito pelo próximo, tido como igual.

WRIGHT mostra-se, então, muito crítico da visão expandida, sustentando que a mesma, ainda que o negue, apresenta uma sintonia perfeita com o utilitarismo e contraria o ideal kantiano que nos insta a tratar o outro como um fim e nunca como um meio.

Em debate está, portanto, o critério de aferição da negligência, considerando alguns que ele se pauta pela avaliação da (des)conformidade da conduta com padrões exigíveis de cuidado tendo em conta a previsibilidade do dano e outros que, nessa sindicância, se há-de ponderar, igualmente, a utilidade daquela.

Do autor, cf., ainda, RICHARD W. WRIGHT, “Hand, Posner and the Myth of the Hand Formula”, ... cit., p. 6 e ss. Numa reflexão minuciosa acerca de diversos precedentes jurisdicionais, são inúmeros os apontamentos que, colhendo-se aí, nos mostram a impertinência de uma visão utilitarista e economicista para lidar com a determinação da culpa do agente [mais do que criticar uma visão tecnocrática da responsabilidade civil, WRIGHT cumpre a missão de desmontar os argumentos de autores como LANDES e POSNER quando procuram sustentar que ínsito à regulamentação legal e jurisprudencial da matéria está uma racionalidade efficientista. Assim, começa por explicitar a razão da pretensa disseminação da fórmula de HAND para lidar com os problemas da negligência. Em causa o *1st Restatement of the Law of Torts (1934), section 291 (1)*, o qual parecia ter consagrado, sem embargo das múltiplas excepções que contempla, o *risk-utility test*. Só que, como nota WRIGHT, com a previsão, apenas se queria evitar a responsabilidade pelos riscos inerentes às actividades socialmente valiosas, quando eles não fossem suficientemente sérios e se mostrassem necessários (cf. p. 5), sublinhando, portanto, que originariamente

A responsabilidade civil é, então, entendida como um mecanismo de internalização de externalidades sociais, mobilizando-se uma racionalidade finalística quando se tem de lidar com o instituto. Na verdade, a prevenção que se invoca não tem unicamente em vista a relação entretecida entre lesante e lesado, mas o complexo social globalmente considerado, na medida em que, subjacente àquela ideia, bem como à de

a intencionalidade do teste não era estritamente utilitarista (cf. p. 14). No fundo, não é só a eventual imprestabilidade do critério que aqui se joga, mas a racionalidade com que o mesmo vem imbuído na esteira dos arautos da *law and economics* que choca com a noção de justiça. Tal não implica, porém, a desconsideração da componente do risco. Como se nota a páginas 53, a magnitude do risco e os benefícios esperados devem ser tidos em conta, sem que tal implique a confusão necessária com um *aggregate-risk test* (cf. p. 53). O padrão de sindicância há-se ser, pois, outro, a chamar à colação uma ideia de razoabilidade que ganha foros de gigante ao nível jurídico. Veja-se, ainda, p. 60 e ss., numa das muitas referências comparativas entre o *aggregate-risk test* e o *non-balancing, prohibitory-cost test*, e, à frente, p. 65, onde, por referência a CARDOZO, se frisa que o lesante não foi, num caso concreto, responsabilizado não porque o nível de precauções tenha superado o do risco, mas porque este era *too remote*, embora estes também possam ser apodados de negligentes se desnecessários (Para uma distinção entre o *disproportion test*, relevante nesta sede, e a *risk ownership conception*, cf. ARTHUR RIPSTEIN, *Equality, Responsibility...* cit., p. 62-63. O primeiro assumiria a segurança como o vector primordial, enquanto o autor procura a harmonização equitativa entre esse valor e o da liberdade. Por outro lado, aquele implicaria que se analisasse se os custos eram ou não desproporcionados tendo em conta os danos a evitar, e tal desproporção não é apropriada quando se considera que ambos os valores – segurança e liberdade – estão envolvidos na fixação do standard de cuidado exigível). Do exposto, podemos perfunctoriamente reter três coordenadas básicas. Por um lado, a ponderação dos riscos não tem de se escorar numa racionalidade de índole economicista ou utilitarista, antes podendo ser convocada no horizonte de referência da juridicidade. Por outro lado, à medida que WRIGHT vai evidenciando o não acolhimento pela jurisprudência da tecnocracia que alguns pretendem impor à prática, ainda que encoberta sob a capa de uma análise positiva, mostra como os dados atinentes à culpa se miscelanizam as mais das vezes com aspectos ligados àquilo que se usou cunhar, na *Common Law*, por *remoteness of damage*. Por último, WRIGHT não hesita em denunciar o desvalor que matiza o tipo de pensamento em análise. Cf. p. 89 e ss., mostrando que, na estrita fidelidade à *Law and economics*, deixa de se poder presumir, inclusivamente, o igual valor de duas vidas humanas, porquanto uma delas possa, dependendo da utilidade susceptível de ser por si gerada, ser considerada superior em relação a outra. Ainda que os arautos do método de abordagem do jurídico o neguem, pressupondo aproblematicamente a equiparação, a verdade é que, como bem nota WRIGHT, “it is an implausible assumption under a utilitarian or economic efficiency theory. Under the latter (...) the lives will have different values, depending on the total aggregate utility each is expected to generate or on how much the person or others are willing and able to pay for the person’s life”. O raciocínio choca. E é isso que o torna tão contundente. Primeiro, porque ele não é mais do que a projecção autorizada pelo prisma dialógico em que os autores se inserem dos postulados de que partem, ainda que levados ao extremo. Segundo, porque, pela redução ao quase absurdo, se consegue desmontar claramente o perigo de um pensamento desta estirpe. O que, em verdade, foi já anunciado por muitos, entre os quais, e entre nós, por CASTANHEIRA NEVES. Não aponta, de facto, para outra coisa o grito de alerta lançado pelo autor quando adverte que a orientação do decidente segundo a máxima “o que é útil ao povo” nos conduz a um sistema de direito onde o direito está ausente. Veja-se, CASTANHEIRA NEVES, *Metodologia Jurídica...* cit., p. 60 e ss.

Veja-se, ainda, numa perspectiva criticista, R. EPSTEIN, *Takings: private property and the power of eminent domain*, Harvard University Press, Cambridge, Mass., 1985, p. 40. A *hand formula* permite a um lesante colher os benefícios que recebe da sua própria conduta contra os custos dos prejuízos que infligiu ao lesado. A pessoa imporia aos outros determinados níveis de risco, desde que o custo da prevenção excedesse o dano expectável.

Cf., também, ARTHUR RIPSTEIN, *Equality, Responsibility and the Law...* cit., p. 59-60, contrapondo a sua visão da responsabilidade civil alicerçada no *risk ownership* do pendor economicista com que vem entendida a *Hand Formula*.

Analisando esta e outras críticas, STEPHEN PERRY, “Tort law”, ... cit., p. 66 e ss.

diminuição dos custos sociais, está, afinal, a finalidade primária de maximização do bem-estar social⁸¹².

Não se pense, contudo, que a análise económica do direito a que, implicitamente, temos vindo a fazer referência constitui um todo unitário⁸¹³. Sem querer

⁸¹² Evidenciando como a compreensão do direito delitual à luz do *model of costs* não logra explicar algumas das regras sistematicamente consagradas, cf. SCOTT HERSHOVITZ, “Two models of Tort (and Takings)”, *Virginia Law Review*, vol. 92:6, p. 2 e ss., partindo, exactamente, da consideração da finalidade primacial daquele, na perspectiva da *law and economics*, como a internalização das externalidades geradas. É que, como o autor denota, perpassa a regulamentação do instituto uma assimetria entre perdas e benefícios. As primeiras são indemnizadas; os segundos só em casos contados, e fora do âmbito de operacionalidade da responsabilidade civil, se mostram aptos a gerar uma obrigação de restituição do indevido. Ora, se, do ponto de vista daquilo que a autor cunha como *model of harms*, há algo que justifique o diverso tratamento, do prisma economicista, ambos são vistos como externalidades, potenciadoras de comportamentos ineficientes [analisando a partir da página 5 o *harm-benefit asymmetry on the model of costs*, reflecte sobre cada uma das possíveis justificações para o fenómeno, para dar conta, *in fine*, do seu cepticismo acerca da possibilidade de se olhar para o direito delitual à luz da procura do bem-estar global – cf. p. 36].

Sobre o ponto, veja-se, também, num outro sentido, GIUSEPPE DARI-MATTIACCI, “Negative liability”, ... cit.

⁸¹³ Para uma perspectiva evolutiva da análise económica do direito aplicada à responsabilidade civil, veja-se POSNER e LANDES, *The economic structure ...* cit., p. 1 e ss.

A *positive economic theory of tort law* tem o seu início com o pensamento de BENTHAM ou mesmo com ADAM SMITH, embora os autores afirmem que se poderá talvez recuar até OLIVER WENDELL HOLMES. Mas, verdadeiramente, a análise económica do direito só tem a sua origem na década de 60 do século XX, com a publicação do artigo de COASE, sobre o custo social, e com o artigo de CALABRESI sobre responsabilidade civil. Cf., no que respeita à ancoragem ou não da análise económica do direito, no pensamento e cultura do passado, FABRIZIO COSENTINO, “Análisi economica del diritto: ritorno al futuro?”, *Il foro italiano*, anno CXV, vol. CXIII, 1990, p. 153-156.

Subjacente a estas teorias estão ideias como a maximização da utilidade pelas pessoas, em todas as áreas da sua vida (ideia atribuída pelos autores a BENTHAM. Cf. POSNER e LANDES, *The economic...*, cit., p. 5); o conceito de externalidade ou custo social (atribuído a PIGOU); o teorema de COASE, segundo o qual, quando o custo de transacção é zero não releva a titularidade do direito.

Parte-se, igualmente, de uma ideia de óptimo social definida por KALDOR-HICKS. Segundo este autor, verifica-se uma situação de óptimo quando melhora a situação global, mesmo que isso implique que piore a situação de outra pessoa. Nestes termos, o conceito de eficiência de que se parte é menos exigente do que para PARETO. Segundo o óptimo de PARETO, haveria eficácia quando melhorasse economicamente a situação de uma pessoa, sem piorar a situação de ninguém. Em termos de responsabilidade civil, segundo KALDOR-HICKS, podemos dizer que só se deve impor o dever de indemnizar quando o custo esperado para a vítima seja superior ao custo de evitar o acidente ou ao benefício que ele gera. Já para PARETO, nesta hipótese não se alcançava o óptimo (cf. POSNER e LANDES, *The economic...*, cit. p. 17; e VÍTOR GONÇALVES, *Análise económica do direito...*, cit., p. 4).

Sobre a análise económica do direito, entre nós, v., igualmente, SINDE MONTEIRO, “Análise económica do direito”, *Boletim da Faculdade de Direito*, vol. LVII, 1981, p. 245 a 250 e, por referência à responsabilidade civil na *Common Law*, BASIL MARKESINIS, ANGUS JOHNSTON e SIMON DEAKIN, *Markesinis and Deakin's Tort Law...* cit., p. 24 e ss.

Cf., igualmente, KEITH N. HYLTON, “The theory of tort doctrine and the restatement of torts”, *Vanderbilt Law Review*, 54, 2001, www.ssrn.com e “Duty in tort law: an economic approach”, Boston University School of Law, Working Paper Series n°06-04, www.ssrn.com/abstract_id=887147; PATRICK BUROW, “Einführung in die ökonomische Analyse des Rechts”, *Juristische Schulung*, 33. Jahrgang, Heft 1, 1993, p. 8 e ss.; JOCHEN TAUPITZ, “Ökonomische Analyse und Haftungsrecht. Eine Zwischenbilanz”, *Archiv für die zivilistische Praxis*, 196, Heft 1/2, 1996, p. 114 e ss.; HANS-BERND SCHÄFER/CLAUS OFF, “Die ökonomische Analyse des Rechts – Irrweg oder Chance wissenschaftlicher Rechtserkenntnis?”, *Juristenzeitung*, 43, Heft 5, 1988, p. 213 e ss.; PABLO SALVADOR CODERCH/FERNANDO GÓMEZ POMAR, *Clave de bóveda. Recensión a: Steven Shavell. Foundations of Economic Analysis of Law. The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, London, England, 2004*, Barcelona, 2004, www.indret.com; VASCO RODRIGUES, *Análise económica do direito*, Almedina, Coimbra, 2007.

entrar na pormenorização própria de quem acompanha os escritos de todos os autores que, total ou parcialmente, tornam operante este tipo de racionalidade, o simples confronto entre o pensamento de CALABRESI e de POSNER permite-nos antever isso mesmo. Enquanto o primeiro procura criar um sistema de responsabilidade civil que seja eficiente, do ponto de vista da prevenção, por forma a diminuir os custos dos acidentes^{814 815}, o segundo afirma aceitar a existência, validade e importância da doutrina legal, não obstante analisá-la em termos económicos^{816 817}.

O que poderia ser unicamente uma análise crítica e positiva da disciplina da responsabilidade civil é verdadeiramente um sistema tecnocrático de regras de distribuição de custos sociais. Pensar que a opção por uma dada racionalidade deixa

⁸¹⁴ Veja-se, a este propósito, embora com incidência processual, JESUS PINTOS AGER, “Efectos de la baremación del daño sobre la litigiosidad”, *Indret*, 2/2003, www.indret.com

⁸¹⁵ Veja-se, ainda, GUIDO CALABRESI, “Toward a unified theory of torts”, *Journal of Tort Law*, vol. 1, issue 3, article 1, 2007, p. 1 e ss., onde se mostra defensor de uma perspectiva *system-builder*, por oposição ao prisma tradicional dos que vêem na *tort law* uma resposta a violações que não integram o domínio penal ou o domínio contratual [para o autor, o que caracteriza a *tort law*, situada a meio-termo entre os dois planos dogmáticos, é a *liability rule*, a permitir involuntárias transferências ou destruições de bens desde que seja satisfeito um preço determinado pela colectividade. E se a justiça correctiva, como alguns advogam, pode ser importante para cumprir ideias de responsabilidade nas relações interpessoais, o autor adianta que um sistema não baseado na atribuição de um direito à reparação poderia cumprir essa missão sem deixar de lado a finalidade da prevenção (*deterrence*)].

⁸¹⁶ POSNER e LANDES, *The economic structure ...cit.*, p. 8-9.

Numa perspectiva um pouco diferente, veja-se CALABRESI, “Some thoughts on risk distribution and the law of torts”, ... cit., p. 499 a 553; ID., “Sobre los límites de los análisis no económicos del Derecho”, *Anuário de Filosofia del Derecho*, Tomo II, Madrid, 1985, p. 219 a 228; ID., “The pointlessness of Pareto: Carrying Coase Further”, *The Yale Law Journal*, volume 100, number 5, March 1991, p. 1211 a 1237.

Sobre a distinção entre as duas escolas que integram a *Law and Economics*, cf., novamente, PARDOLESI, “Analisi economica del diritto”, ... cit., p. 309-311.

Para uma veemente crítica a estas posições, cf. DWORKIN, “Is wealth a value?”, *Journal of Legal Studies*, 9, 1980, 9, que considera ser imoral a obsessão pela eficácia, e, entre nós, num sentido mais amplo, referindo-se a toda a racionalidade tecnológica e ao modelo do juiz tecnocrata, CASTANHEIRA NEVES, *Metodologia Jurídica ... cit.*, p. 54 a 70. Não obstante, não se pense que o pensamento de DWORKIN e de CASTANHEIRA NEVES são coincidentes. Para uma análise das diferenças, veja-se, do último, *O actual problema metodológico da interpretação jurídica*, Coimbra Editora, Coimbra, 2003, p. 349 a 444; e ID., “Interpretação jurídica”, *Digesta, Escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros*, vol. II, p. 337 e ss., Coimbra Editora, Coimbra, 1995; e do primeiro *Law's empire*, Harvard University Press, Cambridge, Mass, 1986 (tradução espanhola de CLAUDIA FERRARI, *El imperio de la justicia. De la teoría general del derecho, de las decisiones e interpretaciones de los jueces y de la integridad política y legal como clave de la teoría y práctica*, Gedisa Editorial, Barcelona, 1992)

Para um confronto entre CALABRESI e DWORKIN, v. HIERRO, “La pobreza como injusticia (Dworkin v. Calabresi)”, *Cuadernos de Filosofía y Derecho*, 15-16, vol. II, 1994, p. 945 a 969

Vingue-se a importância central do estudo “Some thoughts on risk distribution and the law of torts” para a compreensão do pensamento de CALABRESI no tocante às finalidades da responsabilidade civil e bem assim ao tipo de racionalidade que modela o sistema por si cogitado. Na verdade, torna-se aí patente não ser a responsabilidade civil um fim, mas unicamente um meio para cumprir o *risk distribution*, pelo que o mesmo poderia vir a ser substituído por outro que se mostre em concreto mais eficiente. Mais se diga que, na discussão em que mergulha, não fica de fora o diálogo entre diferentes postulados éticos e económicos que, consoante sejam ou não aceites, podem configurar de uma maneira ou outra o modo como se alcança o objectivo. Alerta, portanto, CALABRESI que nessa discussão se deve deixar de fora quer o efeito preventivo, quer o alicerce da culpa.

⁸¹⁷ Cf. RICHARD POSNER, “Wealth maximization and Tort Law: a Philosophical Inquiry”, *Philosophical Foundations of Tort Law*, DAVID G. OWEN ed., Clarendon Press, Oxford, 1996, p. 99 e ss.

intocável o sentido do direito é cair no erro positivista de afirmar que o direito se esgota no direito dado^{818 819}. Não obstante, o facto de POSNER situar a construção do seu sistema no momento da decisão judicativa acaba por implicar que o acento tónico seja colocado na ideia de maximização do bem-estar da sociedade, sem, no entanto, encobrir uma finalidade preventiva^{820 821}.

Compreende-se isso claramente se acompanharmos alguns dos exemplos apresentados pelo autor, conjuntamente com LANDES.

No sistema em que se inserem, opera-se a distinção entre os chamados *property rights* e as *liability rules*. Os primeiros são direitos exclusivos ao uso, controle e fruição de determinados bens e recursos, o que implica que ninguém possa utilizar aqueles bens

⁸¹⁸ Como já explicitámos na parte final do capítulo III, a sua teoria prática assenta numa falácia. A falácia de que a mobilização de uma *Zweckrationalität*, como aquela que é proposta, deixa imutável a decisão judicial, não pondo em causa as normas positivas vigentes, na medida em que ou sufragamos o formalismo próprio dos quadros mentais do positivismo jurídico e postulamos, a-problematicamente, que o juiz não constitui direito na sua decisão concreta, ou a simples assunção de uma racionalidade tecnológica, pela afirmação de um juiz que, embora vinculado à prévia previsão do legislador, deve contribuir para a busca da solução socialmente mais oportuna, vai interferir na modelação do direito e na sua realização concreta, através da qual, aliás, aquele se efectiva.

Quanto ao ponto, veja-se, ainda, numa tentativa de compatibilizar um cânone consequencialista com um ideário de justiça, MARK A. GEISTFELD, “Efficiency and fairness in tort law”, *Law and Economics Research Paper, Series Working Paper n°06-12*, New York University School of Law, 2006, www.ssrn.com/abstract=893061, p. 3, afirmando que “a rights-based torts system can be fully compatible with the relevant requirements of welfare economics, contrary to the understanding one can easily gain from contemporary torts scholarship”; p. 33 e ss., considerando que, se o valor normativo da autonomia reside nas consequências produzidas pelo seu exercício, então o bem-estar individual será relevante para a formulação das *rights-based tort rules*, e abrindo as portas a uma posição consequencialista que, partindo daquelas regras, as perspectiva segundo os efeitos da sua aplicação.

Para uma crítica certa desta função complementar do cânone da consideração dos resultados sociais da decisão, cf., por todos, CASTANHEIRA NEVES, *Metodologia Jurídica...* cit., p.196 e ss.

⁸¹⁹ Cf. IZHAK ENGLARD, *The philosophy of tort ...*cit., p. 37 e ss. O autor afirma que a teoria de POSNER não pode ser vista de um ponto de vista meramente positivo, considerando que o seu valor é sobretudo normativo.

⁸²⁰ Para POSNER, o fundamento racional para a responsabilidade civil é a eficiência, pelo que o instituto é modelado no sentido de induzir as partes a adoptar medidas preventivas e maximizar o valor das actividades interdependentes. O objectivo da responsabilidade civil parece, então, ser o de obter um ideal de prevenção que seja economicamente eficiente – Cf. IZHAK ENGLARD, *The philosophy...*cit., p. 40 e ss. Veja-se, também, quanto ao ponto STEVEN SHAVELL, “Economics and liability for accidents”, *New Palgrave Dictionary of Economics*, STEVEN DURLAUF & LAWRENCE BLUME (eds.), 2nd edition, 2008, www.law.harvard.edu/programs/onlin_center (mostrando que ao nível da responsabilidade são considerados os seus efeitos como incentivos para a redução do risco, para o *risk-bearing* e ponderadas as relações securitárias e os custos administrativos, ao mesmo tempo que o instituto se compara com outros métodos de controle das actividades danosas, designadamente a fiscalidade correctiva e a regulação).

⁸²¹ Outra, se não mesmo a maior, diferença entre o pensamento de POSNER e de CALABRESI passa pelo facto de o último autor não absolutizar a responsabilidade civil. Ou seja, e dito de uma forma mais perceptível, para ele a ideia de eficiência ultrapassa a própria ideia de responsabilidade. Estando esta subordinada à primeira, se em concreto apurarmos que existem outros meios mais eficazes para diminuir os custos dos acidentes na sociedade, a responsabilidade civil deve ser preterida.

Note-se que o entendimento do autor se compreende se pensarmos que a sua proposta é dirigida ao poder legislativo e não ao poder judicial. Bem como se atentarmos no facto de, apesar de a ideia de justiça não ser alheia ao seu quadro conceptual, na medida em que deve ser tida em conta na análise custo-benefício, ela surgir confundida com a eficácia, entendida como instrumento de prossecução daquela.

Cf. IZHAK ENGLARD, *The philosophy...*cit., p. 33.

sem o consentimento do titular do direito, independentemente de quaisquer argumentos sobre o bem-estar geral⁸²². Diferentemente, uma *liability rule* cria um direito a demandar alguém pelos danos causados por certas lesões aos recursos de que falámos.

A diferença estabelecida soa estranha à luz dos nossos quadros de pensamento. De facto, podemos afirmar, *grosso modo*, que entre nós um direito de propriedade se caracteriza pelo direito ao uso exclusivo de uma determinada coisa. E é exactamente esse direito à exclusividade de uso que determina que o seu titular, uma vez lesado, possa demandar em juízo o agente provocador da lesão. As duas realidades são, para nós, indissociáveis.

Ora, não só a noção de *property right* não é equivalente à de direito de propriedade, na medida em que ele se pode referir a *land*, *personal property* ou *intellectual property protected by copyrights and patent*⁸²³, como não se confunde com a ideia de direito absoluto por nós veiculada. Na verdade, não está em causa o respeito *inter partes* ou *erga omnes* devido a uma dada posição subjectiva, mas a possibilidade ou não de se interferir com essa posição de acordo com as regras do mercado ou fora deste mecanismo de composição de interesses. Tudo isto a querer dizer que a grande dificuldade anunciada reside, afinal, na natureza muito mais económica do que normativa do quadro conceptual apresentado. Enquanto os *property right* garantem que a transferência de titularidade de um direito opere por via do mercado, as *liability rules* permitem que a transacção se efectue por via do sistema legal, independentemente do mercado⁸²⁴.

No exemplo apresentado pelos autores⁸²⁵, uma locomotiva emite gases poluentes afectando uma quinta onde se cultivam determinados produtos. Através do recurso a diversas funções matemáticas, os autores concluem que, numa perspectiva marginalista

⁸²² POSNER e LANDES, *The economic ...*, cit., p. 29.

⁸²³ POSNER e LANDES, *The economic...cit.*, p. 29.

⁸²⁴ Cf., igualmente, sobre esta distinção COLEMAN, *Risks and wrongs*, ...cit., p. 183. A distinção remonta a CALABRESI e a MELAMED – “Property rules, liability rules, and inalienability: one view of the cathedral”, *Harvard Law Review*, 85, 1972, p. 1089 e ss. Sobre o ponto, ver igualmente EPSTEIN, « A clear view of the cathedral: the dominance of property rules », *The Yale Law Journal*, vol. 106, nº7, May 1997, pp. 2091 a 2120.

Note-se que o último autor citado terá abraçado a perspectiva da *law and economics* no seu artigo de 1993 – cf. “Holdouts, Externalities and the Single Owner: one more salute to Ronald Coase”, *Journal of Law and Economics*, 36, 1993, p. 553. Vide, ainda, “Causation and Corrective justice: a reply to two critics”, *Journal of Legal Studies*, 8, 1979, p. 477 e ss. Para o autor, o agente é responsável se a sua acção puder ser apreendida segundo um dos paradigmas causais: usa força contra a pessoa ou uma coisa; assusta o lesado; compele o lesado a agir; ou cria uma fonte de perigo que lesa a vítima. Em qualquer dos casos, não se exige a culpa.

Cf., ainda, sobre a distinção SALVADOR CODERCH e JUAN ANTONIO RUIZ GARCIA, “Problemas de la responsabilidad civil en derecho español”, ... cit., 1999, p. 429.

⁸²⁵ POSNER e LANDES, *The economic...cit.*, p. 31 e ss.

por eles encabeçada, os lucros são maximizados até ao número de quatro comboios por dia. Sendo o dono da quinta e o explorador da locomotiva sujeitos racionais, que pretendem maximizar os lucros, através da combinação das duas actividades, os danos que a quinta sofre e que terão de ser cobertos pelo empresário devem ser vistos como um custo das duas empresas concertadas.

Assim, continuando a acompanhar o exemplo dos autores, se a quinta produzir diariamente \$10, fazendo circular apenas dois comboios por dia, o lucro da empresa será de \$6 e os danos do dono da quinta somarão apenas \$2. O que significa que o ganho social total é de \$14 e que, portanto, não existe qualquer externalidade. Não faz, portanto, sentido, nesta perspectiva, impor uma *liability rule*. São os interessados que autonomamente compõem os seus interesses, através do mecanismo do mercado.

Se quisermos introduzir outra das categorias autonomizadas pelos autores, a *nuisance*⁸²⁶, veremos mais claramente a interferência de considerações de oportunidade social a determinar soluções que se pretendiam acima de tudo normativamente fundadas, embora sem desapego à materialidade subjacente ao caso concreto.

De facto, dizem-nos POSNER e LANDES que, normalmente, as situações conhecidas por *nuisance* provocam, pela sua natureza, elevados custos de transacção. Se A construir uma fábrica que emite fumos, reduzindo o valor das habitações envolventes, os custos de transacção serão muito elevados em virtude do número de proprietários afectados⁸²⁷. Assim sendo, impor a responsabilização do agente por qualquer dano que ele causasse seria economicamente ineficiente, até porque as externalidades são, na grande maioria dos casos, triviais. A forma mais barata de internalizar custos pode não ser a de considerar responsável o lesante, além de que, se toda a externalidade desse lugar a uma pretensão indemnizatória, haveria enormes custos administrativos na afectação dos recursos⁸²⁸.

⁸²⁶ POSNER e LANDES, *The economic...cit.*, p. 41 e ss, em especial, p. 48 e ss. Nas páginas referidas, *nuisance* vem definida como a interferência com o uso e fruição de um bem, tendo normalmente uma duração continuada. Contrariamente, um *tort of trespass* implica que se afecte a substância da coisa.

De acordo com os autores, a distinção entre *nuisance* e *tort of trespass* é correlativa à distinção entre *property right* e *liability rule*. Se B viola a propriedade de A, este pode exigir uma indemnização e a condenação de B a que jamais volte a violar a sua propriedade. Referem, igualmente, que esta indemnização é devida ainda que não se faça a prova dos danos, exactamente porque o que existe é um *property right* e o *tort of trespass* foi erigido para reforçá-lo. (cf. p. 42)

⁸²⁷ POSNER e LANDES, *The economic...cit.*, p. 47.

⁸²⁸ POSNER e LANDES, *The economic...cit.*, p. 48. Para tentar ser fidedignos ao pensamento tecnocrático dos autores, nem sempre perceptível a quem se habituou a lidar com categorias normativamente cunhadas, seguimos muito de perto a própria formulação do problema.

O caso paradigmático apresentado pelos autores mostra que, se A provocar um elevado nível de ruído num bairro habitacional, o problema pode ser solucionado se cada um dos moradores insonorizar as suas casas. Acrescentam ainda que se as vítimas da *nuisance* forem sempre compensadas terão menos incentivos para adoptar medidas que minimizem o custo social⁸²⁹.

Constata-se, portanto, que, mesmo estando subjacente ao discurso uma ideia de prevenção, é na maximização da riqueza e do bem-estar social que se centra a preocupação dos autores. Donde concluímos que a exacerbação da finalidade preventiva, aliada a imperativos economicistas, nos conduz afinal a um sistema que adopta como finalidade primária da responsabilidade civil a internalização de externalidades sociais⁸³⁰.

Não é, portanto, a finalidade preventiva em si mesmo que questionamos, mas sim a transmutação do ideário de justiça num conceito de eficácia que se pretende atingir a todo o custo, conduzindo-nos a um sistema de direito onde o direito está ausente^{831 832}.

⁸²⁹ POSNER e LANDES, *The economic...* cit., p. 48.

⁸³⁰ A relação entre a finalidade preventiva e a preocupação de internalização de externalidades positivas é acutilantemente sublinhada por autores como BUSSANI, PALMER e PARISI – *The comparative law and economics of pure economic loss*, in www.gmu.edu/departments/law/faculty/papers/docs/01-27.pdf. (cf., ainda, BUSSANI e PALMER, “The frontiers of tort liability: pure economic loss in Europe”, *Liability for pure economic loss: Frontiers of tort law, 2001 e Pure economic loss in Europe*, Cambridge University Press, 2003). Debruçando-se sobre as razões da não indemnizabilidade de princípio dos danos puramente patrimoniais, isto é, aqueles que ocorrem sem que se consiga dilucidar a violação de direitos absolutos ou interesses legalmente protegidos, os autores acabam por afirmar que devemos olhar para a responsabilidade civil do ponto de vista das expectativas do lesante e não tanto do ponto de vista da compensação actual das vítimas. Se uma conduta impõe perdas ao mesmo tempo que cria benefícios para a outra parte, a regra da responsabilidade civil que quisesse otimizar a sua eficácia em termos de incentivos à precaução deveria impor uma obrigação de indemnização pelas perdas e reconhecer igualmente a responsabilidade pelas externalidades positivas criadas. Não sendo possível essa optimização, há que restringir a responsabilidade aos casos em que ocorram externalidades sociais (p.25 e 26). Assim, os autores conseguem estabelecer a distinção entre os danos que importem a lesão física das pessoas e da propriedade e os danos que ocorrem sem que se verifique tal lesão. No primeiro caso, o dano sofrido por uma pessoa transforma-se num custo social para toda a comunidade. Porque se quer diminuir o custo social, há que impor a responsabilização nestes casos. O mesmo não se passa quando em causa está um dano puramente patrimonial, porque nestas situações ao custo privado não corresponde um custo social ou este é substancialmente inferior, configurando a hipótese uma mera forma de redistribuição da riqueza que deixa inalterado o bem-estar social.

Cf., para maiores desenvolvimentos, o que escrevemos em *Liberdade versus responsabilidade: ...* cit., p. 166 e ss.

A propósito da responsabilidade negativa, lançando mão de uma racionalidade que não é a nossa, cf. GIUSEPPE DARI-MATTIACCI, “Negative Liability”, ... cit. Para um acompanhamento do pensamento do autor, cf. ainda “Tort Law and Economics”, *Economic Analysis of Law. An European Perspective*, HATZIS ARITIDES (ed.), www.law.uu.nl/eco/gdm.htm

⁸³¹ No mesmo sentido, considerando que, alicerçada na reparação, é indiscutível a existência de uma finalidade preventiva, mas questionando a sua autonomização, cf. PANTALEÓN, “Como repensar la responsabilidad civil extracontratual...”...cit., p. 171 – “nunca há negado que, de hecho, la amenaza de la responsabilidad civil pueda prevenir (...) aunque sí me he pronunciado (...) en contra de sacrificar dichas

A instrumentalização do direito pode conduzir a resultados verdadeiramente desastrosos, com total sacrifício da ideia de igualdade e segurança jurídica⁸³³, a segurança que se presa e que, quanto a nós, esteve na base da criação histórica dos modelos de responsabilidade civil de raiz germânica que ainda hoje conhecemos.

De acordo com a repercussão económica que um determinado dano acarrete, assim haverá ou não direito a uma indemnização, abrindo-se a porta a uma contingência incompatível com o Estado de Direito⁸³⁴.

Acresce que no que diz directamente respeito à responsabilidade civil, a perspectiva económica apresentada mostra-se inconsonante com a realidade das coisas. Não só a ideia de prevenção é irrealista na medida em que o cidadão concreto – longe dos grandes centros decisórios empresariais – não vai ponderar a relação custo/benefício antes de actuar⁸³⁵ ⁸³⁶, como não faz qualquer sentido, em termos de direito privado, pensar no bem-estar global, no ganho social para se discernir se se deve ou não imputar uma obrigação ressarcitória a uma esfera jurídica diversa daquela que sofreu o dano. De

exigencias compensatorias en el altar de la prevención: en contra de que el civilmente responsable tenga que indemnizar más o menos del daño objetivamente imputable a su conducta, por el hecho de que ésta requiera ser desincentivada en mayor o menos medida; en contra de inventar tanto unos *deterrent damages*, como una reducción de la cuantía indemnizatoria por falta de necesidad preventiva”.

⁸³² Cf. HONORÉ, “The morality of tort law – questions and answers”, *Philosophical foundations of tort law*, DAVID G. OWEN ed., Clarendon Press, Oxford, 1996, p. 74.

⁸³³ Cf., ilustrando o que aqui fica dito, porquanto mostre que o custo da precaução pode ser diferente consoante o tipo de lesado concretamente em causa, veja-se JUAN JOSÉ GANUZA e FERNANDO GÓMEZ, “Cuidado, niños! Responsabilidad por culpa y diversidad de víctimas”, *Indret*, 4/2003 (www.indret.com). Por isso, na análise económica das regras da responsabilidade civil que se propõem encetar, os autores procuram ter em conta o lapso da doutrina que ignora as clivagens anunciadas. Particularmente interessante – embora distante dos nossos quadros de inteligibilidade – a consideração do oportunismo ou não do lesante que conhecia ou desconhecia as circunstâncias particulares da vítima.

⁸³⁴ Cf., também, as críticas elencadas por ATILIO GORASSINI, “Analise economica del diritto: chiose sul ruolo attuale di un metodo nella responsabilità civile”, *Roma e America. Diritto Romano Comune. Rivista di diritto dell'integrazione e unificazione del diritto in Europa e in America Latina*, 11/2001, p. 174-188. Designadamente, salientam-se aí as aporias de um método no quadro de um ordenamento jurídico que não pode prescindir da referência à pessoa como valor em si mesmo (p. 177). Acresce que a valoração eficientista é feita com referência à actividade económica em função da criação de rendimento e essa actividade predica-se, sobretudo, como empresarial. E se, como modelo de racionalização hermenêutica pode ser generalizado a outras actividades, encontrará sempre limites na ponderação hierárquica dos valores que pode levar a excluir o pressuposto que a actividade deve procurar a maximização da riqueza (cf. p. 185). No fundo, podendo embora ser útil para o legislador, antolha-se supérflua para o jurista decidente (cf. p. 186).

Veja-se também a análise crítica encetada por GEORG L. PRIEST, “The invention of enterprise liability: a critical history of the intellectual foundations of modern tort law”, *Journal of Legal Studies*, 14, 1985, p. 461 e ss.

⁸³⁵ Cf. PANTALEÓN, “Como repensar la responsabilidad civil...”...cit., p. 171.

⁸³⁶ Cf. JOHN C. P. GOLDBERG, “Twentieth Century Tort Theory”,... cit., p. 51 e ss.

facto, o direito civil coloca frente a frente dois particulares, duas pessoas, que procuram compor autonomamente os seus interesses^{837 838}.

Ademais, afirmar que a responsabilidade civil deve ser vista como um mecanismo de internalização de externalidades ou custos sociais acaba por conduzir, não obstante a posição de louvor que os sequazes desta racionalidade manifestam relativamente ao mercado, ao colectivismo social. Isso mesmo é denunciado por MONATERI quando afirma que, eventualmente, as decisões a que se chegam com base na análise económica do direito podem fazer sentido à luz de uma teoria socialista do direito mas não da nossa^{839 840 841}.

⁸³⁷ A justiça que aqui releva é uma justiça comutativa e não distributiva. Neste sentido, cf. ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações...*cit., p. 462. Tentado distinguir a responsabilidade civil do sistema de segurança social, o autor é peremptório em afirmar que eles não se confundem porque, “enquanto a responsabilidade civil tem subjacente a ideia de equilíbrio entre a liberdade de cada um e o respeito devido aos direitos alheios, a segurança social consiste num mecanismo de protecção dos indivíduos mediante a repartição colectiva dos riscos ou encargos de reparação dos danos.” O problema na responsabilidade civil é um problema de justiça pessoal, ao passo que ao nível da segurança social será um problema de justiça colectiva.

Nesse sentido, parece que os autores que temos vindo a acompanhar confundem dois níveis de protecção – a justiça individual e a justiça colectiva.

Afirmando que a justiça que a responsabilidade encerra é, sobretudo, uma justiça comutativa, cf. PANTALEÓN, “Como repensar la responsabilidad civil...”...cit., p. 173, 175. O autor chega mesmo a afirmar que tem a convicção de que a justificação para a propalada crise da responsabilidade civil se encontra na tentativa de transformação de um instituto que tem como finalidade realizar a justiça comutativa num instrumento de engenharia social [sobre o ponto, veja-se, ainda, DEBORAH JONES MERRITT e KATHRYN ANN BARRY, “Is the tort system in crisis? New empirical evidence”, *Ohio State Law Journal*, vol. 60, nº2, 1999, p. 315 e ss.].

Cf., porém, GUIDO ALPA, *Responsabilità...*cit., p. 55-56. O autor afirma, inequivocamente, que o dano tem uma dimensão social. Embora critique CALABRESI e a sua crença no poder do mercado, GUIDO ALPA entende que o autor norte-americano teve o mérito de inovar em matéria de responsabilidade civil, mostrando que o seu problema ultrapassa as relações entre lesante e lesado para se afirmar como expressão de um sistema sócio-económico (p. 62, nota 108). Na verdade, para o jurista italiano a preocupação do legislador não foi só a de individualizar o responsável e estabelecer quais as condutas desencadeadoras de uma pretensão indemnizatória, mas a de assegurar a mais ampla tutela do lesado e distribuir as perdas de modo mais económico, denotando-se aqui a projecção social da questão em debate. É, aliás, esta ideia de base que leva o autor, perante a suposta falência das funções tradicionais da responsabilidade civil, a perscrutar novas finalidades para o instituto, dando então particular ênfase à prevenção. Note-se, contudo, que o autor individualiza o que designa por *specific deterrence*. Traduzindo-se num controle que se realiza mediante uma disciplina legislativa da actividade industrial, o autor vem salientar que aqui estaria um indício da não idoneidade da responsabilidade civil para cumprir uma finalidade preventiva entendida em moldes tradicionais. No fundo, o firme propósito do autor é sublinhar a necessidade de repensar, no quadro das sociedades hodiernas, as funções que a responsabilidade civil é chamada a operar (cf. p. 59 e ss. onde o autor, perspectivando o problema na óptica da consideração da responsabilidade pelo risco, afirma que a prevenção tem de ser considerada de outro modo).

Note-se, ademais, e este é um dado que parece depor no mesmo sentido de sufragar a interpretação expendida do pensamento do autor, que ele chega a questionar, a páginas 82 e ss., quais os elementos de ponderação a ter em conta na opção entre a intervenção legislativa em matéria de prevenção do dano, através da prescrição de regras de segurança, e o livre exercício de uma actividade potencialmente perigosa acompanhada da sanção do ressarcimento.

⁸³⁸ Cf., quanto ao ponto, JULES COLEMAN, *Risks and Wrongs*, ... cit., p. 374 e ss., referindo-se à estrutura da *tort law*; ERNEST WEINRIB, “Understanding Tort Law”, ... cit., p. 493 e ss.

⁸³⁹ GIUSEPPE MONATERI, “Risultati e regole. Un’analisi giuridica dell’analisi economica del diritto”, *Rivista Critica del Diritto Privato*, ano XIII, 4, 1995, p. 605 a 619.

Voltemos à distinção entre os *property rights* e as *liability rules*. COASE diz-nos que os primeiros são preferíveis quando os custos de transacção são baixos, isto é, quando são menores que os ganhos obtidos na transacção. Diferentemente, quando os custos de transacção são elevados precluem uma solução de mercado.

Pensemos num exemplo concreto. A quer edificar uma fábrica altamente poluente junto do terreno de B. A laboração daquela instalação fabril provoca danos ao segundo proprietário. A lógica que preside à resolução do conflito passa por saber qual o ganho e a perda social resultante da situação material. Se A ganhar 1000 com a fábrica e tiver de pagar a B, em virtude da negociação em mercado, 500, A, enquanto agente racional, maximizador do bem-estar, vai actuar nesse sentido. Aqui é benéfico existir um *property right*. Os custos de transacção são baixos e o mercado resolverá a situação. Pelo contrário, se A, pela negociação encetada, tivesse de pagar pela instalação da fábrica na vizinhança do terreno de B 2000, a solução não seria eficiente, havendo vantagens em estabelecer-se uma *liability rule*, que depois determinaria se conduzia ou não a uma indemnização, consoante os custos sociais concretamente apurados. Onde se conclui que, afinal, a teoria de POSNER potencia uma forma de expropriação privada. Em nome do aumento da riqueza e do bem-estar e utilidade social, os autores que advogam a análise económica do direito, não obstante partirem da defesa irrestrita do mercado, acabam por tocar a fronteira do colectivismo, ao negarem a importância da propriedade privada.

Não só em termos teóricos nos parece insustentável tal posição, fruto da ignorância do ser pessoa, matriz de todo o direito e em particular do direito civil, como

Cf., porém, PARDOLESI, “Analisi economica del diritto”...cit., p. 313, onde o autor afirma que muitos, sob a matriz marxista, criticaram a análise económica do direito.

⁸⁴⁰ Cf. POSNER, “Wealth maximization and tort law”, *Philosophical foundations of tort law*, DAVID G. OWEN ed., Clarendon Press, Oxford, 1996, o. 104.

Torna-se, no decurso da exposição do autor, clara a assertividade da afirmação feita em texto e secundada pelo depoimento de MONATERI. Na verdade, o que está em causa é o abandono de uma visão estribada no óptimo de PARETO e a alternativa adopção do referente de maximização do bem-estar social de acordo com o conceito de eficiência de KALDOR-HICKS.

Afirma POSNER que o primeiro princípio, segundo o qual uma modificação é boa se tornar melhor a posição de uma pessoa sem agravar a posição de nenhuma outra, é um princípio liberal que protege as pessoas que as lesem. Mas, para o cultor da análise económica do direito, o óptimo de PARETO acaba por não conseguir explicar por que razão o sistema não sanciona todos os casos de *strict liability*.

⁸⁴¹ Cf., neste sentido, sublinhando a contrariedade entre as doutrinas utilitaristas da maximização do bem-estar social e a autonomia do ser humano, polarizada nos seus direitos, WRIGHT, “Right, Justice and Tort Law”, *Philosophical Foundations of Tort Law*, DAVID G. OWEN ed., Clarendon Press, Oxford, 1996, p. 161.

em termos dogmáticos o modelo proposto é irrealizável por referência ao sistema positivo português⁸⁴².

Antes de mais, existindo um direito subjectivo polarizado num dado sujeito, em caso de violação ou ameaça de violação desse direito, apresentando ele as características da absolutidade, a par da responsabilidade civil que se gera, o lesado ou potencialmente lesado poderá recorrer aos mecanismos coercivos que o Estado coloca ao seu dispor para evitar a lesão ou para a fazer cessar. Acresce que, mesmo quando se gera uma situação de responsabilidade civil, a indemnização funciona como um último expediente, só convocável quando não é possível a reparação natural da lesão.

A absolutização da ideia de maximização do bem-estar não pode, portanto, em nosso entender, ser vista como a assunção da finalidade primária de uma obrigação indemnizatória.

E isso parece-nos ser suficiente para negar a elevação da prevenção a escopo principal da responsabilidade civil. Na verdade, ainda que o intuito preventivo tenha estado presente na elaboração das normas pelo legislador, não podemos, a não ser que queiramos ficar presos a uma interpretação subjectivista histórica, ficar arreigados a essa vontade orientada por finalidades economicistas^{843 844}.

⁸⁴² Cf. ATTILIO GORASSINI, “Análise económica del diritto: chiose sul ruolo attuale di un metodo nella responsabilità civil”, *Roma e America. Diritto Romano Comune – Rivista di diritto dell’integrazione e unificazione del diritto in Europa e in America Latina*, 11/2001, p. 175. O autor afirma que há duas possibilidades para convocar a análise económica do direito. Por um lado, podemos analisar o sistema vigente à luz daquela e ver se ele é ou não eficiente, propondo, em caso de resposta negativa, *de iure condendo*, outro sistema. Por outro lado, podemos utilizá-la como um cânone hermenêutico de interpretação. Neste sentido, sendo interpretativamente viável mais do que um resultado, dever-se-ia optar por aquele que fosse mais eficiente do ponto de vista económico.

Trata-se, no fundo, de aderir a um cânone consequencialista que, não substituindo, *in totu*, um paradigma jurisprudencialista arreigado à consideração do ser pessoa, é convocado conjuntamente com ele. Pese embora a complementaridade proposta, bem vistas as coisas a racionalidade económica acaba por ter a palavra final na determinação do resultado do caso concreto *decidendum*. O que nos mostra que, contra a apregoada complementaridade, a relação estabelecida é afinal de alternatividade, comportando dificuldades acrescidas a um jurista que se mova no quadro de um sistema como o nosso. O próprio autor alerta-nos para isso – cf. p. 177.

Sobre o paradigma consequencialista e a crítica às funções que ele é chamado a cumprir, cf., uma vez mais, CASTANHEIRA NEVES, *Metodologia Jurídica...* cit., p. 196 e ss.

⁸⁴³ Duvidamos, aliás, que essa tendência economicista possa ligar-se indubitavelmente à vontade do legislador. No puro domínio privado, a prevenção de ilícitos futuros conexiona-se, ainda e sempre, com um ideal de justiça a alcançar e não com meras considerações tecnocráticas esvaziadas de sentido axiológico como seja a mera eficácia a que estes autores nos conduzem.

⁸⁴⁴ Para uma crítica da análise económica do direito aplicada à responsabilidade civil, cf. CARNEIRO DA FRADA, *Teoria da confiança ...* cit., p. 453, nota 465. O autor salienta que “também aí onde os resultados da análise económica do direito fossem coincidentes com os propiciados pela argumentação jurídica tradicional ficaria sempre por responder a questão de saber do porquê da redução do jurídico ao económico, já que não é o critério da eficiência que decide por si da juridicidade.” E acrescenta que “razões de eficácia económica podem intervir na elaboração de regras, mas não na interpretação de normas de direito comum com um conteúdo ético-jurídico sedimentado”.

Por outro lado, não podemos olvidar o momento que nos orienta e simultaneamente nos condiciona. Situando-nos na fase da decisão judicativa, a pressuposição de uma racionalidade deste tipo, ainda que confinada à prescrição legislativa, redundante, afinal, na alteração da intencionalidade que deve presidir ao discurso do jurista decidente.

Com efeito, quando colocamos – ainda que em termos tendencialmente teóricos – o problema das finalidades que à responsabilidade civil cumpre realizar, não nos esquecemos da dimensão prática do discurso jurídico. É em função dos casos concretos que o sistema é mobilizado e movimentado. Pelo que a discussão encetada apenas tem razão de ser se encarada, no seu resultado conclusivo, como um instrumento útil de interpretação de normas orientadoras do juiz na busca de uma solução para eventuais casos que possam emergir no seu horizonte discursivo, sobretudo se estes forem casos complexos, para os quais não se consiga discernir, *a priori*, uma solução líquida.

No fundo, o que aqui chamamos à colação, de forma incidental, é o problema dos objectivos da interpretação. Adequadamente compreendido, a solução concretamente propugnada para ele afastar-nos-á da consideração da finalidade preventiva enquanto escopo primacial da responsabilidade civil.

Na verdade, a partir do momento em que a norma que se interpreta (ou, no caso em apreço, o conjunto de normas sistematicamente ordenadas na modelação de um instituto jurídico) é a norma problema – e já não a norma texto –, deixa de fazer sentido a querela entre as doutrinas objectivistas e subjectivistas. Já não se procura determinar o sentido objectivamente incorporado pelo texto da lei, muito menos se tenta indagar qual a vontade psicológica do legislador histórico. O que verdadeiramente nos importa é a consideração da norma na sua intencionalidade problemática, duplamente transcendida pela convocação do caso concreto – que a reclama – e pela mobilização dos princípios em que se louva.

Centra-se, pois, o debate ao nível da opção entre uma interpretação dogmática e uma interpretação teleológica. Sem que elas se contraponham verdadeiramente. Com efeito, se pela interpretação dogmática devemos olhar a norma na sua remissão para o sistema, não é menos certo que este, hodiernamente, seja entendido como um sistema-problema, pelo que é a sua intencionalidade problemática que entra em jogo. Por outro

Veja-se, também, KARL-HEINZ FEZER, “Kritik an der ökonomischen Analyse des Rechts”, *Juristenzeitung*, 43, Heft 5, 1988, p. 223 e ss.

lado, ao nível da interpretação teleológica olha-se para a norma à luz dos seus fins. Mas, porque esses mesmos fins não são espúrios ao sistema, antes o entretecendo *ab initio*, o que, afinal, está em causa é a mesma busca pela intencionalidade problemática que caracteriza verdadeiramente o modo de ser juridicamente relevante⁸⁴⁵.

Tudo isto a querer dizer que mesmo a perspectiva de CALABRESI não nos pode satisfazer. Ainda que dirigida ao legislador, a sua proposta esgota-se nesse momento, não relevando para a decisão concreta do caso *sub judice*⁸⁴⁶.

Ainda que assim não fosse, dubitativa seria a ponderação meramente económica, orientada pela maximização da riqueza e do bem-estar da sociedade, na determinação do escopo ressarcitório.

Com efeito, não cremos sequer que fosse essa – ainda que ao nível da prescrição legislativa – a preocupação cimeira do legislador. Em diálogo confrontam-se dois particulares, pelo que o ideal de justiça há-de ser pautado por esta circunstância. Ou seja, e fazendo apelo a um debate que tem tanto de controverso como de longo, é a ideia de justiça comutativa que entra em cena⁸⁴⁷.

⁸⁴⁵ CASTANHEIRA NEVES, *O actual problema metodológico ...cit.*, p. 286 e PINTO BRONZE, *Lições de Introdução ... cit.*, p. 832

⁸⁴⁶ Cf. SINDE MONTEIRO, “Análise económica do direito”...cit., p. 249 – “A análise económica do direito, a que não seremos nós a negar interesse, poderá constituir, pensamos, uma ciência auxiliar do direito, mas não *tout court* ciência do direito”.

⁸⁴⁷ Para uma aprofundada análise da responsabilidade civil e seus objectivos, relacionando a temática com o tipo de justiça concretamente em causa no desenho do instituto, cf. IZHAK ENGLARD, *The philosophy...cit.*, onde podemos encontrar, ao longo de toda a obra, uma panorâmica geral acerca da dicotomia, além de múltiplas referências bibliográficas.

Note-se, porém, que para o autor esta é uma dicotomia meramente formal (p. 11 e ss.). Isso mesmo é comprovado pela elasticidade dos conceitos operantes. Remontando a distinção a ARISTÓTELES (cf. *Ética a Nicómaco*, <http://www.uruguaypiensa.org.uy/imgnoticias/650.pdf>, p. 130 e ss.) e sendo importada para a temática da responsabilidade civil por PUFENDORF, são hoje múltiplos os figurinos com que aqueles surgem vestidos. A título exemplificativo, e porque tal importa directamente para o que estamos a analisar, POSNER considera que a ideia de justiça correctiva não é contrária a considerações atinentes à eficiência ou eficácia. Mais do que isso, salienta o autor que a justiça correctiva deve ser entendida como um instrumento de maximização da riqueza. Para mais considerações, cf. POSNER, “The concept of corrective justice in recent theories of tort law”, *Journal of Legal Studies*, nº 10, 1981, p. 187-194. Também COLEMAN se debruça sobre o conceito de justiça correctiva, apresentando uma concepção muito própria. Para ele, não correspondendo ou podendo não corresponder ao dano um ganho por parte do lesante, não seriam considerações de justiça correctiva que sustentam a modelação do instituto da responsabilidade civil – cf., apreciando o pensamento do autor, IZHAK ENGLARD, *The philosophy...cit.*, p. 15. Do próprio autor, cf. COLEMAN, “The mixed conception of corrective justice”, *Iowa Law Review*, 77, 1992, p. 427 e ss e “The practice of corrective justice”, *Philosophical foundations of tort law*, DAVID G. OWEN ed., Clarendon Press, Oxford, 1996, p. 53 e ss. Especificamente admite ter uma concepção própria de justiça correctiva, a única que aos seus olhos permite que dela se lance mão para sustentar a contaminação do sistema delitual pela sua intencionalidade. Assumindo-se como um liberal, COLEMAN vem considerar que o facto de um comportamento afectar outrem no seu bem-estar é normativamente relevante na medida em que esse efeito é por ele encarado como uma possível razão para a acção individual. Mas a justiça correctiva, sendo um expediente de que se lança mão para combater a voragem da análise económica do direito, em si mesma não explica fundadamente o sistema delitual, porque não permite determinar quando é que um comportamento deve ser considerado anti-jurídico (cf. p. 57).

Propõe, por isso, aquilo que o próprio cunhou como *meta-ethical approach to corrective justice* (cf. p. 62). Para ele, assumido como liberal e anti-realista no que concerne a conteúdos morais, a justiça correctiva deve ser tematizada como uma prática, pelo que adianta possíveis críticas às quais tentará responder posteriormente. Entre elas, saliente-se, porque colimada na própria problemática da fundamentação da juridicidade, o facto de o autor reconhecer que a sua posição pode desembocar na defesa de uma espécie de consenso comunitário, a postular que aquela terá o conteúdo que a comunidade lhe reconhecer e é fixado pelas práticas, pelo que questiona “como pode então servir de critério para essa mesma prática?” (cf. p. 63). COLEMAN sustenta, assim, que a justiça correctiva se caracteriza por três dados: *human agency, rectification e correlativity*. E na senda do liberalismo que protagoniza, sustenta, em diálogo antinómico que enceta com WEINRIB, a polarização do discurso no dano e não na anti-juridicidade do comportamento (cf. p. 66-67) [para uma análise da evolução do pensamento de COLEMAN na matéria, cf., “The morality of strict liability”, *William and Mary Law Review*, 18, 1976, p. 259 e ss.; “Moral theories of tort: their scope and limites”, Part II, *Law and Philosophy*, 2, 1983, p. 5 e ss.; *Risks and wrongs...* cit. Concebendo o direito delitual como um sistema pensado para anular danos injustificáveis, sustenta ser possível encontrar diferentes modos de estabelecer a rectificação que se procura, abrindo, por isso, as portas quer ao princípio da culpa, quer a outros princípios e objectivos sociais. Posteriormente, realça que há entre lesado e lesante uma correlação de direitos e deveres: a responsabilidade emerge quando haja perante o lesado um dever de reparar, que existe quando o lesante é responsável pela lesão, isto é, quando violou um direito do lesado a não o ser. Percebemos, portanto, a circularidade a que este raciocínio nos conduz, tornando-se claro o desenvolvimento subsequente oferecido pelo autor e que, imediatamente atrás, demos conta. Muitos consideram que a posição de COLEMAN se traduz numa concepção idiossincrática de justiça correctiva, que legítima, inclusivamente, que alguns autores como ZIPURSKY integrem o primeiro entre os defensores de uma teoria mista – cf. BENJAMIM C. ZIPURSKY, “Philosophy of tort law: between the esoteric and the banal”, ... cit., p. 3].

Considerando que a justiça presente ao nível da conformação dos sistemas de responsabilidade civil é essencialmente correctiva, cf. WRIGHT, “Right, Justice and Tort Law”, ... cit., p. 165 e ss. Parte da análise dos conceitos na filosofia aristotélica e kantiana para os caracterizar em termos tais que remete para a justiça distributiva a alocação pública ou comum dos recursos e para a justiça correctiva o domínio das interacções privadas. De uma forma materialmente densificada, identifica a primeira com a noção de liberdade positiva e a segunda com a liberdade negativa (“distributive justice defines the scope of a person’s positive freedom to have access to the resources necessary to realize her humanity, and corrective justice defines the scope of a person’s negative freedom not to have her person or existing stock interfered with other”) [cf. p. 168], predicando-as, portanto, de um modo diverso daquele que é o nosso entendimento. E continua a sua exposição dicotómica, afirmando que a justiça distributiva, assumida na sua pureza, resvala em sistema de *super-absolute liability* (nenhum particular tipo de conduta ou actividade ou de conexão causal seria exigida) [cf. p. 169]. Estruturalmente, a justiça distributiva reivindica demandas multilaterais que são independentes da concreta interacção entre os membros da comunidade, enquanto a justiça correctiva implicaria a subjacência de uma relação bilateral. Substancialmente, a primeira desvela-se na repartição dos recursos da sociedade segundo um critério da relativa igualdade; a segunda postula um critério de absoluta igualdade. Conclui, portanto, que ao nível da responsabilidade civil é a última que entra em cena, porquanto a capacidade económica de cada uma das partes seja irrelevante (cf. p. 171).

Em defesa da justiça correctiva, cf., ainda, GEORGE P. FLETCHER, “Fairness and utility in tort theory”, *Harvard Law Review*, 85, 1972, p. 357 e ss.; RICHARD EPSTEIN, “A theory of strict liability”, ... cit., p. 151 e ss.; WEINRIB, *The idea of private law*, ... cit., p. 56 e ss.; ID., “Toward a moral theory of negligence law”, *Law and Philosophy*, 2, 1983, p. 37 e ss.; ID., “Legal formalism: on the imminent rationality of law”, *Yale Law Journal*, 97, 1988, p. 949 e ss.; ID., “Understanding tort law”, ...cit., p. 485 e ss. [O autor fala de um equilíbrio normativo, quebrado quando se actua para lá dos nossos direitos, devendo o direito delitual intervir para corrigir o distúrbio assim gerado]; STEPHEN PERRY, “The moral foundations in tort law”, *Iowa Law Review*, 77, 1992, p. 449-514; ID., “Two models of legal principles”, *Iowa Law Review*, 82, 1997, p. 787-819; ID., “Responsibility for outcomes, risk and the law of torts”, G. POSTEMA (ed), *Philosophy and the Law of Torts*, Cambridge University Press, Cambridge, 2001, p. 72 e ss. [edificando a defesa da *corrective justice* com base na ideia de HONORÉ de *outcome responsibility*. Sobre o ponto, cf., *infra*, as considerações que expenderemos a propósito. Sublinhe-se, por ora, unicamente que é na ideia de responsabilidade pessoal pelo resultado da conduta que PERRY estrutura o seu pensamento. Definindo-se a partir daí um núcleo de sujeitos sobre os quais pode impender a responsabilidade, é com base na justiça correctiva que se define um princípio de distribuição localizado naquele círculo. O dever de reparar impõe-se àquele que mais justamente suporta tal encargo entre os que são responsáveis pelo resultado, onde se convoca a culpa, em regra, podendo embora prescindir-se dela – cf. “The moral foundations in

Isto não obsta, num momento histórico em que os dois tradicionais grandes ramos do direito parecem confluir em pontos cada vez mais estreitos de contacto, a que possamos discernir uma intencionalidade diversa do mero confronto particular no seio da modelação dos regimes de responsabilidade civil⁸⁴⁸. Falamos, sobretudo, da

tort law”,... cit., p. 510, 511, 512 e 513. No fundo, para o autor a justiça correctiva acabaria por ser uma forma de justiça distributiva. Quem o afirma é ZIPURSKY, “Philosophy of tort law: between the esoteric and the banal”, ... cit., p. 13. Para ZIPURSKY, a justiça é um atributo do sistema, apresentando-se a justiça distributiva como estática e a justiça correctiva como dinâmica. Mais especificamente, aduz ser “a justiça correctiva (...) um exame filosófico da dimensão dinâmica da justiça, enquanto a justiça distributiva é o exame filosófico do aspecto estático da justiça”, sendo uma tarefa subtil saber em que medida os diversos autores configuram cada uma das modalidades de justiça que chamam a operar. Para o autor, a justiça correctiva envolve uma ideia de rectificação, isto é, de restauração do equilíbrio normativo que resulta da síntese do entendimento de equilíbrio normativo herdada de Aristóteles, Kant e Hegel. ZIPURSKY defende que o direito delitual só pode ser compreendido no quadro do *principle of civil recourse*: nega-se aos particulares a possibilidade de responderem agressivamente à lesão que contra eles foi cometida, tendo de o Estado assegurar uma via de reacção, pelo que aquele passa a ser visto como uma oportunidade de operar a rectificação devida. Cf., também, ZIPURSKY, “Rights, wrongs and recourse in the law of torts”, *Vanderbil Law Review*, 51, 1998, p. 1-100].

Para uma visão crítica das teorias contemporâneas acerca da responsabilidade, preferindo as que se alicerçam na tradição aristotélica, com base nas quais faz a sua defesa da imanência da justiça correctiva ao nível da responsabilidade civil, cf. JAMES GORDLEY, “Tort Law in the Aristotelian Tradition”, ... cit., p. 131 e ss.

⁸⁴⁸ IZHAK ENGLARD – *The philosophy...* cit., p. 66 –, referindo-se às teorias pluralistas de abordagem do fundamento da responsabilidade civil, nota que esse pluralismo, hodiernamente, pode significar que não se coloca o instituto nos extremos do direito privado, para que ele não seja total e radicalmente afastado do direito público. Do autor, *vide*, também, “The idea of complementary as a philosophical basis for pluralism in tort law”, *Philosophical Foundations of tort law*, DAVID G. OWEN ed., Clarendon Press, Oxford, 1996, p. 183 e ss.

Cf., também, PETER CANE, “Justice and justifications for tort liability”, *Oxford Journal of Legal Studies*, 1982, 2, p. 30-62

Para uma crítica ao pluralismo justificativo da responsabilidade civil, cf. RICHARD WRIGHT, “Right, Justice and Tort Law”, ... cit., p. 160. Para o autor, quando duas ou mais normas conflituam, a teoria pluralista será normativamente, descritivamente e analiticamente arbitrária e indeterminada na especificação de qual dessas normas deve prevalecer. E como só se obvia esse resultado se existir uma norma superior capaz de logradamente resolver aquela antinomia normativa, o sistema deve ser visto, a esse nível, como monista e não pluralista.

E nessa medida, tendo diante de si dois caminhos possíveis – o utilitarismo das doutrinas da eficiência ou a linha de afirmação do direito e da justiça, de acordo com a tradição aristotélica e kantiana – filia-se na segunda corrente para, e de acordo com o ideário de justiça correctiva que, segundo o autor, a informa, procurar estabelecer as bases de inteligibilidade do sistema ressarcitório.

Mas, sublinhe-se que, ao contrário de WEINRIB, WRIGHT admite a coexistência entre a justiça correctiva e distributiva – cf. “Right, Justice and Tort Law”,... cit., p. 173. Tal representaria, no pensamento do autor e em consonância com aquilo que sobre ele já revelámos, a confluência entre a liberdade positiva e a liberdade negativa do ser humano, numa concepção a que não aderimos na perfeição, pelo diverso significado que atribuímos à primeira. [cf., na apreciação da concepção de WEINRIB acerca da justiça correctiva, no confronto com a impositação originária de ARISTÓTELES sobre a matéria, JAMES GORDLEY, “The aristotelian tradition...”, ... cit., p. 132-133. A exposição do autor concita-nos algumas considerações. Na verdade, numa perspectiva interessantíssima de relacionamento entre a justiça distributiva e a justiça correctiva, GORDLEY acaba por, na remissão para a génese da distinção, alicerçar na primeira algumas das soluções do direito positivo actual, v.g. a legítima intromissão em bens alheios quando ocorrendo em estado de necessidade. No fundo, tratar-se-ia de olhar para a justiça distributiva no sentido da alteração do modo de interacção instituído pela justiça correctiva, ligada à defesa da propriedade. Difere, portanto, a nossa análise da consideração do conteúdo material enformador da modalidade de justiça em debate. Na verdade, e recordando agora aquele que foi o nosso percurso expositivo, cremos que a comutatividade a que demos a palavra, dizendo respeito à teleologia primária da responsabilidade civil, vem explicitar o funcionamento projecional do instituto, não prescindindo da

remissão para um fundamento último entroncado na pessoalidade. E o que poderia parecer, simplesmente, um diferente arranjo expositivo tem consequências de monta, pois que em muitos casos em que não possa ser reclamada a intencionalidade proporcional que anima a justiça distributiva será ainda possível corrigir uma pura corresponsabilidade entre iguais assumida formalmente pela chamada à liça da pessoa e dos predicados que a matizam. É que na tradição aristotélica a responsabilidade civil fundar-se-ia na justiça comutativa, na medida em que ela pressupunha a atribuição de determinados direitos aos sujeitos, que actuavam ao seu abrigo. Aquela seria, então, entendida como uma forma de garantir a proporção entre eles e apelava, assim, a uma ideia de igualdade, de paridade, que, uma vez quebrada, seria reposta pela eliminação do dano e do ganho corresponsável. Bem vistas as coisas, o nosso enfoque vai para além disto. Embora dela não prescindida, olha para os sujeitos como pessoas e não como indivíduos.

Saliente-se, contudo, que o pensamento tradicional não se cinge à comutatividade do interagir. JAMES GORDLEY é claríssimo na afirmação da necessidade de conjugar aquela com o princípio da acção voluntária. Com importantíssimas consequências em matéria de causalidade. Pois que, tanto ARISTÓTELES, como SÃO TOMÁS DE AQUINO identificam a causalidade com a escolha – cf. JAMES GORDLEY, “The aristotelian tradition...”, ... cit. p. 141].

E tal redundaria, afinal, na desnecessidade de autonomização da chamada justiça retributiva no quadro delitual, a implicar ainda a justiça correctiva que continuaria a marcar o seu terreno para lá de se desvelar, numa interacção bilateral, uma perda, naquilo que o autor designa por *discrete dignitary injury*, a justificar, na sua perspectiva, a imposição dos *punitive damages* (cf. p. 175).

Encontramos, portanto, em WRIGHT uma defesa não utilitarista dos danos punitivos, ancorados ainda na comutatividade, em desacordo, portanto, com o que sobre eles expendemos. Cremos que a clivagem denotada se prende, afinal, com a diferente estrutura do sistema normativo constituído, isto é, com a possibilidade de, entre nós, sem necessidade de se forjar um instrumento que vá para além da intencionalidade primária predicativa da responsabilidade civil, se obter o ressarcimento dos danos extrapatrimoniais.

O pluralismo negado por WRIGHT não se queda, portanto, na complementaridade das formas de justiça chamadas a operar no seio do instituto.

E o pluralismo sustentado por ENGLARD revela-se, afinal, na complementaridade de funções que ele cumpre – cf. “The idea of complementary as a philosophical basis...”, ... cit., p. 183. Na base dele está quer a recusa do monismo explicativo do sistema delitual, quer a oposição aos *Critical Legal Studies* e ao seu postulado da impossibilidade de aquele se basear em princípios básicos (cf. p. 185). Mas curiosamente, contrariamente a WRIGHT, ENGLARD nega a possibilidade de, por referência à mesma situação, poderem coexistir as duas formas de justiça referidas (cf. p. 186). A complementaridade a que se alude traduz-se, então, na harmonização, num ponto óptimo, de princípios conflitantes, ou seja, na interdependência entre a justiça correctiva e distributiva. Ilustrando a forma de actuação concreta dessa combinação, ENGLARD acaba por dar importantes pistas em matéria de causalidade – cf. p. 194/195. São suas as palavras: “in resolving the causation problem in mass tort cases, the imposition of collective liability goes too far because it eliminates the core of corrective justice based on individual responsibility. A distributive justice solution in this context is too commanding, and its implementation here disrupts the essence of complementary (...)”. Por isso, para o jurista, a conclusão nestes casos é que “private tort law constitutes an inadequate framework for the solution of the compensatory problem of mass tort victims”.

Veja-se, igualmente, SCHWARTZ, “Mixed Theories of Tort Law: Affirming Both Deterrence and Corrective Justice”, ... cit., p. 1801 e ss.

Cf., ainda, quanto ao tópico, ARTHUR RIPSTEIN, *Equality, Responsibility and the Law*, ... cit., p. 2, considerando que a *tort law* surge imbuída pela justiça correctiva, mas advertindo que os institutos informados pela justiça distributiva servem de garantia das condições da livre interacção, que permitem a primeira actuar. Na verdade, segundo o testemunho do autor, só assim os resultados da interacção voluntária reflectem escolhas em vez de pontos de partida arbitrários.

Sobre a génese da distinção entre a justiça distributiva e a justiça comutativa, veja-se, também, NILS JANSEN, *Die Struktur des Haftungsrechts...* cit., p. 77 e ss. [o autor analisa o contributo de ARISTÓTELES que, alicerçando a justiça na ideia de igualdade, estabelece a cisão categorial entre as duas componentes dela. A justiça distributiva corresponderia a uma geométrica proporcionalidade, enquanto a comutativa identificaria uma aritmética proporcionalidade. E a responsabilidade civil repousaria na segunda. Deste ponto de partida, JANSEN considera que se viabilizam plúrimas interpretações na tentativa de solucionar os problemas hodiernos – cf. p. 78. Mais concretamente adverte que, embora não se possa permanecer fiel a uma bipartição categorial, a intelecção do conteúdo de cada uma das nervuras pode assumir importância decisiva na compreensão dos problemas e da estrutura normativa deles. A cisão não é estanque, antes correspondendo a diversos aspectos de apreciação do justo, mas torna-se imprescindível lidar com ela, por ser necessária para se aceder a explicitações fulcrais da disciplina normativa. Na compreensão

responsabilidade pelo risco ou responsabilidade objectiva. Prescindindo-se da culpa⁸⁴⁹ como centro gravitacional de imputação delitual, a excepcionalidade da responsabilidade objectiva tem sido explicada pela convocação do brocardo *ubi*

teleológica da justiça como um todo, apresentam-se duas dimensões fundamentais: distribuição social e compensação da interacção, as quais correspondem à dicotómica separação entre *distributiven und ausgleichenden Gerechtigkeit* – cf. p. 81. Acompanhando um pouco mais a exposição do autor, torna-se clara a ênfase colocada na compreensão não restritiva da distinção operada, pois que, consoante alerta, à justiça distributiva não pertence só uma lógica de distribuição de bens, mas também de encargos, dado que, aliás, se mostra em consoância com o pensamento aristotélico. Categoricalmente, justiça distributiva e justiça comutativa distinguem-se por dizerem respeito a diferentes tipos de relações sociais. Enquanto a segunda opera unicamente no seio de interacções particulares entre sujeitos, a primeira pressupõe um grupo no interior da qual tece a sua malha – cf. p. 82-83. Simplesmente, o que assim se enuncia não implica, de acordo com o pensamento do autor, que a mesmíssima situação material não convoque em simultâneo, ou não possa convocar, os dois tipos de justiça. Mais entende JANSEN que a cisão entre os dois âmbitos não pode ser assumida em termos estruturais, nem tão-pouco corresponde a uma repartição normativa entre o direito público e o direito privado. Com grande desenvolvimento, veja-se p. 83 e 84. *Infra* retomaremos as considerações do autor, na busca da coerência interna do nosso próprio discurso. Alerta-se, desde já, que NILS JANSEN recusa reservar a justiça distributiva para a conformação da responsabilidade pelo risco, em abono, diga-se, da sua tese de indiferenciação actual entre este nicho e aqueloutro da responsabilidade subjectiva. Acerca dos problemas a que somos conduzidos pela compreensão do direito delitual à luz da justiça comutativa, cf. p. 85-86. Aí o autor chama a atenção, entre outros aspectos, para o facto de a compensação só operar por via normativa, implicando a mobilização de uma norma com uma teleologia explícita, e ainda para aqueloutro facto de não serem todas as consequências nocivas que obtêm uma compensação, mas tão-só aquelas que a norma pretendia evitar com a proibição por si erigida, e subsequentemente denuncia o que pode ser uma incorrecta intelecção da categoria. Ora, uma adequada percepção da distinção pode ser vital para um apurado entendimento das soluções justas em matéria de responsabilidade civil. Também negando a possibilidade de a responsabilidade civil ser compreendida exclusivamente com recurso à justiça comutativa, veja-se p. 106: *Wichtiger ist aber, dass eine reine Ausgleichstheorie der Schadenshaftung nach allem zurückgewiesen werden muss, weil die ausgleichende Gerechtigkeit allein keine hinreichende Erklärung des Haftungsrechts zu leisten vermag.* Para o autor, há dois elementos do direito delitual que inequivocamente reforçam a sua preliminar ideia. Por um lado, a questão acerca do elenco de interesses merecedores de tutela. Por outro lado, resta a questão atinente à medida da responsabilidade (*Einerseits ist dies die Frage nach den Schutzinteressen, welche Beeinträchtigungen grundsätzlich als ausgleichsbedürftig gelten. Daneben steht andererseits die Frage nach dem Haftungsmassstab, wie weit die haftungsrechtliche Verantwortung von Rechtssubjekten reichen sollte* – cf. p. 106). Que o autor justifica a regulamentação da responsabilidade civil com recurso à justiça distributiva torna-se inegável, deixando, contudo, heurísticamente no ar a dupla alternativa interpretativa: ou se olha para a justiça distributiva do ponto de vista da equitativa distribuição de riqueza; ou se sustenta que ela é usada para garantir uma correcta distribuição dos riscos – cf. p. 107. No que à primeira tange, vejam-se as aporéticas consequências da adesão a tal entendimento que o autor faz referência a páginas 108 a 111. Tal viabiliza a análise da responsabilidade civil à luz da repartição de esferas de risco, ainda que não se possa falar de um puro risco, quer porque tal poderia redundar numa injustiça, quer porque, do ponto de vista da eficácia, o modelo seria facilmente suplantado por um seguro colectivo. Para uma análise crítica dela, cf. p. 112 e ss. Conclui, portanto, que só a articulação cuidada das duas dimensões é capaz de explicar o funcionamento do instituto da responsabilidade civil.]

⁸⁴⁹ E também da apreciação da ilicitude – cf., a este propósito, o que *infra* se dirá sobre o ponto.

Veja-se, igualmente, ERWIN DEUTSCH, *Allgemeines Haftungsrecht...* cit., p. 16 e ss., falando dos princípios imputacionais com que se lida ao nível do direito alemão: a) *Verschuldensprinzip* (que, constituindo a regra, está ligado a uma ideia de protecção da liberdade e de prevenção e oferece, pela sindicância da culpa, o limite da responsabilidade – *grundlegende Haftungsschwelle*); b) a responsabilidade pelo risco através do aumento do perigo – *Gefährdungshaftung wegen erhöhter Gefahr*; c) a responsabilidade pelo erro – *Haftung für Fehler* –, reconhecida no campo da responsabilidade do produtor e também no campo da responsabilidade por medicamentos.

Do autor, cf. ainda p. 431, considerando que a responsabilidade pelo risco é uma *Wagnishaftung*, não prevenido qualquer ilicitude.

*comoda, ubi incomoda*⁸⁵⁰. Quer isto dizer que aquele que mantém uma fonte de risco, deve suportar os danos que dela advenham, ainda que a sua actuação seja conforme ao direito. Não é, porém, uma simples ideia de risco e controlo do mesmo que está presente na regulamentação da matéria. Fosse tal verdade e não se perceberia o diferente tratamento dispensado aos danos provocados por animais pelos artigos 493º e 502º. Nem tão pouco faria sentido a presunção de culpa que recai sobre todo aquele que leva a cabo uma actividade perigosa^{851 852 853}.

⁸⁵⁰ Cf. ANTUNES VARELA, *Das obrigações...* cit., I, p. 633. Cf., também, o que *infra* se dirá, ainda que sem pretensão de exaustividade, acerca da responsabilidade pelo risco.

Veja-se, ainda, quanto ao ponto, CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile...* cit., p. 34 e ss. O autor liga a disciplina ressarcitória de oitocentos ao domínio das ideias liberais e individualistas e explica o incremento da responsabilidade pelo risco com base na emergência de uma sociedade industrializada que bem mostra que o homem não é senhor absoluto do seu destino.

⁸⁵¹ Cf., para maiores desenvolvimentos, sobre a referida presunção de culpa o que escrevemos em *Liberdade versus responsabilidade...* cit., p. 270 e ss.

E saliente-se que aí colocámos especial relevo na ideia de precaução ou prevenção. Contudo, como em lugar próprio alertámos, não o fizemos sob o prisma das finalidades da responsabilidade civil. Embora muitas vezes a ideia de fundamento ou de finalidade possam confundir-se, a verdade é que, como explicitado no texto citado, o que aí está em causa é um abuso da liberdade genérica de agir pela falta de conformação do comportamento – objectivamente tido como perigoso – com as regras básicas de segurança. Ou seja, em cena entra o problema da preterição – num determinado contexto fáctico bem delimitado – de determinados deveres de segurança do tráfego, apresentando como pano de fundo a ideia de pessoa humana, simultaneamente livre e responsável.

São, pois, evidentes as diferenças. Enquanto aí o que está em causa é a afirmação da ineliminável dignidade da pessoa humana que convoca a dialéctica referida, mediatizada por uma ideia de precaução, que, em última instância, se enforma na união solidária de todos os membros da comunidade, agregada a um sentido positivo da liberdade, aqui o que se reclama é uma ideia de prevenção orientada por critérios economicamente eficientes.

Por outro lado, se a precaução tida como fundamento da imputação delitual tem um sentido actualista que conduz à responsabilização em face do caso concreto quando, e sempre que, ele configure um comportamento culposo e abusivo do direito, a prevenção a que temos feito alusão tem um sentido prospectivo. Ou seja, a responsabilização ou não de um sujeito lesante não se afere pelo que deveria ter sido o seu comportamento em face do caso concreto, mas é abstractamente – e fazendo apelo ao homem racional e à ponderação eficiente daquele que está economicamente em melhores condições de absorver o prejuízo gerado – determinada tendo em conta a preocupação de, no futuro, evitar novas lesões do mesmo tipo.

Em suma, enquanto a precaução fundamento da imputação delitual nos conduz a um dever de actuação materialmente conforme ao direito, a prevenção enquanto eventual finalidade da responsabilidade civil – e mesmo que momentaneamente desnudada de qualquer consideração de índole economicista – reporta-se ao objectivo da responsabilização.

⁸⁵² Cf., a este ensejo, por referência ao ordenamento jurídico alemão, H. KÖTZ, “Haftung für besondere Gefahr”, *Archiv für die civilistische Praxis*, 170, 1970, p. 1 e ss., em especial p. 21 e ss.; LARENZ/CANARIS, *Lehrbuch...* cit., II/2, p. 605 e ss.; WEITNAUER, “Aktuelle Fragen des Haftungsrechts”, *Versicherungsrecht*, 70, p. 598 e ss. (analisando a possibilidade de, por via da fundamentação legislativa, se estabelecer uma limitada cláusula geral de responsabilidade pelo risco assente no perigo da coisa – *Sachhaftung*); DEUTSCH, *Allgemeines Haftungsrecht...* cit., p. 452 (dando conta da sua proposta de concretização de uma cláusula geral de responsabilidade pelo risco assente numa lista de actividades perigosas).

⁸⁵³ Num sentido diverso, referindo-se ao ordenamento jurídico italiano, cf. RANIERO BORDON, *Il nesso di causalità...* cit., p. 158. Considerando que as hipóteses de responsabilidade objectiva consagram verdadeiras presunções de culpa, identifica como a sua *ratio* na perigosidade da actividade. Diz-nos, então, que a ligação entre este fundamento e as características de uma actividade perigosa está explícita no artigo 2050º, norma geral aplicável a todas as hipóteses inominadas de actividades arriscadas. A discrepância argumentativa prende-se com a aglutinação que o autor faz de duas realidades distintas. Na

O cotejo dos citados preceitos faz-nos perceber, com clareza, que concorre na previsão de uma responsabilidade independente de culpa o proveito económico advindo da actividade levada a cabo^{854 855}.

Parecem ser, pois, preocupações atinentes à justiça distributiva que são agora chamadas à colação⁸⁵⁶.

verdade, considera BORDON que há duas categorias de responsabilidade objectiva: a responsabilidade presumida dos artigos 2051º, 2052º, 2053º, 2054º/3 CC; e as hipóteses de presunção de culpa dos artigos 2050º e 2054º/1 C.

A propósito do artigo 2050º CC, cf., também, DE CUPIS, *Fatti Illeciti*, 2ª edição, Milano, 1970, p. 33 (referindo-se ao artigo citado como ocupando uma posição intermédia entre a culpa e o risco. Do autor, vide, ainda, “Dei fatti illeciti”, *Commentario Codice Civile diretto da Scialoja e Branca*, Libro Quarto, *Obbligazioni*, art. 2043º e ss., 2ª edição, Bolonha-Roma, 1971, p. 20 e ss.); TRIMARCHI, *Rischio...* cit., p. 275 (criticando a ideia de meio termo entre a responsabilidade subjectiva e a responsabilidade objectiva, porque ou há violação de um dever de conduta, ou não há violação de um dever de conduta, havendo ou não culpa, e porque, se se amplia o dever de diligência, isto está em consonância com a responsabilidade por culpa, que “manda adequar a medida de segurança à entidade do risco”. Acresce que, para o autor, a intenção do preceito é a de estabelecer uma responsabilidade mais rigorosa, e não só inverter o ónus da prova, e a omissão de adopção de todas as medidas idóneas a evitar o dano não significa necessariamente a violação de um dever de conduta. Na verdade, conforme esclarece, “há medias que poderiam ser adoptadas contra um risco residual e que se revelam excessivamente onerosas, tendo em conta a utilidade social da conduta”, pelo que não haverá culpa se não forem adoptadas e, não obstante, a sua obliteração gera responsabilidade nos termos do artigo 2050º CC. Por isso, questiona se, nas situações em que o agente responde, em face da perigosidade da actividade ou dos meios usados, sem possibilidade de desculpa, não estaremos afinal diante de uma responsabilidade de natureza objectiva – cf. p. 278).

⁸⁵⁴ Outros fundamentos justificativos da previsão de situações de responsabilidade objectiva são adiantados pelos autores, não se discernindo unanimidade entre eles. Outras referências serão apresentadas adiante. Por ora, cf. NILS JANSEN, “Duties and Rights in Negligence...”, ... cit., p. 467, considerando que a responsabilidade objectiva deve continuar a ser entendida, numa linha de *continuum* com a modalidade delitual básica – a responsabilidade subjectiva –, à luz da violação dos direitos da vítima, pelo que, em última instância, sendo isso que a explica, defende que as regras da responsabilidade objectiva devem ser harmonizadas com a regra básica do § 823 BGB. Assim, “em vez de ser entendida como razão básica para impor a responsabilidade, a culpa aparece como uma restrição à responsabilidade objectiva”. Note-se que o insigne jurista, afirmando que há motivos para restringir a responsabilidade objectiva, aduz que as razões para impor a *strict liability* e para restringir a responsabilidade podem conflitar. Por isso, a responsabilidade pode ser mais ou menos estrita consoante o peso dos princípios em colisão – cf. p. 467/468 – pelo que as regras da *strict liability* e da *negligence* são largamente equivalentes (fazendo com que domínios governados pelas regras de uma num ordenamento jurídico estejam sujeitos às regras de outros ordenamentos – cf., por exemplo, a hipótese de responsabilidade objectiva por actividades perigosas. Entre nós, pense-se, a este propósito, na Lei nº67/2007, de 31/12, relativa à responsabilidade do Estado, com as alterações introduzidas pela lei nº31/2008, de 17/7), ao mesmo tempo que a primeira tem de conter elementos que descrevam a responsabilidade individual e os deveres de cuidado podem ser mais ou menos estritos.

⁸⁵⁵ V., também, RUDOLF MÜLLER-ERZBACH, “Gefährdungshaftung und Gefahrtragung”, *Archiv für die civilistische Praxis*, Band 106, Heft 3, 1910, p. 309 e ss.; Band 109, 1912, Heft 1/2, p. 1 (“Gefährdungshaftung und Gefahrtragung II. Teil, Die tatsächliche Rechtsentwicklung”).

Cf., ainda, MEDICUS, “Gefährdungshaftung im Zivilrecht”, *Jura*, 1996, p. 561 e ss.

⁸⁵⁶ Neste sentido, entendendo que a responsabilidade civil coenvolve considerações de justiça distributiva, cf. ESSER, *Grundlagen und Entwicklung der Gefährdungshaftung*, 2. Aufl., München-Berlin, 1969, p. 69 e ss. e p. 73-74. Do autor, veja-se, também, “Die Zweispurigkeit unseres Haftpflichtrechts”, *Juristenzeitung*, 1953, p. 129 e ss. [o autor traça a linha de fronteira entre a responsabilidade subjectiva e a responsabilidade objectiva com recurso ao tipo de justiça que anima cada uma das regulamentações. Assim, à primeira corresponderia um ideal de justiça comutativa e à segunda um ideário distributivo]. V., igualmente, ESSER/WEYERS, *Schuldrecht*, Band II, ... cit., p. 637 e ss.

Cf., ainda e concordantemente, LARENZ/CANARIS, *Lehrbuch...* cit. II/2, p. 354; HANS JOACHIM MERTENS, “Verkehrspflichten und Deliktsrecht – Gedanken zu einer Dogmatik der Verkehrspflichtverletzung”, *Versicherungsrecht*, 1980, p. 397 a 405.

Opondo-se de forma contundente, e constituindo a ideia uma das teses centrais do seu trabalho, *vide* NILS JANSEN, *Die Struktur des Haftungsrechts...* cit., p. 116 e ss., considerando que, hodiernamente, o direito delitual, na sua complexa conformação, só pode ser entendido como resultado da adequada combinação entre a justiça distributiva e a justiça comutativa. A justiça comutativa determina que cada um só responda pelo dano que deve assumir, ao mesmo tempo que impede a substituição do instituto por um modelo de seguro colectivo. Mas a responsabilidade pessoal apresenta-se, segundo a sua concepção, como um conceito teleologicamente aberto, a permitir a intervenção da intencionalidade distributiva na coloração da disciplina positiva. De outro modo, entende JANSEN que se torna inexplicável por que razão só certas condutas podem assumir-se como pressupostos de uma pretensão indemnizatória procedente. Isto é, a restrição da responsabilidade aos danos gerados por condutas culposas e bem assim a prévia identificação de um círculo de bens merecedores de tutela implicam que haja, em certa medida, uma distribuição. Trata-se é de uma distribuição do risco que percorre toda a disciplina normativa do instituto. Assim, cf. p. 118 e ss., e a explicitação do tipo de distribuição que está em jogo a páginas 107 e ss. Note-se, de jeito preliminar e ainda perfunctório, que, sendo certo que colheremos do autor uma ideia de *continuum* que parece pressupor, não vamos ao ponto de negar a tradicional *Zewipurigkeit*. Adiante-se, ainda, que estas considerações são instrumentais na economia da sua obra, porquanto o verdadeiro desiderato de JANSEN seja o de edificar um modelo estrutural do direito delitual, capaz de suplantar as aporias a que somos, na sua opinião, conduzidos pelos modelos actualmente dialogantes (*Sanktionenmodells*, *allgemeinen Verhaltensstandardmodells* e *Modells der strikten Haftung* – cf. p. 74) [Do autor, cf., ainda, no mesmo sentido, “Duties and Rights in Negligence...”, ... cit., p. 465 e ss., considerando que os fundamentos para a responsabilidade objectiva não são hoje totalmente claros, mas opondo-se à explicação que a olha sob o prisma da justiça distributiva e reserva para a responsabilidade subjectiva uma ideia de justiça comutativa. É que, para JANSEN, ambas são expressão da responsabilidade individual – cf. nota 178. Note-se que para o autor este não é um problema meramente académico, importando antes determinar qual o fundamento firme da responsabilidade independente de culpa, sob pena de os autores não aplicarem as previsões delituais objectivas por analogia].

Veja-se, ainda, GIERKE, *Die soziale Aufgabe des Privatrechts*, Frankfurt, 1948, p. 25-26. Considera o autor que, ao nível da responsabilidade objectiva, são ainda considerações de justiça correctiva que operam. Na verdade, de acordo com o seu pensamento, mesmo que o lesante não tenha actuado com culpa, a vítima há-de ser sempre considerada mais inocente; e PETER CANE, “Corrective Justice and Correlativity in Private Law”, *Oxford Journal of Legal Studies*, 16, 1996, p. 480-481 e “Responsibility and Fault: a relational and functional approach to responsibility”, *Relating to responsibility. Essays for Tony Honoré on his eightieth birthday*, edited by PETER CANE and JOHN GARDNER, Portland Oregon, Oxford, 2001, p. 105.

Cf., igualmente, IZHAK ENGLARD – *The philosophy...* cit., p. 15. Refere, aí, o autor que alguns pensadores, profundamente arreigados a uma concepção Kantiana de liberdade e de responsabilidade, consideram que a justiça distributiva deve estar arredada dos quadros sistémicos agora em análise, porque contende com a coerência interna dos mesmos.

A propósito da dicotomia entre justiça distributiva e justiça correctiva, ao nível da responsabilidade civil, vejam-se ainda os desenvolvimentos que nos são apresentados a partir da página 64. Repartindo os teorizadores do fundamento da responsabilidade civil em três grupos, IZHAK ENGLARD diz, no tocante às chamadas teorias pluralistas, e na medida em que apresentam uma multiplicidade de fundamentos para a imposição de uma obrigação ressarcitória, que uma das respostas possíveis à compatibilização desses fundamentos é a separação de dois nichos – responsabilidade subjectiva e responsabilidade objectiva. Se no que diz respeito à primeira corresponderia uma ideia de justiça correctiva, no que tange à segunda, mobilizar-se-ia uma ideia de justiça distributiva.

Não quer isto, no entanto, dizer que se esteja, aqui, a aderir sem margem de dúvida a uma teoria pluralista, até porque o acompanhamento exaustivo do trabalho citado levar-nos-á a concluir que alguns dos autores que nelas se inserem apresentam um quadro de pensamento que contende com o que temos vindo a defender.

Note-se que o próprio autor israelita defende a interdependência entre dois vectores – justiça correctiva e distributiva – que, segundo as suas palavras, na sua pureza, se excluem mutuamente (p. 88).

Finalmente, veja-se T. HONORÉ, “Responsibility and luck: the moral basis of strict liability”, *Law Quarterly Review*, nº104, 1988, p. 530 – aderindo a uma concepção não instrumental de personalidade humana, sustenta que, no caso de responsabilidade subjectiva, a pessoa é responsável com base na sua liberdade de acção; já no que diz respeito à responsabilidade objectiva, a obrigação de indemnizar é

O que vem reforçar a ideia de que a maximização da riqueza da sociedade está, afinal, arredada da modelação concreta dos sistemas ressarcitórios. Na verdade, advogam os sequazes de uma análise económica do direito, aplicada à obrigação de indemnização, que se pode causar um dano menor se com isso se obtiver um ganho maior, desde que para evitar esse dano menor se tivessem de empregar esforços desmesurados. Ora, parece ser esta ideia que é contrariada ao nível da responsabilidade pelo risco. Trata-se, em geral, de actividades que geram um benefício social e, não obstante, prescinde-se da avaliação da culpabilidade do agente, prescindindo-se, concomitantemente, da análise custo-benefício^{857 858 859 860}.

“fundamentada pela má sorte ou pela criação de uma especial fonte de perigo para a sociedade”. E acrescenta que esta última pode, ainda, ser justificada por questões de utilidade social (cf., também, *Responsibility and fault*, Hart Publishing, Oxford, 1999, p. 14-40).

Cf., ainda, PANTALÉON, “Cómo repensar la responsabilidad...”...cit., p. 177. O autor considera que ao nível da responsabilidade objectiva é ainda a justiça comutativa, e não distributiva, que é chamada a operar. Note-se, ademais, que o autor não fala nunca de justiça correctiva, mas sempre de justiça comutativa. Se por um lado, isso nos chama a atenção para o rigor conceptual, por outro lado, mostra claramente que, na linha de pensamento do autor – de dicotomia entre o direito civil e o direito penal que traça –, terá que ser sempre a primeira a informar o instituto em análise. Na verdade, parece-nos evidente que os outros autores citados, quando se pronunciam sobre a problemática, a abordam, na esteira do que é comum na *common law*, numa perspectiva globalizante que pode abranger tendencialmente todo o mundo delitual. O autor nega, como vimos, a possibilidade de entender a culpa civil numa perspectiva dita “moral” e explica o mecanismo ressarcitório assente na culpa com base na ideia de que, se a responsabilidade apenas implica a transferência de um valor patrimonial de uma esfera para a outra, há que encontrar um critério de justificação da transmissão operada.

Quanto a nós, embora concordemos que a expressão justiça comutativa capta a essência do ressarcimento, não nos choca, pela afirmação de um sentido ético do pressuposto culpa, a adopção pontual da ideia de justiça correctiva. Sem que isso implique a assunção de uma finalidade punitiva, cuja pertinência foi questionada em tempo próprio. Ademais, em causa estará um aspecto linguístico de tradução.

Afirmando a equivalência dos termos comutativa e correctiva, cf. JAMES GORDLEY, “The aristotelian tradition...”, ... cit., p. 132. [veja-se, quanto ao ponto, separando a justiça compensatória da justiça retributiva, para utilizarmos as expressões do autor, JULES COLEMAN, “On the moral argument for the fault system”, *The Journal of Philosophy*, vol. 71, nº14, 1974, p. 473-490., p. 483 e ss. e “The morality of strict liability”, ... cit.]

Considerando que a justiça correctiva não explica totalmente a disciplina da responsabilidade civil, cf. KEITH MASON, “Fault, Causation and Responsibility: is tort law an instrument of corrective justice?”, FRECKELTON e MENDELSON (ed.), *Causation in Law and Medicine*, Ashgate, Dartmouth, 2002, p. 138-151, p. 138-151, aqui 141.

Veja-se, ainda, STEPHEN PERRY, “Tort law”, ... cit., p.73, considerando que a justiça correctiva só se pode tornar operante se, a montante, a legitimidade dos *property rights* que ela tutela não for determinada exclusivamente por considerações de índole distributiva.

Do autor, para uma consideração das diversas doutrinas a propósito da comutatividade, veja-se “The moral foundations of tort law”, *Iowa Law Review*, 77, 1992, p. 449-514.

Para um elenco das posições que, nos EUA, se erigem em torno da ideia de justiça correctiva, cf. GOLDBERG, “Twentieth Century Tort Theory”, ... cit., p. 72 e ss., evidenciando que, para lá do fundo comum, se denotam profundas divergências entre os autores que se inscrevem na *corrective justice theory*, como WEINRIB, COLEMAN, PERRY e RIPSTEIN.

⁸⁵⁷ Sustentando, também, que a perspectiva utilitarista contraria o ideal de justiça distributiva, cf., uma vez mais, IZHAK ENGLARD, *The philosophy...*...cit., p. 67. Para tanto, o autor alerta para o facto de termos de compreender adequadamente o sentido da tradicional distinção aristotélica entre a justiça correctiva e a justiça distributiva. Ou seja, o autor adere a uma concepção de justiça distributiva que nos remete para uma particular forma de distribuição da riqueza, superando o ponto de vista originário, segundo o qual ela estaria presente sempre que se superasse a relação concreta entre duas pessoas.

Sem que, com isto, advogemos uma ideia de justiça distributiva que sustente inelutavelmente, não como excepção, mas como regra, a responsabilidade civil^{861 862}.

V., igualmente, NILS JANSEN, *Die Struktur...* cit., p. 77 e ss., já anteriormente analisadas.

Sobre o sentido da distinção em ARISTÓTELES, cf. WRIGHT, “Right, Justice and Tort Law”, ... cit., p. 170-171. Salienta o autor que, contrariamente ao que amiúde é sustentado, os conceitos aristotélicos chamados à colação não são categorias meramente formais, mas têm um conteúdo ético.

⁸⁵⁸ Num sentido diverso, entendendo que a responsabilidade objectiva assegura a máxima prevenção, cf. VITOR MATAJA, *Das Recht des Schadenersatzes vom Standpunkte der Nationalökonomie*, Leipzig, 1888. Note-se que o que a divergência resulta do facto de não entrarem aqui considerações atinentes à maximização da riqueza da sociedade. Na verdade, o que os arautos da análise económica do direito advogam é que a prevenção não deve ser levada a extremos porque tal prejudicaria um óptimo social.

Note-se, ainda, que, para os sequazes da *law and economics*, a responsabilidade pelo risco só seria desejável naqueles casos em que fosse de todo impossível ao eventual lesado adoptar medidas tendentes à não produção do dano, dado que, de outro modo, ela não seria eficiente, perdendo-se o óptimo de prevenção almejado. [Para uma análise do pensamento de MATAJA, cf. NILS JANSEN, *Die Struktur des Haftungsrechts...* cit., p. 381]

A propósito da questão de saber se por via da responsabilidade objectiva é concretizável ou não o ideal preventivo, cf. GUIDO ALPA, *Responsabilità ...* cit., p. 59-60. O autor chama a nossa atenção para questões como a publicidade negativa que a empresa há-de querer evitar pelo que adoptará medidas de segurança acrescidas. Ao que alia, chamando à colação o pensamento de FLEMING, a projecção desta ideia na relação entre dano-responsabilidade-preço do produto. Pelo que, em última instância, e apesar de se afastar de autores como CALABRESI, o autor reforça a importância da perspectivação das finalidades da responsabilidade do ponto de vista da redistribuição de riscos e custos sociais.

⁸⁵⁹ Veja-se, contudo, quanto ao ponto, e tendo em conta o problema da finalidade preventiva ao nível da responsabilidade pelo risco, cf. ESSER, *Grundlagen ...* cit., p. 116 e NILS JANSEN, *Die Struktur des Haftungsrecht...* cit., p. 631 e ss.

⁸⁶⁰ Veja-se, quanto ao ponto, a explicitação da *ratio* da opção entre a responsabilidade por culpa e a responsabilidade objectiva no quadro da *law and economics* oferecida por PABLO SALVADOR CODERCH, NUNO GAROUPA e CARLOS GÓMEZ-LIGÜERRE, *Scope of Liability: the vanishing distinction between negligence and strict liability*, 2004, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=640482, p. 18 e ss. Em causa está o controlo do nível de cuidado e do nível de actividade. Sustenta-se, no âmbito da análise económica da responsabilidade civil, que a regra da negligência é útil para controlar os aspectos qualitativos do comportamento, como o nível de cuidado adoptado, embora inútil para influenciar os aspectos qualitativos, como o nível de actividade, aspecto que se alcançaria com a responsabilidade objectiva. A solução passaria, portanto, pela distinção entre as actividades individuais e as actividades integradas em complexas estruturas organizacionais. É que, para as primeiras, o nível de actividade faz parte integrante do grau de cuidado, porque, por exemplo, a pessoa que trabalha horas a fio sem descansar está, segundo um padrão de razoabilidade, a desafiar as suas capacidades para lá do cuidado exigível. O mesmo não acontece com as actividades estruturadas de acordo com os princípios da divisão do trabalho (Cf. p. 20), na medida em que a rotatividade dos trabalhadores numa empresa permite a continuidade da laboração, pelo que é possível cindir-se o dever de cuidado do nível quantitativo de actividade.

Segundo os autores, estes dados devem ser ponderados quando o legislador preveja a submissão de certas hipóteses ao modelo de responsabilidade objectiva.

Do mesmo passo, há outros factores que devem ser sopesados quando se tenha de escolher entre uma ou outra via ressarcitória. Porque a *strict liability* implica, segundo eles, uma determinação *ex ante* do escopo da responsabilidade, devemos preferi-la sempre que haja dificuldade na identificação *a posteriori* dos lesantes, razão pela qual, acrescentam, ela é tradicionalmente aplicada a a) indivíduos que desenvolvem actividades anormalmente perigosas, b) a agentes cujas actividades estão organizadas segundo os princípios da divisão do trabalho, de que é arquétipo a responsabilidade do produtor e da empresa, c) a agentes que, na vida social, desempenham papéis cuja monitorização seria demasiado onerosa, se não mesmo incomportável e inadmissível.

Cf., ainda, dos mesmos autores “El círculo de responsables. La evanescente distinción entre responsabilidad por culpa y objetiva”, *Indret* 4/2005, www.indret.com

⁸⁶¹ Relativamente à problematização da essência da responsabilidade objectiva, sob a óptica da dualidade excepção ao princípio da culpa ou verdadeiro princípio de imputação delitual, cf. ERWIN DEUTSCH, “Gefährdungshaftung: Tatbestand und Schutzbereich”, *Juristische Schulung. Zeitschrift für Studium und Ausbildung*, 21. Jahrgang, Heft 5, 1981, p. 317-325 (já citado *supra*), em especial p. 317 (Orientando-se pela pergunta „Gefährdungshaftung als Ausnahme von der Verschuldenshaftung?“ [Responsabilidade

Não só em termos de direito positivo, o artigo 483º, nº2 CC, é explícito a contrariar tal entendimento, como, do plano do dever ser que é, isso se afigura insustentável⁸⁶³.

objectiva/pelo risco como excepção à responsabilidade por culpa?], DEUTSCH conclui preliminarmente que o alargamento – justificado pela impossibilidade de se proibirem determinados comportamentos arriscados e pela constatação do perigo que lhes subjaz, no seio da moderna sociedade industrializada – dos casos de responsabilidade objectiva torna inverídica a afirmação da excepcionalidade desta diante do princípio da culpa. Melhor será, pois, segundo explicita, considerar que, ao lado da responsabilidade subjectiva, existe outro fundamento de imputação delitual que, traduzido na criação de um risco, alicerça a responsabilidade objectiva – “*Gefährdungshaftung ist ein eigenständiges Zurechnungsprinzip, das neben die Verschuldenshaftung getreten ist und im Unterschied zu dieser an die Schaffung der Gefahr anknüpft*”. Advoga, portanto, a complementaridade entre os dois nichos – *gegenseitige Ergänzung* [cf. p. 317-318]. A complementaridade de que se fala denota-se logo ao nível da prática judiciária, pela possibilidade concedida ao lesado de estribar a sua pretensão em mais do que um fundamento desvelado, convocando as duas modalidades de responsabilidade de que se cura, o que, não só em termos teóricos se revela sintomático, como em termos práticos se antolha imprescindível pelas limitações ressarcitórias a que fica condenado em sede de risco. Ponto de transição entre a responsabilidade por culpa e pelo risco é encontrado por DEUTSCH nos deveres de segurança no tráfego – *Verkehrspflichten* [cf. p. 318]. Abre-se, pois, a porta à consideração da relevância do perigo ou risco noutra grupo de hipóteses não relacionadas com a responsabilidade pelo risco pela nota da fungibilidade. Os deveres de segurança no tráfego, postos em marcha para fazer face a situações evadidas pelo perigo, são trazidos para o centro da discussão doutrinal a propósito da desvelação do carácter ilícito da lesão dos bens jurídicos tutelados por via do §823 I BGB, perpetrada por via omissiva, estendendo-se, por obra de alguns pensadores, o seu âmbito de relevância de forma a abranger quer as hipóteses de responsabilidade previstas no §823 II BGB, quer as que lidam com o conceito de danos puramente patrimoniais. Sobre eles, teceremos, *infra*, maiores considerações.)

Sobre a responsabilidade pelo risco, cf., ainda, CLAUS WILHELM CANARIS, “Geschäfts- und Verschuldensfähigkeit bei Haftung aus culpa in contrahendo, Gefährdung und Aufopferung”, *Neue Juristische Wochenschrift*, 17. Jahrgang, 2. Halbband, 1964, p. 1897-1993, aqui 1989-1992, num contexto muito específico que extravasa o nosso âmbito de análise.

Veja-se, ainda, a este propósito, novamente, ESSER, *Grundlagen ...* cit. p. 50 e ss.

⁸⁶² Quanto ao ponto, veja-se a posição original de JULES COLEMAN em “The morality of strict liability”, *William and Mary Law Review*, vol. 18, 1976-1977, p. 263 e ss., considerando que a culpa não deve ser vista como elemento imprescindível de um sistema que erija a punição e a compensação como finalidades primárias. Do mesmo modo, adianta que não são considerações de utilidade – outra das perspectivas que em abstracto pondera para abordar a responsabilidade civil – que podem justificar a sua inelutável presença sistemática. E acrescenta que se pode, inclusivamente, chegar à conclusão que a justiça retributiva e a justiça compensatória não logram explicar a imputação de uma obrigação indemnizatória. Em alternativa, considera que se deve cogitar um modelo que dê cumprimento a estas expressões do justo: “todas as condutas que são culposas, sem atender à presença ou ausência de consequências causalmente lesivas, devem ser ponderadas e consideradas em geral, associando-se-lhes consequências de tipo penal, determinadas pelo grau de culpa ou grau de perigosidade que a conduta culposa envolve, e não pelo dano efectivamente causado”. Neste quadro, a culpa desencadearia uma reacção de tipo penal e a compensação das vítimas seria garantida por um sistema de seguros, sem que, contudo, se possa afirmar – segundo o seu testemunho – *a priori* que a justiça compensatória seja compatível com qualquer esquema de alocação de danos independentemente da culpa, já que ela implica um equilíbrio, e portanto a protecção de uma parte da riqueza contra ganhos e perdas injustificáveis, a exigir a anulação de ambos. No fundo, parece que o autor nos vem dizer que não há um imperativo lógico de determinação da responsabilidade segundo um juízo de censura ético-jurídica. Mas não afasta, irremediavelmente, a culpa, preocupando-se, outrossim, em sublinhar um *continuum* entre as situações de responsabilidade objectiva e responsabilidade por culpa e em evidenciar que só casuisticamente se pode determinar qual o sistema mais valioso em termos morais. Mais adianta que, em nome daquele *continuum*, o erro dos juristas parece ser o de não procurarem saber quem deve suportar o dano se nenhuma das partes actuou com culpa, dando por assente a regra de HOLMES, segundo a qual “the loss should lie where it falls”, na ausência de uma razão suficientemente forte para ser transferido para outro sujeito.

⁸⁶³ Cf. CASTANHEIRA NEVES, “Pessoa, Direito e Responsabilidade”, ... cit., p. 14-15. Afirma o autor que “a polarização institucional da responsabilidade quer no dano, quer no prejuízo levou, por um lado, a deixar de ver uma sua essencial dimensão constitutiva na culpa para admitir uma contínua progressão do seu carácter objectivo, permitindo isso também uma marcada socialização do seu carácter objectivo, que

Efectivamente, a ideia de responsabilidade alicerça-se no entendimento que hodiernamente temos do direito e do princípio normativo que o caracteriza. Não se confundindo com a lei, o direito que é louva-se num determinado princípio normativo que lhe comunica uma dada intencionalidade. Ora, o princípio que informa todo o sistema redundava, afinal, na consideração da dignidade ética da pessoa humana. E o ser pessoa é, por definição, um ser de liberdade e responsabilidade. Pelo que a responsabilidade avulta como um dos pólos de desvelação da juridicidade.

i) Tudo isto permite uma dupla conclusão.

Por um lado, a responsabilidade, entroncando na liberdade do ser pessoa – de que se revela correlativa –, há-de ter como pressuposto indefectível, além de outros, modelados pelo sistema de direito positivo, a culpa⁸⁶⁴. E embora a responsabilidade pelo risco alargue o campo do dano juridicamente relevante, a verdade é que atenua o sentido ético que é desenhado pelo modelo de responsabilidade a que, enquanto seres livres, somos chamados⁸⁶⁵.

acaba muitas vezes – já o vimos e voltaremos a ver – numa sua dissolução pura e simples; e por outro lado, a desligar a responsabilidade da própria ilicitude (...), posto se possa perguntar se não estamos nestes últimos casos de novo perante um abuso semântico, ao designar de responsabilidade o que não passa de legitimação da acção pela assunção das suas consequências, segundo a equidade – mas um abuso bem significativo em si mesmo, pois mostra que a qualificação responsabilidade se distendeu tanto que serve apenas como arrimo dogmático para soluções de outra natureza”.

⁸⁶⁴ Sobre o princípio da culpa, cf. ERNST VON CAEMMERER, “Das Verschuldensprinzip in Rechtsvergleichender Sicht”, *Rebels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, 42. Jahrgang, 1978, p. 5-27. VON CAEMMERER aponta dois sentidos para o princípio da culpa: um positivo (nos termos do qual a imposição àquele que actua negligentemente da obrigação de reparar os danos é uma questão de justiça) e um negativo (segundo o que a responsabilidade fica excluída quando a culpa não puder ser provada) [cf. p. 6-7], para expor, em seguida, as dúvidas que nos diversos ordenamentos jurídicos se foram derramando a propósito dele, diante do surgimento de hipóteses de responsabilidade pelo risco [cf. p. 9 e ss.] e da descaracterização do sentido subjectivo da culpa [cf. p. 17], e concluir que, não obstante, o princípio da culpa continua a ser apropriado em inúmeros domínios.

Sobre o percurso histórico do princípio ao nível da responsabilidade civil, cf. p. 8. Evidenciando-se, aí, com apelo aos trabalhos de uma miríade de juristas, a perda de centralidade do conceito para muitos, avulta de forma igualmente acutilante a afirmação da superioridade de um modelo que, a par de previsões de responsabilidade pelo risco, se erija em torno da culpa, sobretudo porque – dado que é ilustrado pela convocação de exemplos jurisprudencialmente tratados em França – a causalidade não é bastante no tratamento do problema imputacional [cf. p. 22-23]. Pesam, segundo VON CAEMMERER, ainda razões de outra índole para a predominância da subjectividade a este nível. Na verdade, o olhar perfunctório por que nos guia através dos diversos domínios de actuação social mostra o quanto urge garantir aquilo que, no seu discurso, surge identificado com um espaço de liberdade, designadamente no exercício de determinadas actividades profissionais (cf. p. 24).

Note-se que, se é certo que a asserção pode ser compreendida no sentido individualista por nós rejeitado, pode igualmente ser lida à luz daquilo que é uma das conclusões do autor, ao asseverar que a culpa surge como uma primeira demarcação do risco [cf. p. 24].

A este propósito, cf., igualmente, ESSER, *Grundlagen ...* cit., p. 50 e ss.

⁸⁶⁵ Cf. MASSIMO BIANCA, *Diritto Civile...* cit., p. 538 e ss. O autor, repristinando a cisão de que já demos conta entre a concepção ética e tecnicista da responsabilidade civil, salienta que a segunda pode vestir um de dois figurinos. Um extremo que, aplicando a análise económica do direito, nega qualquer relevância à

Isso mesmo se constata se olharmos para o pensamento de autores que defendem – na óptica de um pensamento politicamente não neutro, de cariz socialista⁸⁶⁶ – um sistema de compensação de danos independentemente da culpa^{867 868 869}.

culpa, porquanto o dano deva ser imputado exclusivamente com base em critérios de conveniência económica. Note-se, afastando-nos da formulação genérica do autor, a conveniência de salientar que muitos dos cultores da *Law and Economics* recorrem à culpa, sem que no entanto vejam nela mais do que um expediente de prossecução de finalidades preventivas postas lado a lado com o ideal de maximização do bem-estar social.

Um outro, identificado com a teoria objectivista, olha para a regra responsabilizatória do ponto de vista da imputação objectiva, reservando para a culpa um papel residual que tende a desaparecer. Ancoram-se aqui os defensores ao extremo de formas de responsabilidade baseadas no risco.

E fala ainda de uma concepção eclética, partilhada por quantos combinem dois princípios fundacionais da responsabilidade civil: a culpa e o risco (cf. p. 539)

Cumpra, pois, salientar que a nossa visão personalista, que se derrama, como poderemos vir metodologicamente a atestar, sobre toda a responsabilidade civil, não é de molde a, aceitando embora como justa a previsão de casos de responsabilidade objectiva, enveredar pelo suposto ecletismo, porque mesmo a última só poderá ser entendida à luz da pessoalidade que nuclearmente predica toda a juridicidade. Derrama-se, assim, um fundamento ético no sistema ressarcitório como um todo. Mas, como justificado em texto, situamos-nos longe daqueles para quem a única forma de salvaguardar o recorte axiológico do modelo ressarcitório é contaminá-lo com notas de punibilidade estrita. Cf., quanto ao ponto, e sem embargo de tudo o que sobre o assunto se disse e dirá, MASSIMO BIANCA, *Diritto Civile...* cit., p. 540. Afasta-se o autor quer de uma concepção ética, quer de uma concepção tecnicista, para afirmar a responsabilidade civil como uma tutela contra o ilícito (cf. p. 543).

⁸⁶⁶ Cf. GUIDO ALPA, *Responsabilità...* cit., p. 70. O autor diz-nos especificamente que os critérios de imputação baseados numa ideia de risco são desenvolvidos pela doutrina, em particular, aquela que se pode considerar um expoente do socialismo jurídico.

Veja-se, ainda, a este propósito, TRIMARCHI, *Rischio e responsabilità oggettiva*, ...cit., p. 9 e ss., que, adiantando que muitos entendem que a responsabilidade objectiva comporta uma abertura ao socialismo (por repartir o dano por todo o público), sustenta que não considera a modalidade responsabilizatória em apreço contrária ao ideário liberal: ela teria como função atribuir à empresa o peso do risco que lhe pertence, como parte dos seus próprios custos.

⁸⁶⁷ Veja-se, a título de exemplo, o pensamento de ABEL, “A critique of torts”, *UCLA Law Review*, nº37, 1990, p. 785. O autor defende a extensão da responsabilidade objectiva na medida em que a responsabilidade baseada na culpa serviria para manter o estatuto de uma sociedade capitalista.

Ou seja, o que o autor – numa clara redução do pensamento jurídico ao político – advoga não é o chamamento da pessoa, enquanto ser livre, à correlativa responsabilidade, mas a utilização do direito civil para prosseguir objectivos espúrios ao seu modo de ser. Por isso, e um pouco paradoxalmente, se tivermos em conta o carácter ilimitado da responsabilidade para que propende, entende que as lesões à propriedade não devem ser ressarcidas, porque, constatando-se que a riqueza está mal distribuída na sociedade, a imposição de uma obrigação de indemnização perpetuaria as distorções que, de acordo com a sua ideologia, deveriam ser banidas.

Para uma crítica aprofundada do pensamento do autor, voltamos a convocar IZHAK ENGLARD, *The philosophy...* cit., p. 66 e ss.

Quanto a nós, e depois de tudo o que temos vindo a registar, limitamo-nos a focar dois pontos. Por um lado, o pensamento chamado à colação contraria a estrutura básica do nosso sistema jurídico, assente no direito de propriedade. Por outro lado, não só fica por esclarecer a perspectivação – abusiva, em nossa opinião – do direito como um instrumento da luta de classes, como ela obnubila a específica intencionalidade do sistema como um sistema de direito e do direito. Na verdade, a instrumentalização do direito em nome do que é útil à comunidade em geral ignora a pessoa humana. É certo que esta não se esgota na dimensão individual e des-solidária, que a coloca em confronto com os demais, antes se realizando plenamente na comunidade, com a qual comunica e estabelece laços de solidariedade. Mas não é menos verdadeiro que a dimensão comunitária – enquanto condição ontológica de integral desenvolvimento da personalidade de cada um – não pode hipertrofiar a dimensão individual. Ademais, é a dialéctica entretida pela dimensão individual e comunitária que, impondo especiais deveres de solidariedade, consubstanciados em deveres de segurança no tráfego, justifica a responsabilidade, pelo que a culpa há-de ser um pressuposto imprescindível daquela. Sem esta, a responsabilidade não passaria de um expediente idêntico à segurança social.

Cf. CASTANHEIRA NEVES, “Nótula a propósito...”...cit., p. 479 e ss. Pode ler-se, aí, que “a corresponsabilidade só tem sentido na dialéctica comunitária com a autonomia (...) a socialização ou colectivação *ab extra* não é superação do individualismo mas a sua hipertrofia esvaziante e incomunicante, porque sem pessoais mediações, na indiferenciação e isolamento de seres massificados”. Mais à frente, o autor reforça esta ideia, debruçando-se sobre o conceito de Estado-de-Direito Social. Dando, mais uma vez, a palavra ao insigne jurista podemos ver que “o Estado-de-Direito social não se confunde com o *welfare state* e (...) pela sua dimensão social não é lícito anular a sua também específica dimensão de direito (...). Pelo que (...) irradiando normativamente dos valores da dignidade humana, com os seus corolários também axiológicos da liberdade e da igualdade, participação e solidariedade, responsabilidade e corresponsabilidade, porque indefectivelmente também Estado-de-Direito, não poderá transformar-se numa gigantesca empresa de seguros ou dispensador amoral de benefícios de uma gratuidade sem dor, sem deveres, sem responsabilidade”.

Sobre o pensamento de RICHARD ABEL, inserindo-o na *social justice theory*, que, pelas suas premissas não redundaria na defesa da responsabilidade objectiva, mas na conformação do instituto segundo uma ideia de sanção de entidades individuais, de modo a combater os mecanismos de exploração que vão emergindo e as formas de distorção dos níveis de protecção que devem ser implementados por via legislativa, cf. JOHN C. P. GOLDBERG, “Twentieth Century Tort Theory”, *Vanderbilt University Law School Law and Economics*, ... cit., p. 61.

⁸⁶⁸ A dissolução do indivíduo na comunidade implica a negação da própria responsabilidade. Veja-se, a propósito, BARBARA TRONCARELLI, “Il problema della responsabilità – a propósito di alcune affermazioni del neoidealismo italiano”, *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, IV Serie, LXXII, 3, 1995, p. 609 e ss. Evidenciando a íntima ligação que se opera entre a compreensão de pessoa que temos e a concepção de responsabilidade a que aderimos, a autora, ao debruçar-se sobre o pensamento neo-idealista italiano, acaba por concluir, a propósito da filosofia de UGO SPIRITO, na sua passagem ao radical naturalismo e ao problematismo, que para este, na medida em que afirma que o indivíduo é expressão do todo que é a natureza, não lhe sendo possível atribuir nenhuma culpa ou nenhum mérito, a única responsabilidade que subsiste é a responsabilidade social, entendida à luz da unidade do sujeito na colaboração comum.

BARBARA TRONCARELLI apresenta-nos, aí, também, as luzes do pensamento de CROCE. Afirmando, igualmente, a dissolução do indivíduo no todo – agora o todo histórico –, o pensador encara a responsabilidade como o dever que o indivíduo tem perante a sociedade, dado que é esta que o faz responsável.

Num registo diverso, cf., ainda, quanto ao ponto, JULES COLEMAN and ARTHUR RIPSTEIN, “Mischief and Misfortune”, *McGill Law Journal/Revue de Droit McGill*, vol. 41, 1995, p. 99 e ss., onde, num exercício heurístico, os autores consideram dois mundos puros possíveis: o *world of perfect agency*, correspondente ao estado de natureza de HOBBS, ali descrito como um mundo de vivência egoísta, solitária, pobre, brutal e terrivelmente injusta, no qual cada um vive para si e suporta os danos que sofrer, procurando reverter a situação pela imposição de um dano que permita compensar o primeiro; e o *mundo de perfeita comunhão*, não menos injusto, em que todos arcam com os custos do azar alheio, abandonando-se a ideia de acção. Neste, se todos são responsáveis pelo que acontece, oblitera-se a responsabilidade e, por essa via, a liberdade; naquele, opera-se, por meios diversos, a mesma distorção. É claro que os libertários reconhecem a impossibilidade da vivência natural hobbesiana e, como COLEMAN e RIPSTEIN mostram, superam-na por via da ideia de causalidade. É ela que permite ligar a *agency* à *misfortune*, distinguindo a última dos simples acontecimentos (cf. p. 104). Acontece que, do ponto de vista dogmático, o critério não é suficiente [veja-se, para o atestar, as críticas dirigidas à doutrina veneziana], chegando-se, por essa via, à formulação da responsabilidade com fundamento na culpa. A qual foi e é entendida, longe do domínio libertário que se agiganta no espectro da *Common Law*, como expediente salvificador da individualidade que se reclama. Sem razão, porém, pois a *fault system* envolve a ideia de que cada um tem deveres para com os demais, tornando as fronteiras entre os sujeitos normativas e não físicas, como reconhecem os autores que agora acompanhamos (Cf. p. 109/110). Se, no artigo citado, tal não é justificação bastante para o abandono da causalidade, antes a reclamando, importa sublinhar que a simples admissão de deveres balizadores dos direitos não nos leva, necessariamente, à afirmação da pessoalidade que temos vindo a reforçar, na medida em que eles podem ainda ser perspectivados segundo um prisma negativo de confronto, deixando de lado a dimensão de cooperação positiva entre seres humanos que só o são no diálogo intersubjectivo e na transcendência da individualidade. O estudo de COLEMAN e RIPSTEIN representa um importante passo em frente, mas não nos oferece a intencionalidade jurídica que derramamos nestas páginas. Para esse segundo salto, cf. o que *infra* será dito a propósito da liberdade que ancora a responsabilidade e, seguidamente, acerca do conceito de acção de que devemos partir. [cf., ainda, p. 107, onde os autores afirmam que, “mesmo se lançarmos mão de uma ideia de fronteira entre as

Por outro lado, se assim é, parece que se deve equacionar uma dada finalidade da responsabilidade civil. Não está agora em causa o simples ressarcimento, sequer a prevenção de futuros comportamentos prejudiciais, mas a actualização, por via da imposição de uma obrigação ressarcitória, da pessoalidade de cada um.

peçoas, a ser transposta para a responsabilidade, temos de saber onde é que ela se situa”, percebendo-se, então, que, não obstante o realce dos especiais deveres que unem as peçoas, elas ainda podem ser encaradas numa lógica conflitual].

⁸⁶⁹ Mobilizamos a culpa com um sentido ético. A nossa perspectiva é, pois, uma perspectiva personalista e não individualista. O que quer dizer que – apesar de a culpa, a par dos outros requisitos da responsabilidade civil, ter como papel a filtragem dos danos que podem aceder ao juridicamente relevante do ponto de vista da indemnização a que conduzem – ela não é erigida, na esteira de SAVIGNY, em expediente de delimitação de um espaço de liberdade negativa, mas, pelo contrário, permite a assunção da responsabilidade – no seu sentido próprio – como correlativo da liberdade que, não encerrando o homem sobre si mesmo, permite o seu relacionamento com os demais membros da comunidade.

Num sentido diferente, cf. PANTALÉON, “Cómo repensar la responsabilidad...”...cit., p. 172. O autor, embora se apresente muito crítico da análise económica do direito, acaba por afirmar – depois de referir que, em seu entender, a análise custo-benefício não é exclusiva, sequer, original dos *lawyers economists* – que o conceito de culpa é um conceito sempre económico e não, necessariamente, um conceito moral, se para tal concepção se exige a possibilidade de dirigir ao concreto causante do dano uma reprovação moral. Continua salientando que o conceito de culpa é um conceito social, cujo núcleo essencial se traduz na compatibilização dos riscos na vida, assim distinguindo, claramente, a responsabilidade civil da responsabilidade penal.

Sobre tais afirmações, apenas umas breves notas. Em primeiro lugar, cumpre salientar que o conceito de moral não se confunde com o conceito de ética. Em segundo lugar, importa referir que a única forma de compreendermos a referência que o autor faz à análise custo-benefício, sem que corramos o risco de resvalar para o pensamento que criticámos – e que, aliás, o próprio também denuncia –, é enquadrá-la no conceito de exigibilidade aferida pelo padrão do homem médio. E se isso nos permite distanciar do domínio penalista, a verdade é que não nos afasta do domínio eticamente cunhado. E a depô-lo convocamos a ideia de imputabilidade. Não é por acaso que os menores não são responsáveis pelos danos provocados no quadro privatístico, remetendo-se a responsabilidade para aqueles que olvidam o dever de vigilância sobre os primeiros.

Para uma análise interessantíssima do problema da imputabilidade como referencial de distinção entre responsabilidade delitual e responsabilidade contratual, cf. BAPTISTA MACHADO, “Tutela da confiança e *venire contra factum proprium*”, *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, 117º ano, Coimbra, 1985, nº3725 (p. 229 a 233), 3726 (p. 265 a 269), 3727 (p. 294 a 298), 3728 (p. 321 a 325), 3729 (p. 361 a 365), 3730 (p. 9 a 14), 3733 (p. 101 a 105), 3735 (p. 169 a 172), 3737 (p. 227 a 229).

Cf., sobre o ponto, PAUL HOFMANN, “Minderjährigkeit und Halterhaftung”, *Neue Juristische Wochenschrift*, 17. Jahrgang, 1. Halbband, 1964, p. 228-234; MANUEL ANSELMO, “Da capacidade e da responsabilidade civil dos menores”, *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, ano VII, 1955, p. 219 a 240; BENGTSOON, « La responsabilité des mineurs dans les droits scandinaves », *Revue Internationale de Droit Comparé*, 14^e. année, nº1, 1962, p. 33 a 40 ; MIQUEL MARTIN-CASALS (ed.), *Children in tort law, I, Children as tortfeasores, Tort Law and Insurance*, vol. 17, Springer, Wien/New York, 2006 ; BLANC-JOUVAN, “La responsabilité de l’infans”, *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, année 1957, tome cinquante-cinquième, p. 28 a 60

Cf. igualmente, BIZOT, Jean Claude – “La responsabilité civile des père et mère du fait de leur enfant mineur: de la faute au risque”, *Rapport annuel de la Cour de Cassation*, Rapport 2002, 2eme partie, www.courdecassation.fr/jurisprudence_documentation_2/publications_cour_26/em_rapport_annuel_em_36/rapport_2002_140/deuxieme_partie_etudes_documents_143/etudes_sur_theme_responsabilite_145/pere_mere_6112.html

Regressaremos, *infra*, ao tópico da imputabilidade.

17. Ordem de sequência

Resultou da análise histórica que o entendimento acerca da causalidade estaria intimamente ligado ao modo como se perspectiva a questão das finalidades da responsabilidade civil. Se a teleologia primária do instituto nos aponta para a reparação ou o ressarcimento, então torna-se inegável que algo terá de garantir que o lesante apenas suporta o dano por si efectivamente gerado. Esta missão é tradicionalmente reservada ao nexo de causalidade e implica que, desde há muito, algumas soluções sejam determinadas pela necessidade de garantir o equilíbrio entre as partes em confronto. A ideia de troca ou de comutação marca a sua presença e contamina a modelação teleológica da responsabilidade delitual.

Simplesmente, isso não deve condenar o jurista a um cálculo matematicista e naturalista. Em primeiro lugar, e como ficou explícito anteriormente, não é viável dar resposta cabal ao problema, se apenas se lançar mão de um esquema de pensamento assente na relação entre causa/efeito. São os próprios desenvolvimentos ao nível da física quântica que depõem nesse sentido⁸⁷⁰. Em segundo lugar, a teleologia primária

⁸⁷⁰ O mecanicismo, “mais do que uma ciência física, trata-se de uma doutrina filosófica, cujo postulado básico é que tudo no mundo acontece de forma determinada, precisa e previsível, tal como ocorre com uma máquina composta de rodas, engrenagens, polias e correias” – cf. JOSÉ PIMENTEL CINTRA, *Ciência e Milagres*, Quadrante, São Paulo, 1994, p. 28. Ora, “analisada objectivamente, esta posição é insustentável; na realidade, este determinismo só funciona bem no domínio da astronomia, porque os corpos celestes estão isentos de atrito e as forças que actuam são relativamente poucas e bem conhecidas, podendo-se aplicar sem maiores problemas as leis de NEWTON. Mas já na física dos fenómenos terrestres entram em acção o atrito e inúmeras outras influências, o que na prática torna aleatória a maioria dos fenómenos ou pelo menos dificulta muito a sua previsão. E não falemos das ciências sociais, que têm de levar em conta a liberdade do ser humano, sempre imprevisível”. O mundo passa a ser concebido como “um conjunto de fenómenos que se dão necessariamente, sem possibilidade de alteração de rumos”. Na década de 20 do séc. XX surge uma nova teoria científica – a física quântica, que se aplica “fundamentalmente ao domínio do microcosmo, isto é, às partículas atômicas” (p. 36). HEISENBERG formula o famoso princípio da indeterminação (afirma que “não podemos conhecer simultaneamente e com precisão a velocidade e a posição de um elétron na sua órbita, porque qualquer medição, ao exigir que um fóton ou outra partícula incida sobre esse elétron para formar uma imagem num equipamento apropriado, modificaria a sua posição e velocidade”. “O que Heisenberg vem a dizer é que a medição de interacções físicas sempre contém uma margem de imprecisão, que pode ser significativa ao nível molecular, mas é desprezível no âmbito da percepção normal, pois é muito menor que o erro dos instrumentos de medida” (p. 36). Simplesmente, como nos explica PIMENTEL CINTRA, o princípio da indeterminação é extrapolado, concluindo-se que a lei da causalidade perde a sua validade a partir da física quântica. Esta é, segundo o seu entendimento (p. 37), uma conclusão apressada e errada: “a inevitável imprecisão das observações atômicas não significa a derrocada do princípio filosófico da causalidade: todo o efeito produzido exige a existência de uma causa explicativa”. Continua o autor a explicar que do indeterminismo passaram à teoria das probabilidades aplicada aos fenómenos físicos, a partir do que concluíram “a radical aleatoriedade de todos os acontecimentos do Universo” (p. 38). Assim, “aplicando a teoria das probabilidades aos gases, chega-se à conclusão de que uma telha solta no ar por um pedreiro poderia subir em vez de cair. Isto aconteceria se as moléculas de ar que estão em baixo da telha, ao invés de se moverem igualmente em todas as direcções do espaço, adquirissem – pelas leis estatísticas, ainda que com probabilidade mínima – uma direcção única no espaço: de baixo para cima. Não existe nenhum registo de um facto como esse, mas, pela lei das probabilidades, não seria

aquiliana é acompanhada pela intencionalidade predicativa da juridicidade, que, configurando a teleonomologia do instituto, aponta para a necessidade de reafirmar a pessoal dignidade do ser humano por via do chamamento à liça da sua liberdade. Ora, se assim é, o que assoma aos olhos do jurista não é tanto a determinação da sequência causal que, estendendo-se desde o comportamento do agente, nos leva até ao dano, mas a formulação de um juízo de imputação.

O dado só se tornará absolutamente perceptível quando nos cruzarmos com aspectos metodologicamente densificados, mas sugere desde já o confronto entre a causalidade e a imputação⁸⁷¹.

18. Causalidade como requisito insuficiente mas necessário? Do declínio da causalidade à emergência do verdadeiro sentido da imputação.

Adequadamente compreendidas as coisas, dir-se-á que a intencionalidade com que captamos o sentido da causalidade não pode deixar de ser normativa. Afastamo-nos,

impossível”. Em última instância, deixa de ser possível qualquer demonstração, qualquer relação causal entre os fenómenos ou mesmo qualquer ciência (p. 40). A explicação do autor permite-nos tecer algumas considerações. Em primeiro lugar, importa frisar que a passagem de uma certeza mecanicista, alicerçada na necessidade, para a probabilidade não obsta a que, no entendimento da realidade, se formulem juízos do tipo causal. Simplesmente, a partir do momento em que se tem consciência de que o grau de possibilidade de ligação de dois eventos não é absoluto, mas tão só probabilístico, não é viável afirmar-se uma certeza de 100% na tentativa de recondução de um resultado a um comportamento. Se a perspectiva adoptada se polarizar no momento da decisão judicativa, orientando-se pela reconstituição do percurso danoso, então poder-se-á chegar à conclusão que aquela é a causa mais provável, mas ainda assim não a certa. Ou seja, o juízo a que se aporta passará a estar contaminado pela nota da probabilidade. Se a perspectiva adoptada retroage ao momento da prática do facto, assumindo-se um desiderato imputacional, a probabilidade deveria passar a ser entendida como um ponto de apoio de sindicância da actuação do pretenso lesante, aproximando-se, afinal, da previsibilidade, porque considerada aos olhos daquele, ainda que conformado segundo o padrão do observador médio. E aí deixa de se perceber por que razão há-de ser ela a comandar o juízo judicativo, designadamente porque, a ser assim, passa-se a realizar o dever-ser com base no ser, perdendo-se o apoio ético em que aquele se consubstancia. Em segundo lugar, em ordem de exposição e também de importância para o tema que nos importa, interessa referir que a física quântica não vem, de facto, negar a existência de uma causalidade natural. Ao evidenciar a complexidade dos fenómenos naturais mostra-nos outrossim que o limitado conhecimento humano pode não aceder a essa causalidade particular e pode não conseguir prever as diversas variáveis de produção e evolução da realidade. O que as descobertas a este nível abalam é o determinismo mecanicista, não pondo, porém, em dúvida quer a sequência causa/efeito, quer, para os que têm fé, a possibilidade lógica de intervenção divina no mundo.

Quer isto dizer que, sem embargo da importância que o ambiente científico e filosófico do início do séc. XX exercem sobre a questão, não encontramos na física quântica o argumento determinante para a recompreensão do problema causal ao nível da responsabilidade extracontratual.

⁸⁷¹ A este propósito, e de uma forma ainda muito superficial, cf. WESTER-OUISSE, “Définition de la causalité dans les projets européens sur le droit de la responsabilité”, www.grerca.univ-rennes1.fr/digitalAssets/267/267962_vwesterouisse.pdf, p. 2 e p. 17, considerando as diferenças entre a causalidade (a implicar uma referência aonexo entre o dano e a conduta) e a imputação (a envolver uma referência ao nexo entre a pessoa e o dano) no seio quer dos PETL (*Principles of European Tort Law*) e do DCFR (*Draft Common Frame of Reference*), os dois grupos tendentes ao estudo das possíveis vias de uniformização do direito privado europeu da responsabilidade civil.

com isso, de alguns dos entendimentos que sobre o problema se derramam. Não só aqueles que, presos a um conceptualismo naturalista, procuraram resolver a questão da imputação delitual de um puro ponto de vista determinista, incapaz de oferecer soluções justas e materialmente adequadas, como também todos os outros que, apercebendo-se das insuficiências patenteadas pela mundivisão tradicional, resvalam ou para um funcionalismo espúrio e atentatório da matriz da juridicidade, tal a coloração económica com que surgem pensados, ou para o apelo ao senso comum, olvidando que o contexto de surgimento dos conceitos não deixa intocável o seu sentido primeiro.

Gorada que fica a explicação causalista naturalista, própria das ciências exactas, convoca-se o sentido do direito enquanto direito para, animados pela intelecção da teleonomologia e teleologia da responsabilidade civil, adiantarmos que um dos pólos de desvelação do que tradicionalmente se designa por causalidade não poder deixar de pensar-se em termos de imputação^{872 873 874}.

Auxilia-nos no modo como os termos são sopesados a lição colhida no pensamento filosófico, maturado ao longo dos tempos⁸⁷⁵.

⁸⁷² Cf. VON STANISLAW EHRLICH, “Von der normativen Kausalität“, *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, vol. LXXII/1, 1986, p. 32-52. Considera no seu estudo o autor que o princípio da causalidade tal como é aplicado pelos filósofos aos fenómenos físicos não se pode expandir facilmente para o domínio dos fenómenos sociais. Do mesmo modo, sempre que o fenoménico venha composto por actos de cariz psicológico, há que ter em conta o papel determinante desempenhado pela decisão ancorada na *voluntas* do agente. Advoga, por isso, o autor que a causalidade na esfera social venha a ser tratada como um aspecto especial do processo decisório, quer ao nível do ser, quer ao nível do acontecer. O que, por seu turno, e sempre que a decisão seja tomada de acordo com um *standard* formal-legal, comportará, segundo a sua perspectiva, consequências não negligenciáveis. Com o que se chega, afinal, à assunção da causalidade como um problema normativo.

Sobre a natureza da causalidade teceremos posteriormente maiores desenvolvimentos. O ponto colima-se, ademais, na sempre actual controvérsia que encima o problema da cisão entre a questão de facto e a questão de direito ao nível da realização judicativo-concreta do direito.

⁸⁷³ Cf. WILLIAM L. PROSSER, “Proximate cause in California”, ... cit., p. 375, dando nota da diferença entre causalidade e responsabilidade e entendendo que as limitações ressarcitórias pensadas sob a óptica da primeira apenas se podem justificar no quadro da segunda. Veja-se, ainda, *inter alia*, BAPTISTA MACHADO, “Tutela da confiança e *venire contra factum proprium*”, ... cit., p. 170, considerando que a mera causalidade não tem valor de um princípio de imputação; DEUTSCH/AHRENS, *Deliktsrecht, Unerlaubte, Handlungen, Schadensersatz und Schmerzensgeld*, 4. Auflag., Carl Heymanns, Verlag, Köln, 2002, p. 2; F. LEDUC, “Causalité civile et imputation”, ... cit., nº7 e ss.; J. FISCHER, “Causalité, imputation, imputabilité, les liens de la responsabilité civile”, *Mélanges en l’honneur de Ph. Le Tourneau*, Dalloz, 2007, p. 386 e ss.; BANAKAS, “Causalité juridique et imputation. Réflexions sur quelques développements récents en droit anglais”, *Les distorsions du lien de causalité en droit de la responsabilité civile, actes du colloque des 15 et 16 décembre 2006, Faculté de droit et de science politiques de Rennes, Revue Lamy Droit Civil*, 2007/40, nº2641, p. 96 e ss. (cf., também, “Causalité et imputation...”, ... cit., www.greca.univ-rennes1.fr/digitalAssets/267/267949_banakas.pdf)

⁸⁷⁴ Sobre o ponto, cf. P. GOTTWALD, *Schadenszurechnung und Schadensschätzung*: ... cit., p. 94 e ss., considerando que no quadro da livre actuação humana não faz sentido falar de causalidade.

⁸⁷⁵ Como veremos, o argumento central para a defesa do cunho imputacional da categoria que temos em mãos não passa pela transposição acrítica do dado filosófico para o mundo juridicamente cunhado. Mas não menos verdadeiro se afigura salientar que o modo como o homem se compreende não deixa intocável o sentido como a juridicidade vai concebida.

RICOEUR joga aqui um papel central. Procurando a montante do conceito jurídico clássico de responsabilidade o seu sentido fundador, encontra-o, semanticamente, na ideia de imputação, na qual reside uma relação primitiva com a obrigação, de que o dever de reparação é um corolário ou complemento⁸⁷⁶. Imputar é, segundo o ensinamento do autor, “colocar na conta de alguém uma acção censurável, uma falta, logo uma acção previamente confrontada com uma obrigação ou uma interdição que ela infringe”⁸⁷⁷.

Significa isto que a imputação – ao viabilizar a ligação de uma acção ao seu autor – funda a responsabilidade.

O pouco que ficou dito transfigura-se, afinal, em muito e, galvanizando-se, permite duas conclusões preliminares que, habilmente assumidas, garantirão a correcção do percurso dialógico a encetar de ora avante.

Em primeiro lugar, a descoberta anunciada – e sem embargo de considerações acerca do tipo de racionalidade mobilizada pelo filósofo de que, mesmo podendo ser pertinentes, aqui não curamos – torna inequívoco o sentido da ideia de responsabilidade juridicamente relevante, salvaguardando a nossa visão de uma impositação hiperbolizante daquela a que somos conduzidos, por exemplo, pelo pensamento de LÉVINAS no momento primário da ancoragem filosófica que nos fornece^{878 879}.

⁸⁷⁶ PAUL RICOEUR, “O conceito de responsabilidade. Ensaio de análise semântica”, *O justo ou a essência da justiça*, Instituto Piaget, 1995, p. 37

⁸⁷⁷ PAUL RICOEUR, “O conceito de responsabilidade...”, ... cit., p. 38. No mesmo local, somos confrontados com uma forma enfática de explicitação do núcleo central da imputação. “Imputar uma acção a alguém é atribuir-lha como sendo o seu verdadeiro autor, colocá-la por assim dizer na sua conta, e tornar esse alguém responsável por ela”.

⁸⁷⁸ Cf. EMMANUEL LÉVINAS, « La Proximité », *Archives de Philosophie*, nº 34, 1971, p. 373 ; *Totalidade e Infinito*, Edições 70, 2000; *Ética e Infinito*, Lisboa, Edições 70, 2007; *Deus, a morte e o tempo*, Almedina, Coimbra, 2003.

O autor, partindo da crítica à ontologia de HEIDEGGER, vem afirmar que o ser para o outro implica a assunção da responsabilidade ética para com ele. Esta não importaria qualquer exigência de reciprocidade, pois, ao reivindicá-la, estar-se-ia a abandonar o plano da relação *des-inter-essada*. É nessa responsabilidade que se constitui a subjectividade do sujeito, no contacto com a alteridade, a supor o desejo e a necessidade, sem os quais o homem não deixa de estar encerrado sobre si mesmo.

É o desejo do outro – enquanto outro, e visto pelo autor como desejo de infinito – que leva o homem a colocar-se diante dele, aprofundando o primitivo desejo e conduzindo ao estabelecimento de uma relação de respeito. Ao confrontar-se com o rosto daquele, que também o contempla, o homem torna-se por ele responsável, assumindo uma responsabilidade sem limites.

Ao assumi-la no sentido de “tudo temos de fazer pelo outro”, o autor colora-a com as notas de despojamento em face do alter, deixando de ter sentido a ideia de imputação que, tal como RICOEUR salienta, funda, a montante, o conceito jurídico de responsabilidade. Efectivamente, no quadro do pensamento levinasiano, o resultado do juízo imputativo seria sempre o mesmo: a pessoa é responsável porque responsável por tudo.

Nas palavras do autor, “a ética rompe com a intencionalidade, assim como com a liberdade: ser responsável é ser responsável antes de qualquer decisão (...). Esta responsabilidade por outrem é estruturada como um-para-o-outro, até ao um refém do outro” [cf. “A subjectividade como an-arquia”, *Deus, a morte o tempo...cit.*, p. 187], levando-o a falar de uma “intimação do eu por outrem, uma

responsabilidade em relação a homens que nós nem sequer conhecemos. Intimação e extrema urgência, anterior a todo o compromisso e a todo o começo: *anacronismo*” [cf. “A subjectividade como anarquia”,... cit., p. 188].

LÉVINAS inova a relação entretecida entre a liberdade e a responsabilidade. Para ele, “ser responsável na bondade é ser responsável a quem ou fora da liberdade. A ética infiltra-se em mim antes da liberdade. Antes da bipolaridade do Bem e do Mal, o eu está comprometido com o Bem na passividade do suportar (...). Esta anterioridade da responsabilidade em relação à liberdade significa a bondade do Bem: o Bem deve eleger-me antes de eu o poder escolher (...)” [cf. “Liberdade e responsabilidade”, *Deus, a morte e o tempo...* cit., p. 192-193]. Há no pensamento do autor uma relação anacrônica entre os dois pólos do binómio que nos anima, a significar a obsessão pelo próximo.

Chega-se, assim, no âmbito da responsabilidade hiperbolicamente assumida à ideia de *liberdade finita*. “Ela consiste em fazer o que se tem vocação para fazer, em fazer aquilo que mais ninguém, para além de mim, pode fazer. Assim, limitada por outrem, ela continua liberdade” [cf. “Liberdade e responsabilidade”,... cit., p. 194]. Ou dito de outro modo e continuando a acompanhar os escritos do filósofo, “o si [soi] é responsável antes da liberdade, quaisquer que sejam as vias que conduzem à superestrutura social. O para-si (...) é responsável antes da liberdade, de uma responsabilidade inacessível que o torna único. A liberdade pensar-se-á aqui como possibilidade de fazer o que ninguém pode fazer no meu lugar, a liberdade é assim a unicidade desta responsabilidade” [cf. “A relação ética como saída da ontologia”, *Deus, a morte e o tempo...* cit., p. 197].

Percebe-se, portanto, que, neste registo hiperbólico da responsabilidade, ela não possa identificar o sentido jurídico da responsabilização de que a responsabilidade civil é um corolário dogmaticamente cunhado.

O próprio LÉVINAS parece abrir as portas a tal consideração ao referir a importância, num segundo patamar dialógico, das instituições e do Estado.

“Na sociedade (...), a minha responsabilidade por todos pode e deve manifestar-se também limitando-se. Este excesso da responsabilidade de refém transporta o limite do seu próprio excesso. O eu pode ser levado, em nome da sua responsabilidade ilimitada, a preocupar-se também consigo (...). As instituições e o próprio Estado podem ser reencontrados a partir do terceiro intervindo na relação de proximidade” [cf. “A relação ética...”, ... cit., p. 196-197]

Não se pense, porém, que as nossas palavras depõem no sentido da afirmação da responsabilidade como o dado *a posteriori* da liberdade, elemento de limitação em concreto desta. Na verdade, consideramos que a responsabilidade se constitui não no sentido da responsabilização pelos resultados que atingem uma esfera de acção diversa da do agente, mas que ela se predica anteriormente na positiva relação interpessoal estabelecida com o outro. Ou seja, não somos apenas responsáveis porque livres na medida em que com a nossa liberdade podemos lesar direitos constituídos do outro, visto como um obstáculo à nossa própria actuação, mas somos responsáveis na medida em que, sendo livres, assumimos comprometidamente a nossa acção e, na nossa autodeterminação, não podemos deixar de ter em conta o sentido ético da ligação com o nosso semelhante. Assim sendo, a responsabilidade une-se dialéctica e positivamente à liberdade, não a limitando negativamente, como postulado pelo individualismo liberal de outros tempos. Há, por isso, um ponto de contacto com o ensinamento levinasiano, que não nos faz, contudo, resvalar na exacerbação da responsabilidade.

Dito de outro modo, se a hiperbolização ética da responsabilidade quadra mal com o sentido de exigibilidade conformador de uma racionalidade juridicamente cunhada, a passagem para um plano do conhecimento e a necessidade de superar a anarquia da alteridade podem conduzir à assunção de uma responsabilidade que, alicerçando-se na liberdade, olha para esta no sentido de nela colher, ainda, o referente ético de predicação da relação entre humanos.

Resta, apenas, uma dúvida: em que medida a juridicidade se pode sustentar na eticidade. Sobre o ponto, teceremos, ulteriormente, as devidas considerações.

⁸⁷⁹ Cf., para uma adequada compreensão dos diversos sentidos com que pode ser assumido o termo responsabilidade, H.L.A. HART, *Punishment and Responsibility, Essays in the Philosophy of Law*, Oxford University Press, 1968, p. 210 e ss. Apresentam-se, aí, quatro sentidos para o termo *responsability*. A *role-responsability*, indicando que, se uma pessoa está investida num determinado cargo, lugar, estatuto, papel, fica adstrita a especiais deveres, alguns dos quais se prendem com a promoção do bem-estar dos outros ou a prossecução dos objectivos de uma dada organização; a *causal-responsability*, em cuja acepção o responsável se vem a identificar com o causador de um acto, pelo que não só os humanos, mas também as coisas, os animais ou os fenómenos não humanos podem ser considerados responsáveis (cf. p. 214); a *liability responsibility*, que, ao contrário do sentido prévio, implica já uma assunção acerca do mérito da conduta, afastando-se do mecanicismo característico da visão da responsabilidade/causalidade, a implicar a responsabilidade como o desencadear de um efeito na realidade, tanto mais que a pessoa

pode ser responsabilizada, neste sentido, pelos actos praticados por terceiros; a *capacity responsibility*, intrinsecamente ligada à anterior, na medida em que a responsabilização do agente implica a existência de determinadas faculdades mentais e psicológicas sem as quais ele não se autodetermina, pelo que, em última instância, denotamos já o apelo a um dado sentido de liberdade sem a qual a primeira não pode ser tematizada (cf. p. 226-227).

Cf., ainda, sobre os vários sentidos do termo *responsibility*, H. L. A. HART, “Varieties of responsibility”, *Law Quarterly Review*, 83, 1967, p. 346. No artigo citado, o autor apresenta a taxonomia referida. No que respeita, por exemplo, à *role responsibility*, salienta a dificuldade, por vezes sentida na apreciação do caso concreto, de determinação dos concretos deveres que oneram o sujeito em virtude da posição em que está investido. Acresce que inclui no conceito todas as obrigações que impendem sobre a pessoa como decorrência de um particular acordo firmado, entrando em considerações atinentes ao mundo contratual, tendo, não obstante, a cautela de, num esforço de compartimentação categorial, alertar que a assunção feita do termo responsabilidade não é confundível com aquela outra de dever específico. A separá-los a consciência da complexidade e extensão da primeira, a implicar a conformação de uma *sphere of responsibility, requiring the exercise of discretion and care usually over a protracted period of time*. (cf. p. 347).

Também, aí, claramente refere a interdependência entre os diversos sentidos da responsabilidade. Atendo-se ao direito já constituído, o autor considera que a *liability* está muitas vezes dependente da *causal responsibility* ou da *capacity responsibility*.

Vide, igualmente, PETER CANE, *Responsibility in Law and Morality*, cit., cap. 2, p. 31e ss.

CANE considera que a taxonomia apresentada por HART não é satisfatória. E contrapõe outras distinções. Assim, fala, em primeiro lugar, da dicotomia entre a *historic* e a *prospective responsibility*. A primeira olha para os eventos no passado; a segunda prende-se com a determinação de obrigações e vem identificada, na língua inglesa, com a ideia de *role* ou *task*, podendo consubstanciar-se naquilo que o autor designa por *productive responsibilities* (direccionada para a produção de resultados positivos) ou *preventive responsibility* (destinada a prevenir resultados negativos) [cf. p. 31-32].

Para CANE, uma das insuficiências do pensamento de HART na matéria prende-se com o âmbito de percepção da sua *role responsibility*. Segundo o autor, ela incluiria a *productive* mas não a *preventive responsibility*.

Interessante na análise proposta por PETER CANE é a viabilidade da ancoragem na distinção conceptual-explicativa da divisão entre a responsabilidade por omissão e a responsabilidade por acção e bem assim uma intuição da diversa intencionalidade que perpassa o mundo contratual e o mundo delitual.

Uma segunda critica dirigida a HART centra-se na amplitude do modo como a *role responsibility* surge desenhada, dado não fornecer nenhum critério para identificar as específicas obrigações que leva incorporadas. Nessa medida, CANE considera que ela identifica mais a responsabilidade como uma virtude ou qualidade humana. [cf. p. 33].

Note-se que, se trouxemos a lume a taxonomia apresentada por HART, tal se ficou a dever à ilustração tópica que nos fornece. Importa, no entanto, referir que isso não implica aderir incondicionalmente ao pensamento do autor em matéria de responsabilidade. Na verdade, não só teremos oportunidade de divergir em termos pontuais, como a inserção do jurista no quadro da teoria analítica, patenteando-se na importância dada à linguagem na resolução dos concretos problemas *sub iudice*, dado que pode ser comprovado pela concepção de direito que apresenta na sua obra *O conceito de Direito*, 4ª edição, Fundação Calouste Gulbenkian, 2005 (tradução de A. RIBEIRO MENDES), o impediria. Referindo-se, no âmbito da problematização das relações entre o direito e a moral, ao pensamento de HART, que qualifica de *soft positivism*, cf. REIS MARQUES, *Introdução ao Direito*, volume I, 2ª edição, Almedina, Coimbra, 2007, p. 34. [Esclarece REIS MARQUES que a incorporação levada a cabo por HART de princípios no seio do sistema jurídico, como, aliás, se denota no desenvolvimento que o segundo autor citado tece em matéria delitual, tem natureza meramente contingente. Ou seja, “segundo Hart, um sistema jurídico pode incorporar no seu âmago princípios que tenham a elevação suficiente para operarem como critérios de validade. No entanto, um sistema em que tal não suceda não deixa por isso de ser um sistema jurídico. Da mesma forma, não o deixa de ser se os referidos princípios e valores forem moralmente censuráveis. Na realidade, para o *soft positivism*, se os princípios morais adquirem o estatuto de critérios de validade normativa, tal é estranho a um juízo de razoabilidade moral. (...) são os critérios formais (...) que atribuem aos critérios materiais (princípios morais) o seu estatuto de privilégio. (...) Mostra-se aqui que a conexão entre os mundos normativos jurídico e moral é de carácter contingente, não é algo de necessário”. Outro dos autores que REIS MARQUES integra no mesmo quadro de pensamento é JULES COLEMAN – cf. REIS MARQUES, *Introdução ao Direito...* cit., p. 34-35].

Em segundo lugar, mas não menos importante, percebe-se que a recondução de uma acção à esfera de um sujeito pode operar segundo diferentes critérios, pelo que, em boa verdade, a indagação semântica do nódulo predicativo da responsabilidade, auxiliando-nos, não nos desonera. Simplesmente, se relacionarmos o cerne do sentido discernido com a intencionalidade especificamente jurídica que nos anima, estaremos a encaminhar-nos paulatinamente para a descoberta do princípio último que nos comunicará o modo de actuação concreta daquela *imputatio*. E sabemos que, ou não fosse a judicativa realização do direito – ainda que na fase de elaboração de modelos práticos de decisão a ser oportunamente mobilizados pelo juiz da causa – a nossa missão, ele não pode deixar de ser identificado com a pessoalidade e com a ineliminável dignidade ética que a conforma.

Ora, a ser assim é a ideia de liberdade que é chamada à liça. Uma liberdade entendida em termos positivos, que dialecticamente comunica com a responsabilidade de que é indissociável.

Com o que – e antes mesmo de escarpelizarmos o sentido dela, filão condutor do *iter* argumentativo a expender – podemos avançar três ideias fundamentais.

Fundada a responsabilidade na imputação e colorida esta com as notas predicativas da juridicidade – a fazer, portanto, apelo à pessoalidade –, há-de ser pressuposto dela a imputabilidade do agente.

Verificada que esteja essa particular capacidade do agente a viabilizar a sua autodeterminação como ser livre, procurar-se-á ligá-lo a uma dada conduta, segundo um nexu subjectivo, que, assumindo os foros de culpabilidade, se traduz, em última instância, numa censura ético-jurídica que sobre aquele se derrama.

Sem que isso seja bastante, porque, sabemo-lo e já o comprovámos nos capítulos precedentes com apelo a exemplos concretamente vivenciados, uma simples conduta humana pode produzir uma infinidade de consequências em cadeia. À culpa vertida sobre a conduta do agente há-de associar-se um qualquer dado que permita reconduzir a acção à esfera do putativo agente. Ou seja, e mesmo porque não ignoramos a penetração no sistema de casos de responsabilidade não subjectiva, não basta que um comportamento seja culposo para que todas as consequências que dele advenham possam ficar presas pelo manto da ressarcibilidade. Há uma nota de imputação objectiva

Acrescente-se que a obra do autor citada primeiramente diz respeito à responsabilidade criminal, o que não obsta a que – e sem embargo da distância que separa os dois nichos dogmáticos – algumas das lucubrações que aí têm lugar possam ser aproveitadas em sede civilística.

de que não nos podemos esquecer. Aquela mesma nota que tradicionalmente tem sido colorida com a marca da causalidade.

Só que, se constatámos a imprestabilidade dela na articulação dos quadros dogmáticos de movimentação de uma pretensão ressarcitória, face a situações eivadas de uma complexidade crescente, estamos agora em condições – uma vez que acedemos neste discurso filosoficamente cunhado ao núcleo fundamentante da responsabilidade – de perceber por que razão falha a tentativa de edificação do critério com base na ideia estrita de probabilidade.

Pois, como nos diz RICOEUR, o “cálculo de probabilidades tende a colocar todas as ocorrências sob o signo do acaso”. E mais contundentemente, “assim desconectada de uma problemática da decisão, a acção vê-se, ela mesma, colocada sob o signo da fatalidade que é o oposto exacto da responsabilidade. A fatalidade não é ninguém, a responsabilidade é alguém”⁸⁸⁰.

Não ignoramos que o autor tece as considerações pretéritas a outro ensejo, mais especificamente no seio da análise dos eventuais efeitos perversos de uma desculpabilização da responsabilidade. E nessa medida o perigo anunciado esvaziar-se-ia pela interposição da culpa no momento do juízo imputacional globalmente considerado.

Simplesmente, e desde logo, não nos podemos esquecer da já incidentalmente referida presença de casos de responsabilidade pelo risco a dispensar, na sua excepcionalidade, a censura ético-jurídica em que aquela culpa se traduz. É claro que isto por si só nada nos comunica, já pelo carácter de excepção que se sublinhou, já pela dúvida que se abate sobre a unicidade da categoria causal tal como ela vem pensada⁸⁸¹. Isto é, não é impossível que, para obstar a fatalidade denunciada pelo pensamento de RICOEUR, nas suas lucubrações acerca do justo, se biparta o sentido da causalidade, dispensando-lhe um recorte diverso quando se enfrenta um caso de responsabilidade pelo risco.

⁸⁸⁰ PAUL RICOEUR, “O conceito de responsabilidade...”, ... cit., p. 51-52.

⁸⁸¹ Os autores adiantam, aliás, que a jurisprudência tende a adequar a causalidade ao tipo de responsabilidade em debate. Assim, veja-se, *inter alia*, BRANDÃO PROENÇA, *Direito das Obrigações – Relatório...* cit., p. 91, referindo-se ao Ac. Relação de Lisboa de 20 de Outubro de 1994 (*in Colectânea de Jurisprudência*, ano XIX, p. 125 e ss.) e ao Ac. STJ de 2 de Junho de 1998 (*in Boletim do Ministério da Justiça*, nº478, p. 323).

A este propósito, veja-se, novamente, CHRISTOPHE QUÉZEL-AMBRUNAZ, *Essai...* cit., p. 97 e ss. e 215 e ss.; TRIMARCHI, *Causalità...* cit., p. 2, 14, 35; HERMAN LANGE, *Begrenzung...* cit., p. 11 e ss.; ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações...* cit., p. 763 e ss.; MENEZES CORDEIRO, *Da responsabilidade civil...* cit., p. 539 e ss.; ID., *Tratado...* I/I, cit., p. 424; ANA PERESTRELO OLIVEIRA, *Causalidade...* cit., p. 21, nota 26.

Parece ser para isso, aliás, que propende a doutrina civilística. Entre nós, ALMEIDA COSTA afirma que, no plano da responsabilidade objectiva, “a causalidade resulta de a origem dos danos se localizar na zona de risco normativamente definida, o que torna desnecessária a formulação de um juízo hipotético sobre a idoneidade do comportamento para produzir as consequências danosas”⁸⁸². No mesmo sentido, depõe BRANDÃO PROENÇA, considerando que a responsabilidade objectiva prescinde da culpa e da ilicitude e adiantando que as normas do artigo 502º, 503º e 509º regulam actividades lícitas e têm por missão delimitar a chamada esfera, o que significa, “mesmo numa perspectiva de conexão causal, afastar o critério objectivo da probabilidade e ver se a lesão resultou ou não do desenvolvimento do perigo específico que constitui a razão de ser normativa”^{883 884}. Já LARENZ considera, a propósito da *Gefährdungshaftung*, que esta modalidade de responsabilidade está ligada a especiais riscos de danos, não importando saber se a lesão foi ou não causada por um acto do agente, mas sendo suficiente que aquele dano possa ser imputado a uma esfera de perigo especial de uma coisa ou actividade^{885 886}.

⁸⁸² ALMEIDA COSTA, “Reflexões sobre a obrigação de indemnização. Confrontos luso-brasileiros”, *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, nº3931 e 3932, p. 290 a 299, aqui 292. No que tange aos danos subsequentes, o autor continua a advogar a presença do critério da causalidade adequada como guia do jurista decidente em matéria de determinação da obrigação de indemnização. Na verdade, “no momento em que cabe determinar os prejuízos que preenchem o conteúdo da obrigação de indemnização, torna-se indispensável operar com o critério da causalidade adequada” – cf. ALMEIDA COSTA, “Reflexões sobre a obrigação de indemnização...”, ... cit., p. 293.

Cf., também, DEUTSCH, *Allgemeines Haftungsrecht*... cit., p. 99 e ss.

⁸⁸³ Cf. BRANDÃO PROENÇA, *Direito das Obrigações – Relatório*... cit., p. 196.

⁸⁸⁴ Veja-se, ainda, VAZ SERRA, “Obrigação de indemnizar...”, ... cit., p. 36-38; MENEZES CORDEIRO, *Direito das Obrigações*..., cit., II, p. 370, distinguindo a valoração social do risco, presente na responsabilidade objectiva, da valoração legal que se entretoceria no tocante à sua congénere subjectiva; GOMES DA SILVA, *O dever de prestar*... cit., p. 233 e ss.

Em sentido diverso, cf. PEREIRA COELHO, “O nexó de causalidade...”, ... cit., p. 240, nota 1.

⁸⁸⁵ Cf. LARENZ, “Die Prinzipien der Schadenszurechnung. Ihr Zusammenspiel im modernen Schuldrecht”, *5. Juristische Schulung. Zeitschrift für Studium und Ausbildung*, 5. Jahrgang, Heft 10, 1965, p. 373 e ss. Cf., também, LARENZ/CANARIS, *Lehrbuch*... cit., II/2, p. 606.

No direito estrangeiro, v., uma vez mais, CHRISTOPHE QUÉZEL-AMBRUNAZ, *Essai sur la causalité*... cit, p. 215 e ss.; e, ainda, *inter alia*, CAPPECHI, *Il nesso di causalità*... cit., p. 8; KNAPPE, *Das Problem der überholenden* ... cit., p. 72 e ss. (que procura estabelecer critérios autónomos para os casos de dolo e culpa grave, culpa simples e responsabilidade objectiva); HERMANN LANGE/GOTTFRIED SCHIEMANN, *Handbuch des Schuldrechts*... cit., p. 95; TONY HONORÉ, “Necessary and sufficient conditions in tort law”, ... cit., p. 363 (“the causal inquiry takes a different form depending on whether fault or strict liability is in issue”) e 368 e ss.; HANS STOLL, “Adäquanz und normative Zurechnung bei der Gefährdungshaftung”, *Karlsruher Forum*, 25 Jahrgang, 1983, p. 184 e ss. Cf., também, HART e HONORÉ, *Causation in the law*... cit., p. 68 e ss. Em abono do rigor, pese embora os últimos autores partam de uma noção de causa própria do senso comum, sustentam, num segundo patamar indagaçional – *causation in law*, por oposição à *causation in fact* – que não é possível dissociar o juízo causal do fundamento da responsabilidade. Ademais, o critério de que parecem lançar mão baliza-se por uma ideia de anormalidade do comportamento no contexto de inserção dele.

Cf., ainda, BRECHT/MILLER, *The test of factual causation in negligence and strict liability cases*, 1961

Note-se que a especial atenção prestada ao nexó de causalidade no âmbito da responsabilidade pelo risco se fica a dever à ausência – naquela modalidade – de um comportamento ilícito e culposo, agigantando-se o relevo do nexó de causalidade, que, deste modo, se vê transformado num verdadeiro nexó de imputação, a fazer apelo a uma ideia de conexão de risco^{887 888}.

⁸⁸⁶ Mesmo os autores que, nesta matéria se mantêm arreigados a uma ponderação causalista assente na adequação, parecem admitir que as especificidades da responsabilidade objectiva não deixam incólumes o tratamento da problemática. Assim, no confronto entre a formulação positiva e a formulação negativa da causalidade adequada, a primazia seria dada à primeira.

⁸⁸⁷ A este ensejo, v. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile...* cit., p. 72 e ss. Questionando alguns aspectos da responsabilidade objectiva, o autor acaba por lidar com o problema da causalidade. E quanto a ele não deixa de, impressivamente, tocar dois pontos-chave da temática. Assim, começa por sublinhar uma aparente contradição de fundo, pois que aquela refere-se a uma situação objectiva ou a uma actividade, perdendo, assim, sentido a tentativa de recondução do dano verificado ao sujeito ou agente. Acrescenta, também, que mesmo que se ponha de lado esta objecção de fundo, sempre haverá outras arestas a limar. De facto, segundo o seu testemunho, se a responsabilidade objectiva exigir a verificação do nexó de causalidade nos mesmos termos que a responsabilidade subjectiva, tal significa que se está a valorizar um requisito que é supérfluo, limitando-se a repetir os resultados a que se chega com o mero recurso ao critério de imputação da responsabilidade (cf. p. 72). É que para o autor a culpa funciona como qualificação do nexó causal, pelo que, e porque na responsabilidade objectiva a única tarefa a operar passa por determinar se o dano se inscreve ou não numa determinada esfera, “non può porsi un problema di rapporto di causalità como struttura portante di un criterio di imputazione perché quest’ultimo si coglie altrimenti nella descrizione della fattispecie” (cf. p. 73).

⁸⁸⁸ Por um lado, ganha relevo a imputação objectiva; por outro lado, parece ficar afastada uma solução assente na pura conexão causal.

Curiosamente, e contra o que aqui fica dito, para outros pensadores, a responsabilidade objectiva transmutar-se-ia numa responsabilidade pela pura causalidade (cf., dando conta disso, FLORENCE G’SSELL-MACREZ, *Recherches...* cit., p. 381). Nesse sentido, cf. VENEZIAN, “Danno e risarcimento fuori dei contratti”, *Opere Giuridiche, I, Studi sulle obbligazioni*, Roma, 1918, p. 46. VENEZIAN contestava a ideia de IHERING, segundo o qual não poderia haver responsabilidade independentemente de culpa – cf. p. 85. Em debate, no início do século XX, estava a possibilidade de se optar ou não por uma imputação independentemente de culpa, e VENEZIAN parece não só defender a primeira alternativa como alicerçá-la numa pura ideia causalista, a que não será estranha a sua inserção na escola positivista. Na verdade, o autor entende que, orientando-se o ordenamento jurídico para a prevenção do dano e, no caso da sua ocorrência, para a reparação dele, não devemos guiar-nos, nesse propósito, pela vontade do agente lesante, até porque a modificação introduzida na esfera jurídica alheia nem sempre é voluntária. Para ele, cada um responde porque o dano emana da sua individualidade. Acresce que, se o dano é objectivo, traduzindo-se na lesão de facto de um direito de outrem, então deve ser reparado objectivamente – cf. p. 71, 106, 308.

Quanto ao ponto, veja-se também SEREF ERTAS, “Türkei”, XV, in CHRISTIAN VON BAR (hrsg), *Deliktrecht in Europa, Landesberichte: Dänemark, England, Frankreich, Griechenland, Italien, Jugoslawien, Niederlande, Norwegen, Österreich, Polen, Portugal, Schweden, Schweiz, Spanien, Türkei*, Carl Heymanns Verlag KG, Köln, Berlin, Bonn, München, 1994, p. 3. Considera o autor que na Turquia se fala de uma responsabilidade puramente causal, na qual se integram as hipóteses de responsabilidade pelas pessoas dependentes/auxiliares, responsabilidade pelos danos causados por animais, responsabilidade dos empregadores, do proprietário dos veículos automóveis e dos proprietários em geral. Segundo o testemunho de SEREF ERTAS, a responsabilidade sem culpa, surgida unicamente quando prevista na lei, é designada por *illiyet sorumlulugu* (*Kausalhaftung*). A questão, porém, que se coloca é a de saber se por detrás da designação, a fazer jus à doutrina veneziana, se encontra ou não um esquema imputacional vazado num puro juízo causal. Para tanto, importa acompanhar um pouco a exposição do autor relativa à responsabilidade dos empregadores (cf. p. 35). Nos termos do artigo 58º da Lei Obrigacional Turca, a responsabilidade do empregador é uma responsabilidade puramente causal porque não permite a prova da ausência de culpa. A justificação para esta responsabilidade prende-se com a consideração das vantagens que o empregador obtém, tornando aceitável que assumam os danos que com a sua actividade possam ser causados. Só que, a ser assim, encontramos o fundamento último desta hipótese

ressarcitória a permitir desvelar um núcleo de imputação do dano que ultrapassa a estrita causalidade. E essa parece ser a falha do autor citado. Veja-se, quanto ao ponto, JANE STAPLETON, “Evaluating Goldberg and Zipursky’s civil recourse theory”, *Fordham Law Review*, vol. 75, 2006, p. 1532 e ss., considerando que é possível sustentar uma responsabilidade assente na *strict liability*, desde que ela não se baseie na pura causalidade, responsável pela total indeterminação. O conceito chave, para a autora, é pois o de *incidence rule*, composta pelo elemento ou elementos de uma *cause of action* através dos quais nos tornamos conhecedores de quem pode demandar um sujeito e quais as pretensões que lhe pode dirigir. Em sentido divergente, cf. ERNEST WEINRIB, “Causation and wrongdoing”, *Chicago-Kent Law Review*, 1987, p. 407 e ss., aqui 419, reconhecendo que a limitação artificial da *strict liability* depõe no sentido da sua impossibilidade teórica.

Cf., ainda, CARLO CASTRONOVO, “Dagli ordinamenti nazionali al diritto uniforme europeo: la prospettiva italiana”, *Europa e diritto privato*, 2/1999, p. 445-478, aqui p. 462, nota 30; LODOVICO BARASSI, *Contributo alla teoria della responsabilità per fatto non proprio*, Torino, 1898, p. 66; ARTHUR RIPSTEIN, *Equality, Responsibility ... cit.*, p. 17 e ss., opondo a *causalist conception of responsibility* à *voluntarist conception of responsibility*. A primeira colocaria o acento tónico no que acontece, enquanto a segunda daria prioridade à intenção da pessoa e ao seu comportamento, olhando para os resultados como meramente arbitrários. Posições ecléticas são também viáveis, segundo o testemunho do autor, que nos alerta, ainda, para o facto de, qualquer que seja o espectro em que o jurista se posicione, elas não contenderem com aquilo que é devido por cada um relativamente aos restantes, pelo que não se podem reconciliar com a ideia de que tornar a pessoa responsável é, em si mesmo, exigido pelos termos de uma justa interacção pessoal (cf. p. 18). Note-se a correspondência entre as duas concepções de responsabilidade e as soluções político-ideológicas que procuram dar solução à fundamentação de um estado que se aparta do estado hobbesiano da natureza: 1) *voluntarist minimal state*, nos termos do qual a responsabilidade fica dependente da intencionalidade da acção, não resolvendo, por isso, segundo RIPSTEIN, de forma cabal o problema do justo que se coloca – cf. p. 31 – mas colhendo o agrado de uma visão liberal radical – cf. p. 30; 2) *causalist minimal state*, que, no seu enunciado minimalista, não deixa de fazer apelo à literatura liberal e convocar um entendimento causalista muito amplo, que procura tornar cada um responsável pelos resultados que as suas condutas causaram – cf. p. 32. Cf., ainda, na explicitação do estudo do autor, p. 35 e ss., onde, na assunção do fundamento causal, RIPSTEIN mostra que “although causation is plainly part of the story on responsibility, it is not the whole story”. É que, conforme explicita – assim recusando um posicionamento como o de VENEZIAN –, se a causalidade for transformada no critério de repartição dos danos, teremos de nos confrontar com a aporética percepção de que, mecanisticamente, quer o lesado, quer o lesante foram causa daquele dano. Mais concretamente, RIPSTEIN, colocando o enfoque na perspectiva liberal da responsabilidade, articulada com a passagem de um estado de natureza a um estado de legalidade, lida com a causalidade em termos de fundamentação, considerando, pois, que os critérios de resolução do problema causal com que tradicionalmente nos deparamos só podem ser mobilizados se já tivermos encontrado, *a priori*, uma forma de distinção entre o lesado e o lesante, já que, em termos científicos, a causalidade vem animada com a nota da reciprocidade entre ambos – cf. p. 38.

Acerca do ponto, não aceitando uma responsabilidade objectiva generalizada, cf. WRIGHT, “Causation in tort law”, ... cit., p. 1752 e ss.

Veja-se, ainda, para outras tentativas de edificação da responsabilidade em torno da causalidade, EPSTEIN, “A theory of strict liability”, ... cit., p. 151 e ss. Alicerçado numa visão individualista extrema, e absolutizando a liberdade humana, em homenagem à fidelidade que preconiza do pensamento de NOZICK, incompreendida pela predicação já referida, EPSTEIN opõe-se à intromissão de considerações de oportunidade social ao nível da responsabilidade civil e sustenta que a mesma deve, sob risco de manipulação do sistema pelo julgador, pela mobilização conceitos indeterminados, basear-se na mera causalidade. Sobre o ponto, veja-se, novamente, WRIGHT, “Causation in tort law”, ... cit., p. 1751, considerando que não somos conduzidos, pelo pensamento de EPSTEIN, a um sistema de *strict liability*, mas a um modelo de *absolute liability*. Segundo WRIGHT, a *strict liability* requer, para além da causalidade, que o dano resulte de uma conduta que tenha criado de forma previsível e inaceitável um risco de dano que podia ter sido evitado. A grande diferença entre esta e a *fault liability* é que, enquanto naquela o dano podia ter sido evitado, na segunda, devia ter sido evitado. A propósito da teoria da causalidade de EPSTEIN na qual o autor alicerça o seu modelo delitual, cf. NILS JANSEN, *Die Struktur des Haftungsrechts...* cit., p. 97, onde salienta que ela ocupa normativamente o papel que à culpa é reservado no sistema alemão. Ora, segundo JANSEN, a normatividade que informa o sistema edificado por EPSTEIN, a par da sua concepção causal, faz com que, a despeito do que o autor sustenta, sejam inequívocos os elementos atinentes à justiça distributiva no seio daquele – cf. p. 98.

Cf., também, BENJAMIM C. ZIPURSKY, “Philosophy of tort law: between the esoteric and the banal”, ... cit., p. 2, considerando que o que determina a falência ou o sucesso da doutrina de EPSTEIN é o facto de conseguir ou não tratar de muitos aspectos que de outro modo seriam vistos como uma concepção de culpa como um aspecto do requisito causal, e STEPHEN PERRY, “The impossibility of general strict liability”, *Journal of Product Liability*, 1989, p. 383 e ss., aqui 404-412.

Cf., também, BORIS STARCK, *Essai d'une théorie...* cit., p. 37, fundando a responsabilidade individual na violação de direitos pessoais (direito à segurança em oposição ao direito de agir com dano) e falando da protecção do lesado inocente, bem como de uma dimensão sancionatória (na medida em que a gravidade da *faute* influiria no *quantum* indemnizatório). Pese embora a nota de desvalor que avulta na posição do autor, a teoria da garantia por ele protagonizada é aproximada de uma teoria causal defendida por alguns, pelo peso dado ao resultado – cf. FLORENCE G'SELL-MACREZ, *Recherches...* cit., p. 364 e 414 (esclarece a autora que no direito francês, o movimento de objectivação da responsabilidade traz ao primeiro plano a *nuisance material*, deixando na sombra o acto delitual e o estado de espírito do agente, parecendo, então, fundar-se aquela no poder causal directo ou indirecto do agente, promovendo-se uma ideia de responsabilidade causal. Assim, e continuando a acompanhar o trabalho da autora, fala-nos de duas posições que reservam um largo papel para a causalidade: a teoria do risco e a teoria da garantia. A primeira exige que o dano se realize num contexto de risco, pressupondo um nexos entre o prejuízo e uma actividade arriscada. A lógica da garantia implica apenas a prova do dano e um nexos causal entre esse dano e o facto do lesante. Adianta, ainda, que a teoria do risco mobiliza dois tipos de nexos de causalidade: uma relação causal geral e probabilística que permite estabelecer o carácter arriscado de uma actividade e uma relação causal particular que une a actividade ao dano sofrido pela vítima dentro das circunstâncias – cf. 416. Contrariamente, a teoria da garantia fundamenta-se exclusivamente no efeito e pressupõe unicamente que o lesado é vítima de uma situação prejudicial que resulta do facto do lesante – cf. p. 417. Ambas convergem na noção de dano: se numa é o risco de dano que justifica a responsabilidade, na outra é o dano causado – cf. p. 418). No ordenamento jurídico francês, v., também, HENRI MAZEAUD/LÉON MAZEAUD/ANDRÉ TUNC, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile*, t. I, nº347, falando da teoria do risco integral, para identificar as doutrinas segundo as quais um simples facto causal pode ser suficiente para impor a responsabilidade; C. BEAUDEUX, *La causalité, fondement pour une théorie générale de la responsabilité civile*, Strasbourg, 2007, nº207, questionando a possibilidade de se fundar a responsabilidade civil na causalidade (em causa está uma tentativa de harmonização da responsabilidade com base na causalidade. Tendo em conta os regimes de limitação e exclusão da responsabilidade e o facto de o princípio da causalidade ser derogado em atenção às finalidades da responsabilidade, definir-se-ia uma nova fronteira entre a responsabilidade contratual e a responsabilidade extracontratual: a primeira contemplaria as situações em que as partes tenham derogado expressamente o princípio da causalidade. Por outro lado, seria a causalidade a permitir, ainda, a classificação dos diversos e variados fundos de indemnizações existentes) e, embora numa perspectiva de direito comparado, ANDRÉ TUNC, “Torts. Introduction”, *International Encyclopedia of Comparative Law*, XI, Chapter 1, 1974, p. 131 ss. e 177 e ss. (fala da queda do mito do princípio da culpa e considera que a causalidade pode ser suficiente como fundamento de imputação da responsabilidade pelos danos nas coisas ou em pessoas).

Entre nós, veja-se JOSÉ TAVARES, *Os princípios fundamentais do direito civil*, vol. I, Coimbra, 1922, p. 520 e ss., argumentando que o Código Civil (à época o Código de Seabra) consagra como regra um sistema de responsabilidade objectiva fundada no conceito de causalidade, porque o artigo 2361º não exige a culpa.

Negando uma ideia de responsabilidade objectiva assente na pura causalidade, cf. LUÍS MENEZES LEITÃO, “Acidentes de trabalho e responsabilidade civil. A natureza jurídica da reparação de danos emergentes de acidentes de trabalho e a distinção entre as responsabilidades obrigacional e delitual”, *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 48, 1988, p. 773 e ss. [em especial p. 804 e ss., falando das diversas concepções do risco e considerando que “o conceito de risco é, por si, insuficiente. Sendo toda a actividade susceptível de causar riscos, a responsabilidade tornar-se-ia um fenómeno puramente causal. Daí que para responsabilizar o agente só sejam tomados em consideração certos tipos de risco, variáveis de acordo com as diversas concepções da teoria: a) teoria do risco/*risque-profit*, traduzida no brocardo *ubi commodi, ibi incommodi*, nos termos da qual é justo que cada um assumira os riscos derivados das actividades de onde tira proveito, reconduzível ao pensamento de JOSSERAND – que se baseia no artigo 1384º do CC francês – e de SALEILLES – que se funda na interpretação objectiva da palavra *faute* do artigo 1382º; b) teoria do risco profissional; c) teoria do risco de autoridade. A estas poder-se-iam juntar outras, como a teoria do risco da empresa]; JOSÉ GABRIEL PINTO COELHO, *A responsabilidade civil baseada no conceito de culpa*, 1906, p. 94, considerando que a doutrina de VENEZIAN conduziria a consequências injustas e adiantando que “o próprio VENEZIAN não parece totalmente convencido com a sua teoria”, uma vez que “ele recua perante algumas consequências de facto, isto é, “chega a reconhecer que circunstâncias especiais e

particulares inerentes aos direitos lesados e ofendidos excluem por vezes a aplicação rígida da responsabilidade objectiva e exigem o elemento subjectivo da responsabilidade” (v., igualmente, p. 96, onde PINTO COELHO aduz que, em determinadas situações, aquele que causa o dano pode encontrar-se numa situação mais precária do que aquele que o sofre. Assim, se A escorrega e cai, partindo a cabeça e sujando com sangue o vestido de uma pessoa riquíssima, pode não ser justo impor uma obrigação de indemnização. Não cremos, porém, que o argumento do autor e sobretudo a racionalidade de tipo consequencialista que lhe subjaz possam proceder, sem embargo da bondade da crítica que dirige ao autor italiano); HART e HONORÉ, *Causation...* cit., p. 85-86 [como teremos oportunidade de evidenciar *infra* os autores resolvem o problema da *proximate cause* com apelo a dois critérios fundamentais: *voluntary intervention criterion* e *abnormal condition criterion*, donde redundam na consideração de que a responsabilidade objectiva seria não causal]; WRIGHT, “Causation in tort law”, ... cit., p. 1747; HONORÉ, “Causation in the law”, cit., onde o autor salienta que a responsabilidade não é imputada tendo em conta a causação do dano, o que é comprovado pelo facto de serem responsabilizadas pessoas pelos danos causados por terceiros, animais, objectos inanimados, mas sim pelo facto de se ter assumido um risco. Acrescenta, em contraponto, que a causalidade não é suficiente para impor aquela, porquanto sejam necessários outros requisitos para a procedência de uma pretensão indemnizatória; TRIMARCHI, *Rischio e responsabilità oggettiva*, ... cit., p. 14 (veja-se, aliás, na obra citada, p. 26, o depoimento do autor no sentido de considerar que entre a responsabilidade por culpa e a responsabilidade por pura causalidade há uma série de posições intermédias que podem ser sustentadas. Cf., ainda, p. 15. O autor aduz diversos argumentos contra a tese veneziana da imputação meramente causal. Entre eles salientem-se: a) não se percebe como o princípio da pura causalidade possa ser invocado para justificar o pleno ressarcimento da vítima, uma vez que esta, com o seu comportamento, é sempre concausa do dano; b) não fornece um critério seguro de imputação, porque cada facto danoso pode reconduzir-se a uma cadeia causal infinita; c) não justifica a necessidade de transferência do dano do lesado para o lesante em termos de utilidade social, configurando a argumentação de VENEZIAN, que invoca a importância de se apagar o dano, uma falácia, já que, com o ressarcimento, aquele efeito não se produz, operando-se uma mera transferência do prejuízo que continua presente para a sociedade; d) desembocaria em inúmeros problemas envolvendo a contratação de seguros de responsabilidade, contrariando a ideia de utilidade social; e) afigura-se inconsonante com o sistema de direito positivo. TRIMARCHI desenvolve as suas críticas em dois planos. Num primeiro nível, mostra-se céptico em relação a uma doutrina clássica de causalidade que aqui é importada para justificar, em absoluto, a imputação delitual. Num outro patamar de considerações, centra-se no fundamento da responsabilidade pelo risco, para concluir que a mesma há-de ser suportada por uma *ratio* materialmente densificada e não pelo recurso a um mero expediente aparentemente naturalista. Já o segundo grupo de críticas ataca directamente o cerne da problemática aqui em debate – o fundamento e projecção num modelo dogmático da ideia de responsabilidade pelo risco – para afirmar, sem hesitações, que numa perspectiva puramente causalista está, afinal, ausente, em última instância, aquela justificação. Identificando-nos, por isso, com o que aqui trouxemos a lume, não podemos, contudo, deixar de salientar o pendor tendencialmente utilitarista que transpira do pensamento do autor e contra o qual nos temos manifestado. Não se ignora, é certo, que as palavras que acompanhámos se referem à responsabilidade objectiva, onde uma ideia de justiça distributiva é chamada a actuar, nem cremos ser justo, numa visão alargada da obra de TRIMARCHI, dirigir-lhe a aspereza das críticas que nos motivam os radicais adeptos de uma análise económica do direito, sobretudo porque não podemos olvidar a sempre recorrente dicotomia entre a prescrição legislativa e a decisão judicativa); ERWIN DEUTSCH, “Gefährdungshaftung: Tatbestand und Schutzbereich”, *Juristische Schulung. Zeitschrift für Studium und Ausbildung*, 21. Jahrgang, Heft 5, 1981, p. 317-325, aqui 321, negando a *Kausalhaftung*; ID., *Allgemeines Haftungsrecht*, ... cit., p. 12, 55, e 87; RÜMELIN, *Die Gründe der Schadenszurechnung und die Stellung des deutschen bürgerlichen Gesetzbuchs zur objektiven Schadensersatzpflicht*, Mohr, Freiburg, 1896, p. 26, considerando que não se consegue, com a pura causalidade, estabelecer uma ponte para a responsabilidade; GERT BRÜGGEMEIER, *Haftungsrechts*: ... cit., p. 103 (considerando que uma pura responsabilidade causal ou uma responsabilidade absoluta não é realizável, nem desejável e apresentando a *Gefährdungshaftung* como um instituto híbrido entre a responsabilidade por negligência e a responsabilidade causal – *eine Hybridinstitut zwischen Fahrlässigkeits- und Kausalhaftung*); GOMES DA SILVA, *O dever de prestar...* cit., p. 128 (o autor considera que cada situação de responsabilidade objectiva tem o seu fundamento próprio – p. 146-147 – e critica todas as teorias que tentam fundá-la num critério exclusivamente objectivo e o encontram no simples nexa causal, por tal corresponder a um critério arbitrário); SIDÓNIO RITO, “Elementos da responsabilidade civil delitual”, ... cit., p. 83, criticando uma concepção de responsabilidade fundada na causalidade por ser uma teoria impossível de construir com equilíbrio, uma vez que se vai basear numa das mais dilemáticas ideias do direito; GUILHERME MOREIRA, «Estudo sobre a responsabilidade civil», ... cit., p. 547, p. 547, considerando que o direito não é uma lei de causalidade, mas de finalidade, e

realçando que a submissão ao determinismo viola os *dictames da justiça*; RUI DE ALARCÃO, *Direito das Obrigações...cit.*, p. 290 e ss.; MENEZES CORDEIRO, *Direito das Obrigações...cit.*, II, p. 410; VAZ SERRA, «Fundamento da responsabilidade civil (em especial responsabilidade por acidentes de viação terrestre e por intervenções lícitas)», *Boletim do Ministério da Justiça*, nº90, p. 17, apresentando uma tentativa de justificação do carácter excepcional da responsabilidade objectiva que, sendo inspirada nos mesmos dados problemáticos, não se esgota na questão enunciada em texto); JULES COLEMAN, “The morality of strict liability”, ... cit., p. 266 e ss. [o autor considera que a culpa envolve dois juízos: a) ela é falha no cumprimento de um standard de conduta razoável, contra o que se pode apresentar uma *justification*, para mostrar que a conduta duvidosa, afinal, cumpriu os deveres de cuidado; b) e, sendo uma falha, ela tem de ser imputável ao agente, podendo, contra tal, opor-se uma *excuse*, ou seja, negar-se a responsabilidade pela falha. Ora, segundo COLEMAN isto permite pôr a descoberto os dois sentidos da *strict liability*: a) aquela em que contra a responsabilidade não se pode aduzir uma *excuse*; b) aquela que se impõe por uma conduta que obedeça aos padrões de cuidado, por ser, afinal, uma responsabilidade pelo *justifiable risk-taking*. Por outro lado, COLEMAN apresenta limitações ao papel da culpa no quadro delitual, já que o lesante pode ter actuado com culpa, mas não ser responsável por existir *contributory negligence* por parte do lesado, ou por este ter assumido o risco, ou por a relação entre a culpa do primeiro e a lesão do segundo não ser suficientemente próxima para suportar a compensação. Elas teriam como consequência o facto de, mesmo ao nível da responsabilidade subjectiva, um sujeito poder ser chamado a suportar os custos dos acidentes relativamente aos quais não actuou culposamente – cf. p. 272. Paralelamente, na *strict liability*, o lesante pode vir apresentar elementos acerca da conduta da vítima que afastam a sua responsabilidade. Há assim, de acordo com o seu ensinamento, quatro sistemas de *liability*: 1) *fault system*; 2) *strict injurer liability with the defense of victim fault*; 3) *strict injurer liability with no defense of plaintiffs misconduct*; 4) *strict victim liability with no defense of injurer wrongfulness*; e aquele que se apresenta no ponto dois seria meramente o reverso de um. Ou seja, “substancialmente, as duas só se distinguem pela pessoa a quem inicialmente é imposta a responsabilidade” – cf. p. 274 – ou, e remontando ao início do artigo que agora acompanhamos, no caso da responsabilidade por culpa, partir-se-ia da regra formulada por HOLMES, segundo a qual o dano deve ser suportado por aquele que o sofre, excepto se houve uma razão suficientemente forte para que seja imputado ao lesante, e no caso da responsabilidade objectiva, assumir-se-ia a regra inversa, segundo a qual, na ausência de uma razão para deixar a vítima suportar o dano, ele deve ser suportado pelo lesante. Acrescenta, ainda, p. 275, que qualquer dos modelos envolve a transferência do dano para a parte que agiu culposamente, desde que haja culpa, pelo que a discrepância entre eles só é notória quando não se encontra um litigante culpado no caso concreto. Diferente seria, no entanto, a ponderação as hipóteses de *absolute liability*). Veja-se, ainda, p. 259 e ss., onde, indagando se ela é imoral ou pelo menos moralmente/eticamente menos valiosa do que a responsabilidade baseada na culpa, conclui negativamente. Não advogando a sua adopção de forma generalizada, o autor não deixa de sublinhar que, pelo *continuum* verificado entre os dois sistemas, pode haver situações em que ela se mostre preferível. Importante é notar, contudo, que COLEMAN não olha para a *strict liability* como um magma uniforme, encontrando, ao invés, formas de concretização dela diversas, num crescendo de objectividade, e que nem por isso a reduz a uma responsabilidade pela pura causalidade]; JULES COLEMAN e ARTHUR RIPSTEIN, “Mischief and Misfortune”, ... cit., p. 104 e ss. (dirigindo uma apurada crítica aos autores libertários que defendem a *strict liability* como regra, ancorada numa pura causalidade. Afirmam os autores, num entendimento não totalmente coincidente com o nosso, que, “se a causalidade é um bom ponto de partida, ela não nos leva muito longe, porque a causalidade está em todo o lado”, pelo que, em rigor, “lesante e lesado deverão sempre ser vistos como causas”. Ao que acrescentam que a tentativa de superação da aporia, pela distinção entre condição e causa, se revela igualmente falhada, tanto mais que ela implica o abandono do fisicismo, onde nunca existe uma só causa, passando-se a ficar, então, dependente do contexto de inquirição, e, portanto, sendo-se orientado pela *liability*); KOCH, *Die Sachhaftung, Beiträge zu einer Neuabgrenzung der sogenannten Gefährdungshaftung im System des Haftungsrecht*, Duncker Humblot 1992, p. 52 e ss. (evidenciando as dificuldades do retorno a uma ideia de responsabilidade causal); CASTRONOVO, *La nuova responsabilità... cit.*, p. 64 e ss. [mostrando-se crítico de uma ideia de responsabilidade assente na pura causalidade. Por um lado, o nexos de causalidade assim firmado, com a função de restringir a responsabilidade, tende ao infinito; por outro lado, à causalidade do sujeito responsável corresponde a causalidade do lesado e tal implicaria que só arbitrariamente se pudesse imputar a um dos dois o evento danoso. Para o autor, ademais, tal explicaria por que razão, em todos os sistemas, se conjuga a causalidade dita jurídica com a causalidade de facto e se considera que esta, sendo necessária, não é suficiente para operar a imputação (cf. p. 64). E, com incomensurável importância para o nosso tema, refere que tal explica, ainda, por que motivo, no âmbito da responsabilidade subjectiva, se acaba por ser conduzido a uma duplicação do critério ou se faz resvalar a causalidade para um papel instrumental na

Na verdade, e contra o que parecem ser as preocupações cimeiras dos autores, que se orientam essencialmente para o problema dos danos subsequentes, estamos em crer que a imputação objectiva reclamada pela falência da culpa e da ilicitude resulta também da necessidade de salvaguardar o sentido imputacional próprio da responsabilidade civil e sem a qual esta não é pensável. Ora, se assim é no plano da excepção, assim há-de ser no plano da regra, apesar de antevermos, *a priori*, dificuldades acrescidas na matéria pela inexistência de um nicho tipificado de actuação

atribuição de responsabilidade (*loc.cit*)]; CHRISTIAN VON BAR, *The Common European Law...* cit., p. 412, [considerando que o pressuposto não é suficiente para se imputar a responsabilidade, embora se afigure, em regra, necessário. O autor aflora, contudo, situações em que a causalidade não surge como critério essencial da responsabilidade (cf. nota 1, falando da *strict responsibility of parents and employers*)]; CHRISTOPHE QUÉZEL-AMBRUNAZ, *Essai sur la causalité...* cit., p. 618 e ss., em especial 620 e ss., (considerando os problemas suscitados pela responsabilidade mediata e sustentando que tem de existir aí um duplo nexos – entre o facto da causa mediata e o prejuízo e um nexos de autoridade entre o responsável e aquele *medium* –, sustenta que a ligação entre a actividade do responsável e o facto do *medium* não responde aos critérios do nexos de causalidade, sendo verdade que podemos responder por um dano que não causamos, pelo que é preferível designar tal nexos como *lien de rattachement, de dépendance, d'imputation* ou de *surveillance*).

Sistematizando o que fica inscrito nesta longa nota, podemos dizer que VENEZIAN pretendeu transformar a responsabilidade num puro sistema assente na causalidade, justificando esta a oneração do património do lesante. No fundo, ela emerge como elemento suficiente da responsabilidade civil que assim se via convertida numa pura responsabilidade pelo resultado e num modelo absolutamente objectivo. Opondo-se a ele, encontram-se todos os que sustentam que a culpa deve suportar o mundo delitual e a meio caminho situam-se os que, admitindo casos de responsabilidade objectiva, prescrutam para ela um fundamento diverso da pura causação do dano.

Como podemos constatar são dois os níveis dialógicos aqui abordados. Se a entrada em cena do pensamento veneziano nos insta a problematizar o fundamento da responsabilidade, outro é o patamar discursivo que suscitou estas longas notas. Na verdade, não se trata aí de saber se o modelo delitual há-de ser (ou não) edificado sob a égide da culpa ou de questionar se a presença de casos de responsabilidade pelo risco equivale à assunção de uma responsabilidade puramente causal, mas de indagar em que medida a causalidade apresenta contornos diversos nas duas modalidades delituais (ou mais concretamente, em que medida a não presença da culpa e da ilicitude na responsabilidade objectiva impõe uma outra via de caracterização da causalidade). A distância entre uma questão e outra pode ser captada na fórmula que indica ser o pressuposto um requisito necessário mas não suficiente. Dito de outro modo, enquanto para VENEZIAN, e outros que com ele partilham a perspectiva, só a simples causação serve para imputar a alguém a obrigação de indemnizar, para a maioria dos autores há outra ou outras razões a sustentar a transferência do dano para o lesante, sendo, no entanto, imprescindível, pelos motivos atrás apontados, que a causalidade seja firmada. A cisão apresentada pelos autores que citámos em texto não implica, portanto, o suporte estritamente causal para a responsabilidade pelo risco.

Ora, tudo isto nos importa, por termos a nítida consciência de passar por aqui um dos nódulos centrais da nossa dissertação. Na verdade, se dúvidas não há quanto à excepcionalidade da responsabilidade objectiva e se se aceita como pressuposto dialógico a existência de um pilar fundacional que vá além da mera causalidade, outro tanto será dito a propósito dos contornos com que deve ser pensada a categoria. É que, mesmo não negando a necessidade de reconduzir o dano à esfera de actuação do sujeito, cremos ter bons argumentos para sustentar que tal recondução opera em termos de imputação e não em termos causais.

Mais se diga que o que afirmamos em texto não pode ser compreendido adequadamente se lido sincopadamente. Ou seja, a posição de pensadores com que ilustramos o que queremos dizer (vg. RICOEUR) não impediria que a causalidade fosse chamada à liça, não enquanto fundamento, mas enquanto critério e requisito. É, por isso, necessário continuar a acompanhar as nossas palavras. São posteriores considerações que nos levam a concluir que a dita causalidade deve ser vista como verdadeira imputação. Sobre o ponto, veja-se, *in fine*, FLORENCE G'SELL-MACREZ, *Recherches...* cit., p. 365, sublinhando que importa não confundir a justificação da responsabilidade e o seu regime.

Neste ensejo, cf., igualmente, GUSTAV RÜMELIN, “Culpahaftung und Causalhaftung”, *Archiv für die civilistische Praxis*, 88, Heft 2/3, 1898, p. 285 e ss.

susceptível de desencadear a pretensão ressarcitória. Não nos esqueçamos que, tal como sublinhado, os autores costumam afirmar que o plano imputacional fica solucionado em termos subjectivos pela presença da culpa no juízo decisório. cremos, porém, que não tem merecimento a posição, exactamente porque é o sentido imputacional próprio da responsabilidade, sem o qual ela é pensável, que deve cobrir todos os requisitos delituais⁸⁸⁹. Do mesmo modo, defende-se tradicionalmente que a causalidade fundamentadora da responsabilidade é, no quadro da responsabilidade subjectiva, dispensável, na medida em que a sua missão seria cumprida pela culpa. Ora, como já aforámos anteriormente e reforçaremos posteriormente, esta não é suficiente para dar resposta aos problemas que tradicionalmente a causalidade vem solucionar (sequer no plano da determinação do real autor da lesão).

Somos, assim, instados a calcorrear comprometidamente o verdadeiro sentido da causalidade, já que a intencionalidade que informa a responsabilidade civil não pode ser derramada sincopadamente, como se cumprisse o seu desiderato com a simples presença de um elemento eticamente cunhado.

Metodologicamente sabemos que tal não é sustentável. E sabemos-lo porque, na interpretação dos diversos arrimos legais, doutrinários e jurisprudenciais, eles são duplamente transcendidos, na remissão para o caso que os convocam e para os princípios em que se louvam.

Ora, o que assim fica dito, mais do que um preciosismo teórico, comporta implicações práticas de não pequena monta. A liberdade, cuja escalpelização deixámos suspensa *supra*, volta a entrar em cena numa dupla vertente: por um lado, reclamando, como pólo fundamentador da responsabilidade, que fique de todo arredado do campo da imputação uma nota, por mínima que seja, de fatalidade; matizando, por outro turno, o funcionamento concreto do critério doutrinariamente erigido para cumprir a função das notas positivas da personalidade.

E se assim é, então, fica ferida de morte uma visão naturalista pura da causalidade.

Não somos nós que o dizemos, mas aqueles que, debruçando-se sobre o sentido do agir humano, o apartaram do reino da natureza para o alocarem no plano da

⁸⁸⁹ *Infra*, justificaremos, argumentativamente, o ponto.

finalidade⁸⁹⁰. É que, a partir do momento em que se percebe que o agir humano não está submetido às mesmas regras da ocorrência dos fenómenos na natureza, parece não fazer sentido que a conduta do homem seja valorada com base nos juízos causais que caracterizam a última.

Devemos a KANT a distinção clara entre dois tipos de causalidade – a causalidade natural e a causalidade livre^{891 892 893}. Com ela não nos afastamos de

⁸⁹⁰ Com isto não tomamos posição acerca da querela que tem dividido os arautos da ilicitude da conduta e os sequazes da doutrina da ilicitude do resultado, considerando, ademais, que a defesa – ainda que não caleidoscópica – da segunda é consentânea com o que em texto surge plasmado.

⁸⁹¹ Já antes de KANT, PUFENDORF operara a cisão entre os *entia physica* (neutros, correspondentes ao mundo da causalidade) e os *entia moralia* (correspondentes à dimensão ética e à liberdade do agir humano). Cf. SAMUEL PUFENDORF, *De iure naturae et gentium*, tradução de BARBEYRAC – *Le droit de la nature et des gens*, tome I, Basle, 1732, p. 3 e ss.

⁸⁹² Cf. IMMANUEL KANT, *Crítica da Razão Pura*, Fundação Caloust Gulbenkian, Lisboa, 1985, tradução de MANUELA PINTO DOS SANTOS e ALEXANDRE FRADIQUE MORUJÃO, p. 406-408. Dando conta do pensamento de KANT e da influência que o mesmo exerceu na explicitação do sentido da imputação em que se colima o conceito de responsabilidade ao nível jurídico, cf. PAUL RICOEUR, “O conceito de responsabilidade...”, ... cit., p. 42-43 [Acerca do conceito de responsabilidade, tal-qualmente vai pensado por RICOEUR, veja-se ainda a divergência entre o seu pensamento e o de VILLEY, o primeiro parecendo ancorar a noção no modernismo e o segundo encontrando assento histórico para a mesma em tempos mais recuados – cf. VILLEY, « Esquisse historique sur le mot responsable », *Archives de Philosophie du droit*, nº22, *La responsabilité*, Editions Sirey, Paris, 1977, p.45-58]

Cf. ARTHUR KAUFMANN, *Filosofia do Direito...* cit., p. 363. Afirma o autor que KANT distingue duas formas de considerar a causalidade: “como inteligível quanto à sua acção, como coisa em si, e como sensível pelos seus efeitos, enquanto fenómeno do mundo sensível. Referindo-se à primeira perspectiva, KANT fala de causalidade pela liberdade (*Kausalität durch Freiheit*)”.

Dito de outro modo, o homem, pela sua racionalidade e liberdade, não está sujeito às leis causais, mas é capaz de uma sobredeterminação causal (cf. NICOLAI HARTMANN, *Ethik*, 1949, p. 621 e ss., *apud* KAUFMANN, *Filosofia...* cit., p. 363), o que quer dizer que “não é a abolição de toda a determinação que caracteriza a vontade ética, mas precisamente um excesso de determinação. As leis causais admitem esse excesso, pois elas não estão de antemão estabelecidas em vista dum objectivo final, decorrendo com indiferença, e, precisamente por isso, são manejáveis por quem compreenda as suas regularidades. Não há qualquer lei que estabeleça que, para além das determinantes causais, não possam ainda intervir outras determinantes: a lei da causalidade apenas diz que os processos causais não são possíveis se houver uma insuficiência de determinação”. (cf. *op. cit.*, *loc. cit.*)

Ou seja, e voltando ao cerne da questão que nos anima, importa salientar que a referência ao mundo da liberdade não obsta à consideração dos efeitos no sentido da compreensão causal.

Simplemente, se quisermos ser consequentes, a fundamentação da responsabilidade civil na liberdade humana – entendida como autonomia – faz com que as suas notas predicativas se refractem nos diversos requisitos que erigem, em concreto, a obrigação de indemnizar, pelo que há-de ser à luz daquela impositação não determinista que a causalidade tem de ser compreendida no âmbito jurídico.

Sobre o ponto, cf., ainda, REIS MARQUES, *Introdução ao Direito*, ...cit., p. 12. Lê-se, aí, insinuantemente, que “a regra de direito, como produto da vida social, é gerada no mundo da liberdade humana. O direito refere-se a acções humanas, organiza comportamentos e institui modelos de acção, que, no entanto, nem sempre são observados. Ao invés do que sucede no sistema natural, o direito oferece modelos variáveis, não reproduz de forma automática, efeitos constantes”.

⁸⁹³ Cf., a este propósito, no seio da doutrina civilística pátria, CARNEIRO DA FRADA, *Direito civil. Responsabilidade civil...* cit., p. 101. Partindo da consideração da causalidade assente num modelo físico-naturalístico, portador de “uma base determinística que coloca dificuldades na resolução de muitos problemas actuais da responsabilidade civil”, CARNEIRO DA FRADA alerta para o carácter não monolítico do pensamento: “(...) não é o único entendimento possível. Assim, cabe falar-se de uma outra causalidade que se propõe interpretar a interacção humana, penetrando no sentido específico da opção de agir dos sujeitos e tomando por base a racionalidade prática das suas decisões. Esta causalidade da liberdade e, com ela, da autonomia (e dignidade) da pessoa é, a nosso ver, o fundamento mais profundo da

imediatamente da plausibilidade de convocação do sentido tradicional da causalidade. Pois o que a herança kantiana nos lega é sobretudo a ideia de que o sujeito, ao contrário do objecto, porque livre, é capaz de dar início a uma série de fenómenos, a desenrolar-se, eles próprios, segundo as leis que a regem^{894 895 896 897}.

necessidade de reconhecimento da responsabilidade pela confiança”. Veja-se, ainda, CARNEIRO DA FRADA, *Teoria da Confiança...* cit., p. 626 e 622-623 e 628 (o autor entende que há duas perspectivas para encarar a causalidade: a) uma que separa a causalidade naturalística, que tem como paradigma a regularidade dos acontecimentos da natureza à qual é espúria a vontade do lesante, da causalidade normativa que, não alterando aquela realidade de base, introduz ponderações jurídico normativas; b) uma outra segundo a qual a causalidade naturalística seria afastada pela necessidade de valorar a conduta humana, de acordo com outro tipo de racionalidade). V., igualmente, CARNEIRO DA FRADA, *Teoria da Confiança...* cit., p. 622, nota 664, falando de duas correntes do pensamento na explicação do agir humano: “a galileica, preocupada com busca de leis gerais que possam explicar e tornar prognosticáveis certos eventos (aqui os comportamentos humanos), e a aristotélica, que sublinha antes o carácter finalístico da acção humana e que as ciências humanas se devem preocupar por encontrar explicações teleológicas”.

Sobre o ponto, veja-se, também, ALFONSO DE COSSIO, “La causalidad en la responsabilidad civil: estudio del derecho español”, ... cit., p. 545 [distingue aí o autor a causalidade humana da causalidade natural como dois conceitos perfeitamente diferenciados, atribuindo-se à primeira um valor moral e à segunda um puro sentido físico. E partindo da dicotomia traçada, considera que “es la causalidad moral y no la causalidad física la que determina el nacimiento de la responsabilidad, en cuanto hace posible la imputación a una persona de un determinado resultado”, embora saliente que ela estabelece uma relação sinérgica com a causalidade física, porquanto seja através desta que o homem produz fenomenicamente as diversas modificações que fazem entrar em cena o problema jurídico. Saliente-se, *in fine*, que o insigne jurista acaba por fazer entroncar num dever de actuação em respeito pelos semelhantes a fonte da imputação ressarcitória, redundando a sua lição numa aproximação entre a dita causalidade e a culpa. Segundo o seu testemunho, a sequência causal deve ser levada mais ou menos longe consoante o grau de culpa apurado – cf. p. 546]; KARL LARENZ, “Tatzurechnung und Unterbrechung des Kausalzusammenhanges”, ... cit., p. 1009 e ss. [considera o autor que o problema da causalidade natural é diverso do problema ao nível da causalidade humana, porque o que entra aqui em jogo é o exercício de uma vontade livre. Sustenta por isso que a causalidade adequada deve ser vista do ponto de vista de uma teoria do nexo de causalidade juridicamente relevante e não como uma doutrina da imputação objectiva de consequências de facto. Esta cisão permite ao pensamento tradicional salvaguardar situações como aquelas em que há interferência de um terceiro na sequência causal desencadeada pelo comportamento do lesante. Simplesmente, como a própria expressão “interrupção do nexo de causalidade” anuncia, não são devidamente relevadas as exigências de sentido da personalidade a implicar um entendimento imputacional que nos afaste dos termos causais. O ponto só será devidamente esclarecido *infra*, restando-nos agora evidenciar o modo como os juristas lidam com a dicotomia]; GOTTWALD, *Schadenzurechnung und Schadensschätzung* ... cit., p. 92 e ss.; ID., “Kausalität und Zurechnung – Probleme und Entwicklungstendenzen des Haftungsrecht”, ... cit., p. 4 e ss.

⁸⁹⁴ Cf. PAUL RICOEUR, “O conceito de responsabilidade...”, ... cit., p. 42.

Tornando evidente a diversa intencionalidade com que em KANT recebemos a distinção entre as leis da causalidade e as leis da liberdade, numa análise imersa na teoria do direito, cf., também, CALOS ALARCÓN CABRERA, *Causalidad y normatividad*, Ed. Mad, Sevilha, 2001 (em especial cap. IV).

Para um aprofundamento da relação entre liberdade e causalidade no pensamento kantiano, *vide*, igualmente, BERTRAM KIENZLE, “Una concepción kantiana de la causalidad a partir de la libertad”, *Seminário da Escuela de Derecho de La Universidad Di Tella el 24 de marzo de 1997*, 1998: “se te dejas determinar por una ley práctica actúas por autodeterminación. Por eso una acción que deriva de ella es un instancia de causalidad a partir de la libertad. Llama emos a esa instancia *uno acto causal de libertad*” (p. 17). Sustenta o autor, na interpretação do pensamento kantiano, que em causa estão, na predicação da liberdade humana, leis práticas e não deterministas. A causalidade a partir da liberdade implica que o sujeito actue, representando determinadas leis práticas pelas quais se rege, pese embora, na escalpelização do pensamento do filósofo, KIENZLE sustente que o mesmo se passa quando, ao abrigo da liberdade negativa, o sujeito se deixa determinar pelos seus estímulos sensoriais. Importante, no realce que ali se dá, é a ideia de que a causalidade livre se liga indubitavelmente a uma ideia de representação da acção na consciência do sujeito.

Para no discurso o enfoque na capacidade do agente e concomitantemente na nota de imputabilidade, a identificar-se com a liberdade⁸⁹⁸. E ficam por resolver os nódulos problemáticos que animam o tema que nos propusemos tratar. Dando mais uma vez voz a RICOEUR, pela impressividade das suas palavras, ousamos questionar: “até

⁸⁹⁵ Veja-se, ainda, para uma compreensão mais ampla da problemática ao nível metodológico, que não conflui necessariamente no tratamento dogmático do problema da causalidade, a referência ao pensamento de STAMMLER e subsequente crítica que lhe dirige CASTANHEIRA NEVES, *Questão-de-facto...* cit., p. 427 e ss. Integrando o autor no neo-kantismo lógico de Marburgo, o filósofo do direito português salienta que a visão gnoseológica do primeiro, a repartir o mundo em dois hemisférios radicalmente distintos (mundo da percepção e o mundo da vontade), o conduziu à assunção de dois modelos de pensamento também diversos e dois princípios fundamentantes de factos, a apontar para a cisão entre “os factos naturais ou da causalidade e os factos sociais ou das posições teleológicas. Assim, nas questões sociais os factos serão necessariamente posições-de-fim, posto que é exclusivamente sob o ponto de vista de uma consideração de fim que importam as realidades da vida humana social-jurídica” (cf. p. 428).

Só que, como bem salienta CASTANHEIRA NEVES, não se trata, ao nível da realização da juridicidade, de um “momento especial dessa teleologia o fim proposto, relativo e incondicional, como unicamente é entendido o fim no pensamento de Ihering, mas o conteúdo objectivamente valioso do valor reconhecido” (cf. p. 430). No fundo, o autor insta-nos, lembrando-nos que “porque é valor impõe-se como fim, possa embora o sujeito não lhe obedecer”, a considerar a *teleologia axiológica*. Se na tecitura argumentativa em que se insere CASTANHEIRA NEVES pode tal não ser bastante, posto o que continua longamente as suas lucubrações na tentativa de perceber o critério metodológico de distinção entre a questão de facto e a questão de direito, para nós, que nos situamos preferencialmente num pensamento de primeiro grau, mostra-se o apontamento fundamental para compreendermos *avant la lettre* a impertinência da prisão à mera consideração teleológica da categoria em apreço.

⁸⁹⁶ Veja-se, a este propósito, a lição de HEGEL, *Princípios da Filosofia do Direito*, 1820 (formato digital disponível em <http://pt.scribd.com/doc/7157801/Principios-Da-Filosofia-Do-Direito-Hegel> e <http://www.ufsm.br/gpforma/1senafe/biblioteca/Principiosda.pdf>), § 117 (a vontade surge como condição para a consideração de uma consequência como pertencente ao sujeito); § 118 (“a acção, quando transformada numa existência exterior, que se desenvolve segundo uma conexão entre todas as partes em necessidade exterior, tem múltiplas consequências. As consequências (...) pertencem à acção, mas esta enquanto finalidade posta no exterior, é abandonada às forças exteriores que a unem a algo completamente diferente do que ela é para si e a arrastam para consequências estranhas”).

Cf., igualmente, § 115 (“A finitude da vontade subjectiva na conduta consiste imediatamente no fato de ela supor, para que seja efectiva, um objecto exterior diversamente condicionado. O acto introduz uma alteração nesta existência dada, e a vontade é responsável por aquilo que a realidade alterada contém do predicado abstracto de ser minha. Qualquer dado, qualquer estado produzido constituem uma realidade exterior concreta que implica, por conseguinte, uma inumerável quantidade de circunstâncias. Todo o elemento isolado que se apresenta como condição, origem ou causa de uma dessas circunstâncias e que contribui portanto com algo que lhe é próprio pode ser considerado como responsável ou, pelo menos, como tendo a sua parte de responsabilidade. A inteligência formal em presença de uma realidade complexa (a Revolução Francesa, por exemplo) tem a escolher entre um número indefinível de circunstâncias às quais poderá imputar a responsabilidade do acontecimento”); § 116 (“Não é, sem dúvida, por um acto meu que coisas de que eu seja proprietário e que como exteriores se acham em diversas relações e acções recíprocas causam dano a alguém (e isto também pode acontecer a mim como ser corpóreo ou ser vivente). Todavia, tal dano é-me imputável de algum modo porque as coisas que são absolutamente minhas também estão, de acordo com a sua própria natureza, mais ou menos submetidas à minha soberania e à minha vigilância”).

⁸⁹⁷ Refira-se que o apelo a uma ideia de causalidade não surge no horizonte discursivo de modo inexorável. Cf., a este propósito, A. M. HONORÉ, “Causation and remoteness of damage”, ... cit., p.2. Falando dos critérios de delimitação do dano compensável, o autor fala dos critérios de tempo e espaço (de que é exemplo a situação em que o dano indemnizável é aquele que ocorre num certo local como o trabalho do lesado) e dos critérios orientados pela causa do dano. Nestes, o dano seria indemnizável quando causado pela conduta do lesante ou pelo acto ou estado de uma pessoa, animal ou coisa pela qual aquele é responsável. Nessa medida, e segundo o que testemunha o jurista, a conduta é tida como *defined event*.

⁸⁹⁸ Cf. o que se diz *infra*, em nota, sobre Kelsen.

onde se poderá estender, no espaço e no tempo, a responsabilidade pelos nossos actos?”⁸⁹⁹ ⁹⁰⁰

A resposta a esta interrogação há-de, *ab initio*, ficar condicionada por dois dados específicos. Desde logo, em domínios paralelos, constata-se a improcedência de um conceito determinista de causalidade, que assim terá de ficar arredado do nosso horizonte de referência⁹⁰².

⁸⁹⁹ Cf., ainda, PAUL RICOEUR, “O conceito de responsabilidade...”, ... cit., p. 56 – “A cadeia dos efeitos empíricos dos nossos actos é, como observava Kant, virtualmente infinita”.

⁹⁰⁰ Cf. PAUL RICOEUR, “O conceito de responsabilidade...”, ... cit., p. 55.

Saliente-se que, apesar do instante apelo ao artigo do autor, não nos revemos plenamente nos seus ensinamentos. Paradigmático disso é o que o autor aduz na página 53, ao restringir a responsabilidade pelo outro – fundamento de uma eventual responsabilidade no sentido imputacional do termo – a situações jurídicas bem delimitadas no código napoleónico, parecendo, assim, abdicar do fundamento personalista que nos anima e que se irá desvelando à medida da nossa exposição.

⁹⁰¹ RICOEUR, depois da enunciação genérica da problemática, vai pormenorizando-a: 1) dificuldade de identificação do autor ou autores dos efeitos prejudiciais; 2) dificuldade de delimitação temporal e espacial da responsabilidade susceptível de ser assumida; 3) casos de inexistência de uma relação de reciprocidade entre os autores dos prejuízos e as suas vítimas (cf. PAUL RICOEUR, “O conceito de responsabilidade...”, ... cit., p. 56).

Sublinhe-se que, sem embargo da importância que as preocupações do autor possam ter no âmbito da nossa temática, elas extravasam-na em certa medida, relacionando-se também com a problemática da antecipação dos danos e da imputação do risco de danos futuros. Algo muito próximo, portanto, ao que dogmaticamente é sugerido pelo direito ambiental e pela preocupação com a sobrevivência do planeta para as gerações futuras. Di-lo abertamente RICOEUR, quando fala de uma “orientação deliberadamente prospectiva, em função da qual a ideia de prevenção dos prejuízos futuros se juntaria à de reparação dos danos cometidos” (cf. *op. cit., loc. cit.*). Sobre o ponto, que ultrapassa claramente o nosso domínio temático, cf., *inter alia*, numa perspectiva filosoficamente densificada, para além da paradigmática obra de HANS JONAS, VISSER’T HOOFT, “Développement technologique et responsabilité envers les générations futures”, *Archives de philosophie du droit*, tome 36, 1991, p. 31 a 47.

Tudo isto a convocar como referente de inteligibilidade a questão das finalidades que presidem à imposição de uma obrigação ressarcitória. Ulteriormente, referir-nos-emos novamente, e de modo incidental, à questão dos danos futuros, encarando-a, contudo, numa perspectiva diversa. Num outro momento, também teremos oportunidade de dialogar com HANS JONAS.

⁹⁰² Durante o período da Filosofia Clássica, o problema da causalidade confundia-se com o problema do Ser, reconduzível à questão da verdade em geral. Para maiores desenvolvimentos acerca do modo como os autores filiados neste período histórico olham para o tema, cf. ANDRÉ SOPAS BANDEIRA, *O nexa de causalidade em responsabilidade civil. Perspectivas actuais*, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 1987/88, p. 1 a 17 (que em certos pontos acompanhamos de perto neste excursus filosoficamente comprometido).

Com a passagem do mito à filosofia, surge a indagação causal, na medida em que surge a busca do fundamento explicativo para a realidade circundante. As primeiras respostas ensaiadas encontram tal fundamento em causas materiais, a água, o ar, passando aquela a ser entendida em termos formais com os Pitagóricos, pela descoberta dos números e da identificação deles com a essência das coisas. E no período pré-socrático, a deambulação sobre o conceito de causa acabaria por alternar entre a negação da causalidade (PARMÉNIDES entendia que não há transformações na realidade, constituindo as que são constatáveis mera aparência) e a defesa de uma causalidade eficiente e formal (HERACLITO), passando por formulações ecléticas que pretenderam o sincretismo entre os dois extremos.

A preocupação socrática com a virtude, inclinação natural do ser humano que ele deve cultivar, une a causa – entendida então em termos formais – com a ética.

O retorno à anterior impostação do problema, quebrada com SÓCRATES, seria viabilizado com PLATÃO. Diante da impossibilidade de conciliar o pressuposto da imutabilidade do Ser com a inviabilidade de conhecimento das coisas, pela mutabilidade constante que as caracteriza, PLATÃO opera a cisão entre dois mundos: o mundo sensível e o mundo inteligível. As Ideias, caracterizadas pela sua imutabilidade, são

vistas como causas eficientes que, não apagando a existência de causas materiais, funcionam como causas por excelência, relegando para uma dimensão secundária as segundas.

Dever-se-ia a ARISTÓTELES e à sua filosofia um contributo prestimoso a propósito da causalidade. É a ele que devemos a quadripartição das causas: causa material (aquilo que constitui uma coisa); causa formal (a forma que ela reveste); causa eficiente (o que permite a transformação da potência em acto); causa final (aquilo para que algo se move). A compreensão destas quatro causas permitiria o conhecimento do mundo. Todo o evento tem uma causa e a descoberta dela permite perceber por que razão as coisas são de uma maneira e não de outra. ARISTÓTELES abre a porta ao determinismo estrito. A causalidade aparece como um princípio universal explicativo. “Opondo-se à tradição dos antigos físicos que reduziam, afinal, o conceito de causa a um conceito material, Aristóteles preocupava-se antes de tudo com os fenómenos da mutação e do movimento. Enquanto os físicos antigos, na linha das mais antigas cosmogonias, se preocupavam em determinar aquilo que permanecia para além do nascimento da corrupção dos seres, um conceito estático, Aristóteles elabora (...) um conceito de movimento. Pode-se dizer que é, justamente, com Aristóteles, que o problema da causa se eleva a problema central da metafísica.” (cf. ANDRÉ SOPAS BANDEIRA, *O nexa de causalidade em responsabilidade civil...* cit., p. 10. Veja-se, ainda, quanto ao ponto, FLORENCE G’SSELL-MACREZ, *Recherches...* cit., p. 28 e ss. Note-se que a autora refere, a páginas 32 e ss., que “é nos estoicos que os filósofos situam a origem da noção moderna de causa”, sendo necessário distinguir três ideias principais: a) a diferença entre causa e razão pela qual aquela é causa do efeito produzido. Por exemplo, “o arsénico é a causa da morte em razão da ingestão de tal substância mortífera para a vítima. Distingue-se entre o arsénico, que é a coisa, a causa, e a razão pela qual tal coisa é a causa, isto é, a ingestão, sendo certo que a razão que faz da coisa uma causa deve apresentar a característica de uma actividade; b) admissão da existência de outras razões para além da acção causal, como por exemplo o carácter humano da vítima, para além do princípio activo do arsénico; c) causa principal. Ademais, fala-se de dois tipos de causas: causa antecedente ou causa externa e causa interna, o que conduz à negação da ideia segundo a qual é causa o que produz sempre o mesmo efeito, sem que se possa concluir, não obstante, que “o efeito é indeterminado, porque poder-se-ia, partindo das causas antecedentes e das coisas que podem sofrer os efeitos, determinar um inventário dos efeitos possíveis”). Durante a Idade Média, a assunção determinista da causalidade arrasta consigo problemas em face do pensamento teológico: problemas referentes à criação do mundo e diante da pressuposição da onipotência divina. Pois se todas as coisas que acontecem têm uma causa na própria natureza, parece que Deus fica afastado da possibilidade de intervir no mundo.

Paradoxalmente, ou talvez não, é o mesmo tipo de pensamento determinista e causal que vai servir de lastro de explicitação das provas da existência da Entidade Divina. Assim com SÃO TOMÁS DE AQUINO. Parte da ideia de que as coisas no mundo são separáveis e actuam umas sobre as outras, bem como da concepção de movimento como a passagem da potência ao acto. A causalidade é assumida como o modo da modificação do mundo e a chave do nosso conhecimento sobre ele. E é com base nela que o teólogo vai apresentar uma das provas da existência de Deus.

Prova da existência de Deus essa que seria posta em causa por GUILHERME OCCAM. O pensador duvida da possibilidade de retrocesso de causas e da ideia de que há uma conexão necessária entre causa e efeito tal como ela vinha sendo pensada.

Mas o problema da causalidade haveria de receber um novo enfoque no período moderno, vertendo-se em princípio de inteligibilidade. A dúvida metódica cartesiana faz apelo à causalidade para cumprir o seu desiderato, uma causalidade pensada em termos aristotélicos, sem a qual não se sairia do estado de aporia. A causalidade, instrumentalmente necessária para entendermos o que acontece no mundo, torna-se problemática com DESCARTES sobretudo a propósito das nossas ideias sobre ele. Ou seja, a grande missão do filósofo é perceber como são criadas – causadas – as nossas ideias e como garantir a sua adequação à verdade do que ocorre na realidade.

Mas, ainda que a perspectiva mude, a caracterização da causalidade continua a dar-se em moldes clássicos, numa tradição que seria continuada por SPINOZA e LEIBNIZ. Simplesmente, passa a ser invocada para justificar as nossas ideias acerca do mundo, numa atitude que se extremaria com o último autor invocado para quem não há nenhuma causalidade entre as coisas (cf., a este propósito, embora num quadro problemático distinto, GÉRARD COURTOIS, «Innocence et responsabilité selon Spinoza», *Archives de Philosophie du droit*, nº22, *La responsabilité*, Editions Sirey, Paris, 1977, p.97-111).

Não se patenteia, porém, nenhuma crise da causalidade que só iria ser enfrentada com o pensamento de HUME (cf. FLORENCE G’SSELL-MACREZ, *Recherches...* cit., p. 39 e ss., mostrando que para HUME a noção de causa é obscura, pelo que reserva o termo empregue para as situações em que se denote uma contiguidade entre causa e efeito no tempo, a anterioridade temporal da primeira em relação à segunda e uma conexão necessária: “resulta da experiência de uma conjunção constante – o carácter invariável da sequência causal constitui o indício fundamental da relação de causalidade, inferindo-se que a mesma

causa tem sempre o mesmo efeito e que o mesmo efeito tem sempre a mesma causa. Para o autor, é a percepção do mundo exterior que nos permite identificar uma relação causal, sendo o espírito humano que tira uma ligação “necessária da justaposição regular dos fenómenos”, o que leva muitas vezes a confundir o necessário com o habitual, sem que haja uma resposta simples para a questão de saber como se transita da regularidade para a necessidade). Na linha do empirismo de LOCKE, mas superando-a, HUME entende que a causalidade é uma criação da mente humana, que estabelece conexões entre ideias que formula. Nega portanto a existência de uma causa eficiente ou a conexão necessária entre causa e efeito. Separa-se de LEIBNIZ, contudo, pelo pendor idealista que caracteriza este último.

KANT recuperaria a afirmação de que cada evento tem uma causa. Afasta-se da mera ilusão dos sentidos e, com a sua revolução copernicana e o seu idealismo transcendental, converte a causalidade numa “estrutura do entendimento, sem a qual não seria possível ao sujeito elaborar qualquer proposição válida de conhecimento” (cf. ANDRÉ SOPAS BANDEIRA, *O nexó de causalidade em responsabilidade civil...* cit., p. 20) [Segundo nos diz FLORENCE G’SSELL-MACREZ, *Recherches...* cit., p. 43: “o idealismo kantiano responde ao cepticismo de Hume, ao integrar a causalidade na teoria do conhecimento. A causalidade é uma categoria *a priori* do entendimento, que traduz as condições de possibilidade do conhecimento. Nesta medida, permite pensar a relação dos fenómenos que se sucedem no tempo. Uma vez válido, o princípio da causalidade supõe que o efeito segue necessariamente a causa e que a causa é suficiente para a produzir”. Ora, este determinismo – cf. p. 44 (em abordagem de um problema que à frente trataremos, em diálogo com a dicotomia, a esse propósito, traçada pelo autor germânico) – “faz aparecer um problema metafísico essencial: como, num universo submetido ao princípio da causalidade, podem os homens actuar livremente e ser responsáveis pelos seus actos? Como combinar a causalidade necessária, que rege o mundo natural, com a aptidão dos homens para gerar efeitos no mundo?”].

“A partir daqui, a causalidade é balizada por duas grandes posições: a causalidade ou é uma realidade física, existente na ordem dos acontecimentos objectivos, ou é uma realidade do sujeito, um arquétipo do entendimento humano, adequado ao fenómeno subjectivo ou cultural da explicação dos fenómenos” (cf. ANDRÉ SOPAS BANDEIRA, *O nexó de causalidade em responsabilidade civil...* cit., p. 22).

Ao transformar a causalidade numa categoria *a priori*, KANT inova profundamente em termos de teoria do conhecimento, mas não no modo como a causalidade é pensada. Continua a haver uma referência à sequência causa-efeito.

O grande contributo do autor foi, portanto, o de cindir o agir humano da pura causalidade natural.

Se no campo da razão teórica, a questão da causalidade surge problemática, no tocante à razão prática, ela é uma verdade absoluta, no sentido em que cada homem é a causa das suas próprias acções, sendo, por isso, responsável por elas.

Viabiliza-se a nossa questão hodierna: se a actuação humana não está presa ao determinismo por que razão devemos introduzir uma nota causal quando tentamos, com apelo a um fundamento ético que informa a juridicidade, valorá-la?

Mas os pensadores haveriam de ficar presos a um esquema sequencialista causa-efeito. Paradigmático disso é o pensamento de STUART MILL, arreigado à física estritamente determinista de NEWTON, a que muitos juristas haveriam de se prender até hoje.

São os ecos do optimismo científico do século XIX que ainda se fazem sentir, não sem antes terem passado pela revolução científica do século XX.

Cf. ANDRÉ SOPAS BANDEIRA, *O nexó de causalidade em responsabilidade civil...* cit., p. 26 – “Foi necessária a passagem da Física à Física Quântica, quando Max Planck descobriu que um átomo radiante emite radiações descontínuas e que a radiação (a emissão de energia do átomo) é um fenómeno estatístico, para que as leis passassem de causais a probabilísticas”.

A universalidade e o determinismo dão lugar a validade estatística e à probabilidade. É, aliás, esta que vem sendo reclamada em termos juridicamente cunhados. Sem que isso nos satisfaça.

Por um lado, é a *conditio sine qua non*, de que a doutrina probabilística parte e é assumida como um correctivo, a basear-se numa visão determinista do mundo, já superada no próprio campo das ciências ditas exactas [Acerca dessa superação, cf. IAN CALLINAM, “Legal rules governing the requirement of causation in tort law”, *Causation in Law and Medicine...* cit., p. 125-137, aqui 125, onde se colhem referências às chamadas teorias do caos, segundo as quais, nem sempre as acções normais produzem consequências previsíveis].

Por outro, é a interpretação que se faz da própria probabilidade a apontar muitas vezes para o mecanicismo e a obnubilamento do sentido especificamente predicativo da ideia de imputação de que aqui se cura. Cf. ANDRÉ SOPAS BANDEIRA, *O nexó de causalidade em responsabilidade civil...* cit., p. 37 – “A prognose póstuma é ainda um recurso directo às leis da causalidade, sendo inútil referir a condição abstracta da situação (...). Visto que a situação anterior não existe já na realidade e o que fazemos é repetir formalmente (ou até materialmente em relação a algumas variáveis) todas as variáveis da situação

Por outro lado, com a mobilização do sentido ético informador da juridicidade, fica também comprometida uma imposição causal que se traduza na simples ligação *a posteriori* de um dado resultado ao comportamento do lesante⁹⁰³. Explicitemos este ponto charneira. Vista sob o prisma da negatividade, a liberdade permite aduzir que o sujeito pode fazer o que quiser desde que não contenda com a esfera jurídica alheia. Nessa medida, ele seria responsável pelo resultado negativo da sua conduta, sendo plausível um olhar causalista, embora não determinista, para captar a concatenação requerida entre os termos a unir. Porém, a partir do momento em que a predicamos positivamente, a liberdade implica que, em cada tomada de posição, o sujeito decida com base na pressuposição da pessoalidade do outro – e do próprio eu – com que se confronta. Pelo que, ao fazê-lo, está a exercitar a sua liberdade no diálogo dialéctico com a sua própria responsabilidade: a responsabilidade de fazer ou não fazer consoante o que, em concreto, seja requerido pelo sentido último da eticidade que conforma a sua

anterior (...) o juízo de idoneidade não se diferencia de modo especial da determinação da causalidade no sentido clássico”.

Sobre a questão de saber se a própria causalidade física existe ou se ela deve, à boa maneira kantiana, ser entendida como uma estrutura do pensamento, cf., *inter alia*, JANE STAPLETON, “Scientific and Legal Approaches to Causation”, *Causation in Law and Medicine...* cit., p. 14 e ss.

Para outras reflexões acerca da passagem de uma causalidade mecanicista a uma causalidade probabilística, sob impulso das descobertas da física quântica, vide JORGE PIMENTEL CINTRA, *Ciência e Milagres...* cit., p. 30 e ss. e a nota que sobre o tópico introduzimos *supra*.

⁹⁰³ Importa, a este tempo, fazer um breve excuro pelo que vai conhecido na doutrina como causalidade humana. Sobre o ponto, no quadro da doutrina civilística, cf. RANIERO BORDON, *Il nesso di causalità...* cit., p. 75. A doutrina da causalidade humana parte do princípio de que esta, onde ela bebe a designação, apresenta características especiais, em virtude do facto de o homem ser dotado de consciência e vontade, tendo estas particularidades um peso decisivo na relação que se estabelece entre ele e o mundo exterior. O homem pode antecipar os efeitos que derivam de uma determinada causa; e pode inserir-se no processo causal através da sua vontade. Há, portanto, uma esfera de senhorio do ser humano. Só os resultados que se integram nesta esfera podem ser considerados causados pelo homem, porque só estes podiam ser por ele evitados. Sendo dominados pelo homem, o resultado é-lhe imputável. Os outros efeitos, que não podem ser controlados pelo homem porque estão fora do seu raio de acção, não são obra sua.

A doutrina, protagonizada no âmbito do direito penal por ANTOLISEI (vide RANIERO BORDON, *op. cit., loc. cit.* Cf. do autor primeiramente citado *Il rapporto di causalità nel diritto penale*, Padova, 1934), acaba por evidenciar um pouco o cerne do que há-de ser o sentido imputacional com que procuramos contaminar a categoria causal. Só que, bem vistas as coisas, não responde de modo suficientemente seguro ao problema que aflige o jurista confrontado com estas temáticas. Continuemos a acompanhar BORDON, quando afirma que “o problema é o de estabelecer quais são os efeitos que se integram na esfera de senhorio do ser humano, e quais os que, ao invés, não lhe podem ser atribuídos”, para logo em seguida explicitar que “faz integrar nos efeitos pelos quais responde mesmo as consequências atípicas ou anormais, que não seriam consideradas segundo a causalidade adequada”, até porque “os efeitos anormais ou atípicos podem ser previstos e prevenidos”. Ora, ao solucionar o problema por esta via, a teoria em questão acaba por se aproximar sobremaneira da temática da culpa. Cremos, por isso, e como veremos, a despeito do mérito do reconhecimento das idiossincrasias do agir humano, com que contamina a indagação, não ser bastante a solução aqui patenteada. Ademais, a esfera de domínio ou senhorio de que se fala há-de ser balizada e preenchida por critérios outros que não a mera previsibilidade. É essa, aliás, a nossa missão ao longo da dissertação. Adiante-se, desde já, que a falha aqui denotada passa pelo modo como é compreendida a liberdade humana – entroncada exclusivamente nas capacidades cognitivas e volitivas do indivíduo –, a esquecer a dimensão axiológica da conduta que necessariamente pressuporá a intersubjectividade e a responsabilidade.

conduta. A responsabilidade civil – no sentido da *liability* de que nos fala HART – deve, pois, ser pensada como o espelho refractário daquela responsabilidade primeira⁹⁰⁴. É por isso que ela se colima na ilicitude. Simplesmente, quando esta nos é comunicada pela nota do desvalor do resultado, há que, em concreto, procurar critérios que a sustentem por referência ao agente. Critérios esses que podem não se bastar com a culpa⁹⁰⁵.

⁹⁰⁴ Cf., novamente, PAUL RICOEUR, “O conceito de responsabilidade...”, ... cit., p. 43-44. “A ideia de retribuição da falta desalojou a de atribuição da acção ao seu agente. A ideia puramente jurídica de responsabilidade, entendida como obrigação de reparar o dano ou de sofrer a pena, pode ser considerada como o resultado conceptual deste desalojamento. Restam duas obrigações: a de fazer, que a infracção viola, e a de reparar ou de sofrer a pena. A responsabilidade jurídica procede assim do cruzamento destas duas obrigações, a primeira justificando a segunda, a segunda sancionando a primeira”.

A chamada à colação do testemunho do autor permite-nos sublinhar aquilo que caracteriza o modo como olhamos para o problema da ligação entre a responsabilidade e a liberdade. Na verdade, não se trata aqui – como tradicionalmente vinha pensado – da obrigação de não fazer diante de um direito merecedor de tutela *erga omnes*, mas da obrigação de actuar no respeito pela personalidade do outro, único e irrepetível, pelo que se assume, solidaristicamente, um compromisso positivo de *facere* ou *non facere*.

A subtil diferença acaba por ser sublinhada pelo autor no momento em que, denunciando a inflação do conceito moral de responsabilidade, prevê como efeito dela no campo jurídico “um deslocamento para montante da própria responsabilidade jurídica, recuando para além da acção e dos seus efeitos nocivos, em direcção dos procedimentos requeridos de precaução e de prudência susceptíveis de prevenir o dano” (cf. p. 53).

Bem vistas as coisas, a ideia de *prudência preventiva* de que nos fala RICOEUR não configura um prognóstico especulativo do pensador, mas corresponde, outrossim, a um sentido particular da juridicidade que, na óptica da personalidade, permite desvelar o princípio da precaução e torná-lo actuante. E, pese embora a diferença que a separa do núcleo da responsabilidade-imputação à luz da qual se interpreta o instituto da responsabilidade, não podemos deixar de ter em conta a penetração que ela tem na dogmática estrita daquele. Basta pensar, por exemplo, na questão relativa à obrigação geral de segurança. Sobre o ponto, cf. PINTO MONTEIRO/CASSIANO SANTOS/PEDRO MAIA, *Relatório sobre a implementação da directiva comunitária sobre a segurança geral dos produtos em Portugal e a sua transposição para o ordenamento jurídico interno*, http://europa.eu.int/comm/dgs/health_consumer/library/surveys/13_14_en.pdf.

Saliente-se, *in fine*, em abono da verdade, que nem sempre a precaução a que se alude colhe uma leitura personalista, pelo menos tal como ela é pensada.

Chame-se, perfunctoriamente, e a título ilustrativo à colação o pensamento de HANS JONAS, *Das Prinzip Verantwortung: Versuch einer Ethik für die technologische Zivilisation*, Verlag, Frankfurt am Main, 1979 (versão traduzida: *The imperative of responsibility: in search of an ethics for the technological age*, University Chicago Press, London, 1984, p. 6 e ss., 14 e ss.)

⁹⁰⁵ A culpa, ao cancelar a conduta do agente, introduz um limite à responsabilidade e permite eivá-la com uma coloração ética e axiológica de que não podemos abdicar. Contudo, não é possível, tal como foi pretendido por alguns autores, delimitar o círculo de danos indemnizáveis apenas com apelo a ela.

Relembrando algumas das notas que se sedimentaram no capítulo precedente, dir-se-á que ela se tem de referir – quando exigida para desencadear a responsabilidade – ao acto ilícito do agente. É este que tem de ser culposo. Mas já não em relação aos danos subsequentes. Estes não têm de ser intencionais, sequer previsíveis. Como afirma RICOEUR, “muitos efeitos dos nossos projectos em relação ao curso das coisas escapam assim ao controlo da interacção expressa e entrelaçam-se com a necessidade exterior. Daí o dilema moral: por um lado, querer-se-ia poder não imputar ao agente senão as sequências da intenção que traz a marca do fim que é a sua alma. (...) Por outro lado, os efeitos *meus* não esgotam a consequencialidade da acção: devido à conexão dos efeitos pretendidos com a necessidade externa, a acção tem consequências das quais podemos dizer que escapam à circunscrição da intenção”.

Desenha-se, assim, a tensão que envolve o tema da nossa dissertação.

De um lado o agente e, olhando para ele e para o sentido da responsabilidade que se lhe impõe, a tendência de restrição do âmbito desta aos danos previsíveis, sem que tal se confunda com danos intencionais, dado ser sancionável – ao nível da responsabilidade civil – a mera actuação negligente.

Do outro lado a vítima e a consciência exacta da interpolação de elementos naturais que geram um efeito alargado que não permite confinar a obrigação ressarcitória ao plano do intencionado ou do previsível.

Tudo isto a querer dizer, afinal, que a causalidade se transmuta em verdadeira imputação^{906 907}.

A ideia de probabilidade chamada a depor pelos defensores da doutrina da causalidade adequada tentou ser o fiel da balança entre os dois pólos da tensão desvelada. Sem que, aos nossos olhos, o tivesse conseguido fazer, pelos motivos explicitados. Que agora relembramos, de jeito tópico: insuficiência criteriológica diante de situações evidadas de uma complexidade acrescida, co-envolvendo diversas autorias ou formas de surgimento desta; imprestabilidade para dar resposta ao primeiro vector salientado quando se cinja à pura objectividade; incapacidade para assimilar o segundo termo quando – na introdução correctiva de elementos de subjectivação – acaba por se aproximar paulatinamente da previsibilidade; insuficiência, finalmente, para justificar a não reflexividade dos danos a reparar.

Sobre o ponto, cf. LARENZ/CANARIS, *Lehrbuch...* cit., II/2, p. 351 e ss. Consideram os autores que a culpa, traduzindo-se num juízo de censura do ordenamento, não é suficiente para impor a responsabilidade. Ela é uma categoria significativa, mas não constitui uma base suficiente para aquela, tendo de ser necessariamente complementada, em obediência àqueles que foram os ensinamentos de IHERING, pela *Rechtswidrigkeit*. Acrescentando que a culpa não só fundamenta a responsabilidade (*haftungsbegründende Funktion*), como a limita (*haftungsbegrenzende Funktion*), adiantam que ela só tem de se referir à violação dos bens jurídicos e não aos danos e ao curso causal, pelo que diz apenas respeito ao desencadeamento e não à causalidade preenchedora da responsabilidade (cf. p. 353).

À frente, teremos oportunidade de desenvolver algumas destas ideias. Para já importa tecer alguns comentários adicionais. Em primeiro lugar, a cisão a que LARENZ e CANARIS se referem, embora contendendo com aspectos particulares da problemática causal, envolve a própria estrutura delitual consagrada no BGB. Em segundo lugar, a insusceptibilidade de se reduzir a solução em matéria de causalidade à afirmação do juízo culpabilístico não fica apenas dependente da falta referência da culpa aos danos subsequentes. Simplesmente, a lograda compreensão do tópico será remetida para um momento dialógico posterior, por só aí termos acesso a todos os dados que garantam a plena inteligibilidade da crítica.

⁹⁰⁶ A imputação surge, pois, aos olhos do jurista como uma categoria normativa.

O dado, que não é novo, importa que sejam levados a cabo alguns esclarecimentos. Em primeiro lugar, a imputação passa a ser vista num sentido dual: subjectivo e objectivo. Em segundo lugar, pese embora a normativização que aqui tem lugar, estamos longe do pensamento normativista de raiz positivista. Na verdade, relembrando KELSEN (cf. *Teoria Pura do Direito*, 4ª edição, Arsénio Amado, Coimbra, tradução de Baptista Machado, 1976), somos confrontados com a afirmação de que a “imputação designa uma relação normativa” [cf. a este propósito RICOEUR, “O conceito de responsabilidade...”, ... cit., p. 43, nota 1, onde também surge citado KELSEN, em diálogo com KANT]. Trata-se, aí, de um sentido de imputação que apela mais à dimensão subjectiva do que àqueloutra de que agora curamos. Contudo, o nosso propósito nesta nota não é o de escarpelizar o pensamento do autor a esse ensejo, mas sim o de traçar a linha de fronteira entre aquilo que por ele é comunicado e o que resulta da filiação jurisprudencialista com assento axiológico em que nos estribamos.

Para maiores desenvolvimentos acerca do modo como KELSEN olha para os problemas relativos à causalidade e imputação, cf., do autor, “Causalidad e imputacion”, *Boletim Mexicano de Derecho Comparado. Estudios en memoria de Hans Kelsen*, ano VII, nº19, 1974, p. 207 a 232.

Na linha do normativismo por si encabeçado, KELSEN estabelece a diferença entre um princípio de causalidade, operante ao nível das ciências da natureza, e um outro que, ligando igualmente dois pólos, permite perceber a conexão firmada por uma proposição jurídica. Com isto o autor recusa o carácter dedutivo que, sendo a decorrência imediata de uma visão metafísica do mundo, estaria implícito na adesão a um direito natural. Na verdade, segundo a explicitação de HANS KELSEN, da mesma maneira que os acontecimentos na natureza sucedem deterministicamente como expressão da vontade de Deus, também – segundo aquela impostação da juridicidade – as normas positivas seriam vistas como uma necessária assunção daquele direito pressuposto. Donde, no cumprimento da vontade teológica, a sanção seria uma decorrência necessária – e nessa medida tão causal como qualquer efeito natural – do comportamento humano.

Só que para o autor – sendo apenas admissível uma teoria positivista do direito – tem que ser “enfaticamente mantida a distinção entre as leis da natureza e as proposições da ciência do direito” (cf. p. 208).

Ora, reduzido desta feita o direito à normatividade, a norma, em que aquele se esgota, vem prescrever, proscriver ou impor um determinado comportamento. O “delito é ligado à sanção através da cópula de deve ser” (cf. p. 209-210) e é a esta conexão que KELSEN dá o nome de imputação (*Zurechnung*).

Note-se que o autor lança mão do conceito num sentido diverso daquele com que nos temos ocupado. Estabelecendo a ponte com a ideia de responsabilidade, a imputação no quadro do seu pensamento – eivado pelo normativismo a que já fizemos referência – vem significar que a “sanção é imputada ao delito e não causada pelo delito” (cf. p. 210).

Torna-se, pois, translúcido o caminho percorrido pelo jurista filósofo. Se o que está em causa não é uma mera dedução teológico-naturalista, então a ideia da responsabilidade tem de necessariamente estar ligada à de imputação e não à de causalidade. Acontece que aí se situa ele no plano normativo puro, não se quedando, até ao momento, com os requisitos desenhados para que aquela mesma sanção possa ser, em concreto, aplicada (cf., para a devida diferença, percebida pelo autor, KELSEN, “Causalidad...”, ... cit., p. 231).

Ou seja, é a norma – assumida na sua auto-suficiência – que é problematizada, questionando-se qual a natureza do nexa que se entretece entre a hipótese e a estatuição que a compõem. E nesse sentido, tanto mais que o autor nega a existência do direito natural, excluindo um eventual determinismo naturalista, o vínculo aludido não pode deixar de ser normativo. Não há, de facto, uma relação de necessidade, mas um juízo de valor pré-determinado.

Ora, o que nós questionamos – e mesmo deixando, por ora, de lado a questão de saber se aquela ligação é imposta pelo legislador ou bebe um qualquer fundamento transpositivo – é, no cotejo imprescindível com o caso concreto, qual a concatenação exigida – e que natureza a informa – entre uma dada conduta humana e um dano sobrevindo, a partir do que se desencadeia, não silogisticamente, a reacção do ordenamento jurídico.

Naturalmente que, porque a juridicidade implica a formulação de um juízo de valor, o desencadear da reacção prevista para um determinado comportamento desvalioso – a redundar na ideia de responsabilidade – não pode ser senão normativo. Como diz KELSEN, o problema não é – a este nível – o de saber quem cometeu certos actos, mas outrossim o de saber quem é responsável por eles. Há uma clara nota de imputação que resulta incontornável (cf. p. 216).

Se ficarmos presos a uma visão positivista estrita, atida à ideia de que o direito se cumpre no direito previsto no acervo normativo, aquela imputação resumir-se-á ao momento da prescrição legislativa, tudo se passando como se a realidade concreta, onde emerge um determinado caso, fosse um mero facto desencadeador da *applicatio* da norma. [Note-se que, em KELSEN, a aplicação do direito vem pensada como uma concretização gradualmente progressiva do direito e uma criação hierárquica. Da mesma forma que a legislação aplica a Constituição, a decisão judicial aplica a primeira e com isso cria uma norma concreta].

Se, porém, encararmos a norma como um problema a ser mobilizado e interpretado no confronto analógico com o problema encerrado no caso *sub iudice* chegaremos à conclusão, metodologicamente fundada, de que a *imputatio* se há-de discernir também no plano da decisão judicativa. Donde, afinal, somos conduzidos, no afastamento do normativismo, à conclusão segundo a qual a *causalidade*, enquanto requisito de uma pretensão indemnizatória, não só não pode ser vista como uma mera questão factual, como haverá de redundar numa forma de imputação.

Com todos os problemas que daqui resultam. Pois que – no afunilamento daquilo que pode ser tido como um dos nódulos centrais da problematidade que o jurídico encerra – teremos que, necessariamente, descortinar uma forma de articulação entre o normativo e o real, já que este é a base sobre a qual aquele entretece o seu juízo.

Anuncie-se, pois, que chegará o momento em que, não só em nome da não alienação da realidade, como em obediência a uma nota de comutatividade, urgirá clarificar o modo de solução concreta do problema até já visto como causal.

Com o que se clarifica, agora em moldes mais densos do que aqueles que tinham ficado inscritos, a necessidade sentida ao longo dos tempos pelos diversos autores de salvaguardar o arrimo causal. Na verdade, é ele que permite – agora em ligação com a teleologia primária da responsabilidade civil – garantir que esta não resvala para uma finalidade puramente sancionatória, mas se queda, primacialmente, na reparação de um dano efectivamente causado e efectivamente sofrido.

O que sustentamos é que isso não nos deve condenar a uma fisicização do jurídico, sequer a uma concepção do instituto delitual civil como um mecanismo de contabilização de danos.

Sobre a imprestabilidade da noção de causalidade para cumprir o desiderato imputacional, cf. ainda KELSEN, “Causalidade...”, ... cit., p. 224. Na verdade, entrando em diálogo com PLANCK e questionando o sentido do princípio ainda que no plano das ciências exactas, fruto das descobertas no âmbito da física quântica, KELSEN interpreta-o como um princípio heurístico ou um postulado epistemológico. Ora, assim sendo, percebe-se cabalmente que a sua transposição *in totu* do plano natural para o plano normativo não permite fundar o juízo sobre a conduta do agente. Com efeito, não se quedando a realização judicativo-decisória do direito numa mera subsunção a pressupor a elaboração de duas premissas – a maior,

identificada com a norma; a menor, reconduzida ao mero facto –, o problema que se abraça não se pode resumir a uma mera constatação e comprovação da realidade controvertida, mas implicará, outrossim, que se derrame sobre a factualidade concreta um olhar juridicamente cunhado, até porque ela está *ab initio* imbuída pelas notas predicativas dessa intencionalidade que a contamina. Donde, uma vez mais, se confirma que o juízo dito causal é afinal um juízo imputacional. E donde nos apercebemos – também não inovadoramente neste nosso caminho dialógico – que, afinal, o tema em análise vai esbater na dificuldade comunicada a todo o direito. É claro que os autores que abraçam a causalidade adequada têm o cuidado de sustentar que se opera uma juridificação do conceito naturalista e que ele só é importado para o domínio jurídico na medida em que seja comprovadamente tido como útil. Porém, assumido em termos de probabilidade, já vimos que ou redonda numa subjectivação ou é aceite em termos meramente estatísticos e, nesse sentido, é desvalioso para a missão que cumpre. Aliás, a ideia probabilística é, hodiernamente, uma ideia causal própria das ciências exactas (cf. KELSEN, “Causalidad...”, ... cit., p. 229)

Numa dimensão ética e filosoficamente cunhada, dir-se-á também que a causalidade não colhe louvor por um outro motivo. Se continuarmos a acompanhar os ensinamentos de KELSEN sobre a matéria, somos confrontados com novos dados, já sublinhados no nosso discurso textual.

Efectivamente, se a responsabilidade civil, enquanto instituto jurídico, tem como fundamento último a liberdade da pessoa humana, dela incidível, então, embora não haja uma necessidade lógica – de tipo apodíctico – entre aquele e a projecção do mesmo ao nível dogmático, os diversos requisitos de emergência de uma pretensão indemnizatória procedente devem ser matizados com a intencionalidade primária a que se acede. Também aí se revelará imprescindível a escalpelização da teleo(nomo)logia da responsabilidade delitual. Tudo isto a querer dizer, de antemão, que, se a liberdade de vontade for um conceito inconciliável com o dado causal, a possibilidade teórica de esta ser chamada à colação para resolver um dos pontos particulares da imputação extracontratual se revela, afinal, inviável.

É neste ponto que KELSEN fornece dados importantes acerca do estado do debate na matéria. A páginas 229, são colocados face a face determinismo e indeterminismo. Aceite uma das perspectivas, a liberdade torna-se inconciliável com a causalidade ou aquela deve ser vista como uma excepção desta. Simplesmente é possível dualizar a visão derramada sobre a realidade, colocando, de um lado, o mundo natural com a sua causalidade determinista e, do outro, o mundo da actuação livre do ser humano, a preencher o espectro das ciências sociais. Ou, ainda que se abraça uma ideia determinista, diz o autor que podemos supor que a sua conduta não está exceptuada da causalidade sem que se exija a isenção da sanção para o agente. Denota-se, aqui, que o ponto de partida do discurso kelsiano é diverso daquele que nos tem orientado. Sobre isso, veja-se o que dissemos no início e meio desta já longa nota.

Ainda sobre o pensamento de KELSEN, cf. do autor *A justiça e o direito natural*, tradução e prefácio de JOÃO BAPTISTA MACHADO, Almedina, Coimbra, 2001. O autor, negando abertamente o direito positivo, vem colocar o problema da validade de uma norma positiva – a que reduz a juridicidade –, para afirmar que o fundamento daquela se encontra numa *norma fundamental*, “cuja validade objectiva é pressuposta sempre que o dever-ser que constitui o sentido subjectivo de quaisquer actos é legitimado como sentido objectivo de tais actos. (...) Consideramos um determinado tratamento de um indivíduo por parte do outro como justo quando este tratamento corresponde a uma norma por nós havida como justa. A questão de saber por que é que nós consideramos esta norma como justa conduz, em último termo, a uma norma fundamental por nós pressuposta que constitui o valor da justiça” (cf. p. 51). Cabendo à ciência “analisar as normas que os homens efectivamente considerem como válidas quando valorem algo como justo”, acaba por negar uma ordem valorativa pressuposta e redundar na afirmação de que “há muitos ideais de justiça diferentes uns dos outros e contraditórios entre si (...)”, pelo que só é “lícito conferir uma validade relativa aos valores de justiça constituídos através desses ideais” (cf. p. 53).

Dicotomizando o conceito de direito do conceito de justiça, erige o último como referente de sindicância da validade do primeiro, para, logo em seguida, esclarecer que existem diversas formas de pensar a relação entretecida entre ambos. Assim: 1) para alguns pensadores, o direito positivo só é válido se justo, isto é, “a validade da norma de justiça é o fundamento da validade do direito positivo”; 2) para outros, situados nos antípodas destes e cultores do positivismo jurídico, o direito positivo é independente de qualquer pressuposição do justo (cf. p. 99). A segunda posição é, para KELSEN, a única compatível com o relativismo axiológico, isto é, com a ideia da inexistência de um “absoluto em geral e de valores absolutos em particular”, pelo que “uma teoria jurídica positivista não reconhece o fundamento de validade de uma ordem jurídica positiva em qualquer das muitas normas de justiça (...) mas numa norma fundamental hipotética por força da qual nos devemos conduzir e por força da qual devemos tratar os homens tal como for conforme a uma primeira constituição histórica”.

Ora, se como o autor reconhece, a “natureza é um conjunto de factos que estão ligados uns aos outros segundo o princípio da causalidade, isto é, como causa e efeito (...)” e “de um ser não pode concluir-se

um dever ser” [cf. p. 103], então parece não fazer sentido – para quem como nós recusa a recondução da realização do direito para o momento da prescrição normativa – basear a imputação num esquema causal, porque ele, verdadeiramente, nada nos transmite sobre a valia do comportamento do agente. Enquanto pressuposto da responsabilização desta, a causalidade tem de ser entendida à luz da intencionalidade predicativa da juridicidade, pelo que, ainda que cumprindo a função de operar a ponte com o dado real, deve ser inteligida à luz do dever ser. Voltamos a frisar que essa parece ser, aliás, a preocupação cimeira dos autores quando arquitectam uma determinada concepção probabilística daquela que, quedando-se na adequação, lhes permitiria a simbiose entre os dois dados dialogantes. Acontece que, como ficou já implícito e oportunamente explicitaremos, somos confrontados com duas quase aporias. Pois, ou ficamos presos a uma noção estatística pura e como tal inconsonante com a racionalidade que mobilizamos, ou preenchemos a categoria com notas materialmente densificadas, o que, não obstante se frustrarem as críticas primeiramente postas em marcha, continua – pela proximidade com a culpa em que resvala – a não satisfazer a função de ligação ao ser. Aliás, em bom rigor, esse desiderato parece continuar a ser prosseguido pela colocação de um primeiro patamar de problematização causal, a coincidir com a condicionalidade, também ela passível de diversas conformações, consoante teremos oportunidade de estudar.

Voltando, porém, a KELSEN, importa salientar que o fosso cavado entre aquilo que pretendemos sustentar e o pensamento do autor pode ser mais amplo ainda. Cremos, na verdade, não errar se adiantarmos que a normativização normativística do jurídico operada pelo autor o conduz a – ainda que apartado dos excessos do legalismo primitivo – uma dada impostação metodológica incapaz de captar a essência da solução tal como ela vem sendo pensada.

A sua *Teoria Pura do Direito* é, de facto, uma manifestação do positivismo lógico-normativo. Para ele, a ciência jurídica apenas tem como objecto as estruturas formais das normas jurídicas e não o seu conteúdo. Acompanhando o que KAUFMANN nos diz a este propósito (cf. KAUFMANN, *Filosofia do Direito...* cit., p. 23), dir-se-á que quando o autor trata, por exemplo, da imputação está a estabelecer um juízo de correspondência entre pressupostos e consequências que se ligam na proposição jurídica, isto é, inexistente uma qualidade imanente do acto ou qualquer referência a um valor transpositivo que derrame a nota da desvalor sobre o acto. Como salientámos, anteriormente, a imputação é vista, na *Teoria Pura do Direito*, como uma conexão entre o fundamento e a consequência.

Na linha do neokantismo, KELSEN distingue claramente os juízos de ser dos juízos de dever ser, para polarizar a ciência jurídica como expressão do segundo núcleo. E para manter a coerência do seu pensamento, acaba por operar uma transmutação de sentido do conceito de ilícito, segundo a crítica que lhe dirige LARENZ (cf. *Metodologia da Ciência do Direito, ...* cit., p. 101). Só que, se assim é, percebemos transparentemente o que nos aparta do seu pensamento e, concomitantemente, compreendemos a insusceptibilidade de não estendermos o sentido imputacional à redensificação judicativa da causalidade.

De facto, a pressuposição da *Grundnorm* pelo autor restringe-se ao momento de explicitação da validade da estrutura normativa a que se reduz todo o direito e a depuração do sentido ético de qualquer conceito quando assumido pela norma, ao transformarem-na numa mera estrutura formal, acabam por prescindir do sentido axiológico de que recusamos abdicar para compreender cada um dos requisitos de procedência de uma pretensão indemnizatória. Acresce que aquela *Grundnorm* não é mais do que “um pressuposto lógico, a condição de possibilidade da unidade de um sistema de normas que ela sustenta” (cf. CASTANHEIRA NEVES, *Questão de facto...*, cit., p. 620).

É certo que o autor avança em termos metodológicos, reconhecendo, em homenagem à sua *teoria da estrutura escalonada da ordem jurídica*, que cada acto de aplicação da norma é simultaneamente um acto de criação do direito (cf., para uma detida consideração desta posição, LARENZ, *Metodologia...* cit., p. 104) e admitindo uma margem de discricionariedade do órgão chamado a cumprir aquela *applicatio*, mas olha para a interpretação da norma – já depurada nos elementos que a compõem de qualquer sentido ético – como o desenvolvimento de um acto de conhecimento, pelo que, em rigor, com KELSEN, se torna impossível derramar sobre a causalidade, na mobilização que dela há-de ser feita pelas exigências comunicadas pelo caso concreto, qualquer sentido imputacional.

A norma, vista no seu autismo auto-suficiente, interpreta-se segundo um olhar hermenêutico, não sendo remetida para qualquer fundamento transpositivo, nem sendo transcendida pela consideração do caso. Donde os dois pólos de problematização da causalidade tal como a vemos pensada se perdem, compreendendo-se a distância relativamente ao autor.

Mais se diga que a teoria nomológica kelsiana constitui, sem embargo da consideração de todos os autores que, animando-se com a ideia de adequação, a matizam segundo uma perspectiva eticamente cunhada e não a encerram no puro conceptualismo, obnubilador das especificidades do caso concreto, defendendo, inclusivamente, que a mesma deve ser olhada segundo uma ideia de risco e seu incremento,

um ponto de apoio seguro para a sustentação metodológica de um conceito tradicional de causalidade que, oferecendo um critério único para todos os casos, mais não é do que a depuração jurídica da operacionalidade dos acontecimentos no mundo físico.

Para uma apreciação da imprestabilidade do pensamento de KELSEN, no plano metodológico, cf. CASTANHEIRA NEVES, *Questão de facto ... cit.*, p. 619 e ss.

Veja-se, ainda, SIMONE GOYARD-FABRE, *Os fundamentos da ordem jurídica*, Martins Fontes, São Paulo, 2002 (tradução de CLÁUDIA BERLINER), p. 367. Num contexto mais amplo do que o da estrita análise dos pressupostos da responsabilidade civil, “Kelsen mostra a impossibilidade de apreender o sentido do normativo recorrendo ao princípio da causalidade: o que ele chama, no universo jurídico, de princípio da imputação é um cânone lógico irreduzível ao modelo do determinismo causal. O equívoco dos positivismos é pensar o direito de acordo com o modelo das ciências da natureza, analíticas e redutoras. O esquema causalista revela a sua falta de pertinência quando se tenta aplicá-lo ao campo da acção, em que a qualificação e a apreciação jurídica escapam à determinação”. Só que o pannormativismo em que se queda a sua construção sistemática [cf., da autora, p. 121] impede – na busca da pureza do direito, de matriz Kantiana – duplamente a compreensão do que deve ser o arrimo causal de que a doutrina fala a propósito do ressarcimento.

A sua *Grundnorm* é, como vimos, não “uma norma material caracterizada pela evidência ou pela força do seu conteúdo”, apenas traduzindo “a exigência racional de acordo com a qual se dá “ a instituição do elemento fundamental das operações de criação do direito” (cf. SIMONE GOYARD-FABRE, *Os fundamentos... cit.*, p. 137), pelo que, conduzindo-nos ao relativismo axiológico, condena-nos à orfandade criteriológica transpositiva, pelo apego estrito ao acervo legal. Ou seja, na estreiteza da autonomia que é reconhecida ao intérprete da norma, deixamos de estar aptos para fazer apelo à pessoalidade que contamina, afinal, a ideia de imputação, pelo que, ainda que normativizado, o conceito de causalidade, enquanto pressuposto de uma pretensão indemnizatória procedente, pouco nos poderá facultar. Até porque, a fidelidade a KELSEN imporia, concomitantemente, o encerramento autista do processo de realização do direito na polarização normativa, sem que se relevassem adequadamente as especificidades do caso concreto. A imputação não causalista de que o autor fala afigura-se, portanto, como uma promessa não cumprida. Pois que toda a imputação se afigura normativa, porque incorporada num e imposta por um enunciado normativo. À causalidade como pressuposto dessa imputação – tal como ela é pensada no quadro do código civil – pode tentar arredar-se o cunho naturalista, perguntando-se, no entanto, como resolver, nesse momento, a aporia metodológica a que necessariamente somos levados. Ou tentamos manter a pureza logicista e a perfeição indiciada pela aporemática completude sistemática do direito e mantemo-nos fiéis a um esquema de tipo mecanicista, ou interpretamos o requisito de acordo com a intencionalidade que o predica – teleológica e teleonomologicamente – e é o abandono do esquema em que o kelsianismo se move que se anuncia como irrenunciável. Com todas as consequências daí advenientes. Que, enquanto não forem devidamente extraídas, não nos afastarão do postulado naturalista em que, afinal, assenta toda a causalidade delitual. Na verdade, estamos em crer – e partindo do anunciado critério probabilístico – que dois são os olhares que sobre ele se podem derramar. Um assente na frequência causal, marcadamente mecanicista; outro compreendido no sentido do incremento do risco que, se se quiser depurar dessa nota, outra coisa não faz do que apelar a uma ideia de pessoalidade, pelo que afinal convoca um fundamento transpositivo para a sua própria interpretação e “aplicação”. Só que, se assim é, não só não faz sentido manter a fidelidade a um esquema metódico contrariado pela pressuposição anunciada, como a conseqüente assunção da extranormatividade axiológica não pode deixar incólumes as soluções a que se chegam, prefigurando-se preferível a adopção argumentativamente secundada de um esquema imputacional que globalmente capte a intencionalidade predicativa da juridicidade e garanta a justiça material das respostas encontradas para os casos concretos, aqui devidamente assumidos na sua infungibilidade e unicidade.

⁹⁰⁷ Sobre o ponto, cf., igualmente, a exposição de FRANCISCO CARPINTERO, “Las personas como síntese: la autonomía en el derecho”, *Pessoa Humana e Direito* (DIOGO LEITE CAMPOS e SILMARA CHINELLATO, coord.), Almedina, Coimbra, 2009, p. 157 e ss. FRANCISCO CARPINTERO apresenta a pessoa como uma noção metafísica impregnada por implicações teológicas (desenvolvida pela teologia cristã ante a necessidade de explicar que Deus é uno e trino) – cf. p. 161. Desenvolvido pelos franciscanos pela urgência de justificar a posse de certos bens em contradição (aparente) com os votos de pobreza, o conceito de pessoa foi amplamente usado por MOLINA e SUÁREZ. O materialismo não foi, porém, capaz de explicar a dimensão pessoal do ser humano. Entre os autores conservadores da Idade Moderna, o homem passa a ser considerado como um ser livre sem mais, opondo-se à necessidade do mundo físico a liberdade absoluta da pessoa. A preocupação cimeira dos autores jusnaturalistas foi a de compatibilizar a liberdade inicial dos indivíduos com as limitações impostas pelas determinações sociais posteriores. Neste contexto, surgiram categorias jurídicas para fazer valer a sua imagem de homem, entre as quais se inclui a

Assumamos, portanto, antes de avançarmos – e de forma a estabelecermos os quadros de inteligibilidade do que no futuro se desenhará como a nossa proposta dogmática – os diversos sentidos com que podemos olhar para a imputação.

Em termos amplos, ela identifica-se com a própria responsabilidade, embora ao fazê-lo comunique um sentido predicativo específico que não podemos deixar de ter em conta e que resulta, *mutatis mutandi*, da pressuposição da dimensão ética e axiológica que sustenta a normatividade.

Em sentido estrito, a imputação desdobra-se numa dimensão subjectiva e noutra objectiva. A primeira, sinónimo de culpa, constitui a regra. A segunda, tradicionalmente colimada na repartição das esferas de risco, é remetida, no quadro desse pensamento de que somos tributários, para o domínio da excepcionalidade, cumprindo as vezes da primeira e estabelecendo com ela uma verdadeira relação de alternatividade. Qualquer uma das duas é completada, para dar resposta a outro segmento de inquietações, por uma ideia de causalidade que, ainda que assumida em termos probabilísticos, continua eivada pelas notas determinísticas que dominaram a compreensão do fenómeno em termos culturais e filosóficos ao longo de séculos.

É neste ponto que nos afastamos da lição dominante. Três linhas de força parecem-nos delineadas para garantir, se logradamente formos de ora em diante concludentes, o cumprimento de um ónus de contra-argumentação. Criteriológica e dogmaticamente, vimos que a adequação probabilística nem sempre permite a solução da complexidade contaminadora da realidade⁹⁰⁸; cultural e filosoficamente, o apelo – ainda que corrigido – a uma ideia quase mecanicista da acção mostra-se ultrapassado; ética e normativamente, fica por justificar por que razão há-de a imputação operar segundo um esquema causalista⁹⁰⁹. Percebemos, é certo, a preocupação cimeira com a

imputação – cf. p. 164/165. A ideia de voluntariedade do comportamento passa a ser vincada para permitir a imputação. O homem moderno era concebido isoladamente, ao modo dos liberais, integrando-se na sociedade de forma a não perder a sua autonomia. O indivíduo é forjado na consciência dos seus direitos e mais tarde é colocado ao serviço de fins sociais, absolutizando-se os direitos humanos, sempre individuais – cf. p. 179. Com isto percebemos que a ideia de imputação por nós chamada à colação desta mundivisão iluminista que reduz a pessoa a uma função das normas, à boa maneira de KELSEN.

⁹⁰⁸ Cf., vincando o ponto, a partir do qual argumenta no sentido da necessidade de se reverem os quadros dogmáticos de tematização da causalidade, e embora chegue a soluções diferentes das nossas, PAOLO FORCHIELLI, *Il rapporto di causalità...* cit., p. 14 e ss.

⁹⁰⁹ No sentido de vincar o carácter imputacional do juízo tradicionalmente entendido como causal, cf. ANA PERESTRELO DE OLIVEIRA, *Causalidade e imputação...* cit., p. 24. Afirma a autora que “a imputação é a expressão jurídica da causalidade, ou, em termos mais exactos, a causalidade num sentido jurídico surge como uma ideia de imputação”. Por isso, salienta que, qualquer que seja o critério erigido em guia do decidente, ele há-de preencher dois requisitos. A saber: “cumprir a finalidade de selecção dos danos a atribuir ao agente, limitando a respectiva responsabilidade” e “funcionar como efectivo instrumento jurídico útil na tarefa de identificação do nexo de causalidade no caso concreto” – cf. p. 67 e 69.

conexão à realidade, a impor a adopção de um esquema em que, havendo culpa, cada um responda pelos danos que efectivamente causou e não por outros. Mas, e negando também nós um autismo alienador da juridicidade, estamos em crer que, exactamente porque aí nos confrontamos com problemas de autoria – pela confluência de múltiplas causas tantas das vezes –, e como ficou salientado neste ponto expositivo, é uma ideia de imputação, ainda que agora assumida objectivamente, que vai ter de entrar em cena⁹¹⁰. Acresce que, se apartarmos o justo natural do justo legal, percebemos que,

Também CARNEIRO DA FRADA – *Teoria da Confiança...* cit., p. 626 – vem aduzir que, se o direito se contentasse com uma relação de causalidade, fruto de um determinismo estrito, estaria a privar a responsabilidade da sua conexão com a liberdade humana.

Cf., ainda, JANE STAPLETON, “Scientific and Legal Approaches to Causation”, *Causation in Law and Medicine...* cit., p. 18, nota 3. Entende a autora não ser possível apresentar uma singular noção jurídica de causa, exactamente porque a sua chamada à liça vem responder a duas inquirições totalmente diferentes. Se num primeiro momento, identificado, como sabemos, ao nível da *Common Law*, com a ideia de causalidade material, se está numa fase preliminar de comprovação dos factos, pese embora mesmo aí só seja possível lançar mão de um juízo de probabilidade, adverte a autora que num segundo momento o que está em causa é a valoração de condutas.

No fundo, STAPLETON acaba por se referir a um dos problemas que nos vai ocupar mais à frente. Dir-se-ia mesmo que toca num dos tópicos mais dilemáticos do pensamento jurídico que se confronta com o problema da causalidade. Na verdade, esta, ao nível do discurso jurídico, não pode deixar de estar eivada pela intencionalidade normativa que apela, teleonomologicamente, à ideia de pessoa e à sua responsabilidade. Porém, a imperiosa preocupação com a não alienação da realidade e a necessidade de comprovação do âmbito de relevância do caso concretamente recortado num momento inicial do processo de realização do direito faz com que o jurista tenha de, não raras vezes, encetar um diálogo multidisciplinar, lançando pontes de inteligibilidade com outras ciências e outros saberes. O recurso probatório a relatórios periciais é disso sinal claro. O que não significa que haja identidade de pontos de vista, sequer que a solução final se estribe num juízo causal, de tipo determinista e mecanicista.

Aflorando o problema, cf. GARY EDMOND e DAVID MERCER, “Rebels without a cause? Judges, Medical and Scientific Evidence and The Uses of Causation”, *Causation in law and Medicine...* cit., p. 83-121.

Cf., igualmente, LARENZ, *Hegels Zurechnungslehre und der Begriff der objektiven Zurechnung...* cit., p. 60 (para o autor, a imputação objectiva consubstancia-se num juízo sobre a questão de saber se um facto pode ou não ser considerado um acto de um sujeito. O carácter objectivo da valoração resulta de ela poder ter lugar independentemente de sobre aquele ser derramada a chancela reprovatória. A páginas 84 e ss., o insigne civilista realça que a imputação não pode assentar na causalidade, mas na teleologia. Não se confundindo com a culpa, estamos num patamar anterior, prévio à censura ético jurídica em que a última se traduz – cf. p. 71. Basta, para tanto, segundo as palavras de LARENZ, pensar nas omissões, onde não há, pela natureza das coisas, causalidade – cf. p. 86); GERT BRÜGGEMEIER, *Haftungsrecht: ...* cit., p. 27 (considerando que, “embora seja um requisito indispensável a cada delito, a causalidade desempenha, na prática do direito delitual, um papel muito modesto”, na medida em que, “devido à experiência quotidiana, [se] torna evidente a causa para os envolvidos”. Nessa medida, “a questão fulcral que se pretende solucionar ao nível da causalidade é a imputação normativa ao lado da causalidade dada: que danos consequenciais são indemnizados por uma lesão – dano primário/*Primärschaden*. Mais acrescenta o jurista que a questão imputacional surge desvalorizada quando em causa esteja um delito intencional, assumindo, aqui, parte da doutrina anglo-saxónica que afirma que o dano intencional nunca é *too remote*. Será, portanto, relativamente às lesões negligentes indirectas que se galvanizam os problemas atinentes ao fundamento da imputação); HEINRICH LANGE, “Herrschaft und Verfall...”, ... cit., p. 133.

A este propósito visite-se, também, ANTON HEB, “Kausalzusammenhang als projizierter Wunschzusammenhang”, *Archiv für die civilistische Praxis*, 97, Heft 1, 1905, p. 45 e ss., considerando o problema do nexo de causalidade como um nexo de vontade projectada.

⁹¹⁰ Cf., *inter alia*, LARENZ, *Hegels Zurechnungslehre...* cit., p. 86 e ss.; ID., *Lehrbuch...* I, cit., p. 112 e ss. e 435 e ss.; MARTÍN GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, *Imputación objetiva...* cit.; LUZÓN PEÑA, “Causalidad e imputación objetiva como categorías distintas dentro del injusto”, *Actualidad Jurídica*, 1981, p. 78 e ss.; DEUTSCH, *Allgemeines Haftungsrecht...* cit., p. 76 e ss.; ID., “Zurechnung und Haftung im zivilen Deliktsrecht”, *Festschrift für Richard M. Honig*, Schwarts, Göttingen, 1970, p. 33 e ss. (desconsiderando,

naquela outra vertente da delimitação das consequências de uma acção já imputada ao sujeito em termos subjectivos e objectivos, não será indiferente todo o esquema responsabilizante em que, *in concreto*, nos apoiamos e bem assim a intencionalidade do sistema que dita as suas exigências.

A normatização – não normativística, entenda-se – torna-se, pois, clarividente e onera-nos com o esforço suplementar de reelaboração das cristalizadas soluções em matéria ressarcitória.

Relembre-se, apenas, aquilo que anteriormente inscrevemos em texto. Aceitando como boa a nota imputacional à luz da qual o sistema mobilizado pelo caso *decidendo* há-de ser interpretado, somos de imediato instados a perceber que o pano de fundo sem o qual ele não opera é a imputabilidade do sujeito, indo assim ao encontro de um dos pontos salientados pela herança kantiana e recebido, de harmonia com a sua intelecção do direito, por KELSEN⁹¹¹.

no entanto, o conteúdo material da categoria, que entende ser inexistente); E. A. KRAMER, “Das Prinzip der objektiven Zurechnung...”, ... cit., p. 422 e ss.; HEINRICH LANGE, “Herrschaft und Verfall...”, ... cit., p. 115; PEREIRA COELHO, *O problema da causa virtual...* cit., p. 171-173; GERT BRÜGGEMEIER, *Haftungsrecht...* cit., p. 76 e ss. (considerando que, actualmente, a questão da causalidade é entendida como um problema de nexos de responsabilidade ou no contexto da finalidade de protecção, emergindo, ao seu lado, o conceito de dever de segurança no tráfego – *Verkehrspflicht*. Simplesmente, consoante explica, como se afigura ser um conceito difuso, fala-se em alternativa de nexos de imputação ou nexos de responsabilidade); FRANZ BYDLINSKI, *Probleme der Schadensverursachung*, cit., p. 59 e ss. (para o autor, mesmo a doutrina da adequação não pode ser vista como uma teoria da causalidade, antes como um limite da responsabilidade atentos os interesses em confronto); ID., *System und Prinzipien des Privatrechts*, ... cit., p. 186 e ss.; MENEZES CORDEIRO, *Direito das Obrigações...* cit., II, p. 337 (sustentando que o nexo de causalidade não respeita a uma medida dos danos indemnizáveis, mas antes à determinação daqueles que podem ser imputados ao pretendo lesante); ADELAIDE MENEZES LEITÃO, *Normas de protecção...* cit., p. 714 (considerando que, segundo a doutrina mais moderna, ao nível do nexo de causalidade, o problema não é o da medida da reparação, mas o da questão prévia da possibilidade de imputação de um resultado danoso ao agente); F. LEDUC, “Causalité civile et imputation”, Les distorsions du lien de causalité en droit de la responsabilité civile, *Revue Lamy Droit Civil*, 2007/40, nº2631, considerando que a imputação é uma quarta condição da responsabilidade civil, que se pode definir como uma operação de atribuição do facto danoso àquele que será tido por responsável; N.M.K. GOMAA, *Théorie des sources de l’obligation*, LGDJ, 1968, p. 113 e ss. (afirmando que a imputabilidade, no sentido de atribuibilidade, não significa mais do que o nexo de causalidade. A preocupação é, aqui, contrariamente ao que surge no nosso texto, a de distinguir dois sentidos para o termo imputabilidade que assim passa a ser entendida num sentido mais amplo que aquele que faz apelo a uma dimensão subjectiva. Vide, a este propósito, P. JOURDAIN, “Retour sur l’imputabilité”, *Les droits et le droit, Mélanges dédiés à B. Bouloc, Dalloz*, 2007, p. 513. Da primeira autora citada, cf., também, p. 126)

⁹¹¹ Cf. HANS KELSEN, “Causalidad...”, ... cit., p. 216. No diálogo entre a liberdade humana e a imputação, KELSEN sustenta que, ao contrário do que é amiúde referido, não é a liberdade que torna possível a imputação, constituindo tal a fuga ao princípio da causalidade. Deve entender-se, precisamente ao contrário, que os seres humanos são livres porque imputamos à sua conduta, como consequência, uma recompensa, penitência ou castigo.

O autor vem afirmar que o homem é livre porque responsável.

Diríamos que só é responsável porque é livre. E que só sendo responsável é inteiramente livre.

Dito de outro modo, há uma dialéctica constante entre os dois termos balanceados. Uma dialéctica só pensável no quadro de uma axiologia a que se acede e que, na recusa do normativismo, fica longe da compreensão psicológica da categoria da imputabilidade.

19. Ordem de sequência

No ponto expositivo precedente, avançámos alguns passos no sentido da dilucidação do núcleo essencial da nossa dissertação.

Começando por evidenciar a alteração no modo como vai pensada a causalidade articulada com a liberdade humana, chegámos à conclusão de que a mesma não pode deixar de ser pensada em termos de imputação. Devemos ao pensamento filosófico a cisão entre o mundo da natureza e o mundo da interacção subjectiva, ficando o segundo marcado pela nota da finalidade.

Ora, se o direito ajuiza condutas, ele não pode deixar de olhar para elas de acordo com este prisma, pelo que se pretende postergada a fatalidade.

Dito isto, não é difícil concluir, fundadamente, que aquela *imputatio* a que fizemos referência surge como a marca de água de qualquer modelo delitual, derramando-se sobre todos os sistemas que se pretendem erigir sem apelo a tal nexos o anátema da imprestabilidade. É por isso que, não só a culpa há-de figurar como um dos pressupostos do ressarcimento, como as hipóteses de responsabilidade objectiva se hão-de fundar numa qualquer *ratio* que vá para lá da simples causação do dano.

Em harmonia com o dado principiológico, encontramos posições doutrinárias que vinculam precisamente o carácter não causalista puro da responsabilidade não subjectiva e que, na estrita articulação dos critérios, buscam vias de compensação do défice do desvalor culpabilístico ao nível causal.

A causalidade continuaria a marcar o seu curso, quer como modo de concretização da obrigação de indemnização assente no risco, quer como via de limitação daquela ao nível da regra. No fundo, o que os autores nos parecem dizer é que, mesmo não esquecendo a dimensão imputacional com que deve ser colorida a responsabilidade civil, nos contentaríamos com a sua projecção em sede de aferição da culpa do agente, convolvendo-se o sistema num modelo absolutamente objectivo quando tivéssemos de lidar com a demarcação das consequências que podem ser reconduzidas à actuação do lesante.

Note-se que Kelsen, partindo da essencialidade da norma para a conceptualização jurídica e encabeçando um puro normativismo, opera uma mutação no próprio conceito de ilícito. Cf. CASTANHEIRA NEVES, *Questão de facto...* cit., p. 619 e ss.

Só que, adequadamente compreendidas as coisas, não podemos aceitar este ponto de vista. De facto, dois são os planos que instam a uma solução de outra ordem. Metodologicamente, como já ficou sugerido e posteriormente será sublinhado, não ficam satisfeitas as exigências de sentido impostas pela juridicidade com a simples presença do desvalor subjectivo. Prático-dogmaticamente, e lembrando que cingimos o âmbito da nossa análise à dita causalidade fundamentadora da responsabilidade, nem sempre os problemas desaparecem com o apelo à culpa: se em muitos casos a questão pode não se colocar, porque aparentemente avulta claro que o autor do acto é aquele que o cometeu, nem sempre as situações são recortadas com idêntica linearidade. Pense-se nas hipóteses em que A gera o dano, mas foi constrangido por alguma via a fazê-lo, ou naquelas em que a indeterminação do agente, pela incerteza de causas concorrentes, emerge⁹¹².

Resta-nos, pois, indagar em que moldes se pode estabelecer tal imputação objectiva que, distando da imputação subjectiva, deve ser entendida à luz da pressuposição ético-axiológica da juridicidade e das exigências de sentido comunicadas pela intencionalidade problemática de cada caso concreto⁹¹³.

⁹¹² Sobre o ponto, cf. FLORENCE G'SELL-MACREZ, *Recherches...* cit., p. 367 e ss. Olhando para o papel da causalidade ao nível da *faute*, ou não tivesse a autora como horizonte de referência o modelo napoleónico, G'SELL-MACREZ adianta que ela é composta por dois elementos – um material e objectivo (comportamento modificador do mundo exterior) e outro subjectivo (imputabilidade/culpabilidade) – para depois esclarecer que o abandono do elemento subjectivo vem reforçar o papel da causalidade, vindo aquela *faute*, despida do seu conteúdo moral, a aproximar-se, segundo a posição de alguns juristas, da ideia de facto causal. Enquanto a imputabilidade implicaria uma questão de ordem psicológica, uma ideia de liberdade e de vontade, a causalidade envolveria umnexo concreto e material. Ora, se é verdade que se assiste a uma evolução da *faute* no sentido da sua objectivação, não menos certo, segundo o seu testemunho, é que o problema da imputabilidade material nem sempre se resolve aproblematicamente. Dando os mesmíssimos exemplos que apontamos em texto, conclui que em todas essas situações as dificuldades relativas à imputabilidade material convolvam-se em questões de causalidade.

⁹¹³ Veja-se, a este propósito, GERT BRÜGGEMEIER, *Haftungsrecht: ...* cit., p. 14 e ss., considerando que a lesão do interesse digno de tutela há-de ser imputada a uma pessoa. Ora, se no direito pré-moderno essa função é confiada à causalidade, sendo a responsabilidade vista como uma *Kausalhaftung*, com o advento da modernidade, a imputação deve orientar-se pela culpa. Passa a distinguir-se, então, a *imputatio facti* (*Zurechnung zur Tat*) da *imputatio iuris* (*Zurechnung zur Schuld*). Só que, como testemunha o autor, a complexificação social, fruto da industrialização crescente, determinou, ao lado da emergência de casos de responsabilidade independente de culpa, duas consequências: a) ampliação espaço-temporal do âmbito de protecção, quer pelos delitos directamente perpetrados, quer pelos delitos indirectos, levantando-se a questão central da imputação normativa (*normativen Zurechnungsfrage*). Designadamente, quando é necessário valorar uma segunda violação causal como delito, estamos perante o que o BGH considera ser umnexo de responsabilidade (*Haftungszusammenhang*); b) ampliação do âmbito de protecção em determinados domínios, fruto das novas necessidades de tutela em certos domínios, com evidentes consequências ao nível do *Schadensersatzrecht*. Ora, importa reter, não só a não confusão entre a imputação objectiva e a previsão de hipóteses de responsabilidade pelo risco, como a distância que separa a culpa de uma ideia de imputação que terá de estar presente no momento da mobilização do *Tatbestand* delitual.

Não se confundindo com a culpa, a imputação objectiva partilha com ela uma dimensão de *imputatio*, pelo que se torna necessário que, no nosso caminho dialógico, nos confrontemos com a ideia de imputabilidade^{914 915 916}.

20. Imputação e imputabilidade. O papel da imputabilidade no quadro da responsabilidade delitual⁹¹⁷

Ligada à culpa, a imputabilidade é vista como um dos pressupostos exigíveis para se impor a um agente a obrigação de ressarcir os danos por si perpetrados. Nem

⁹¹⁴ A tarefa não é unicamente conceptual, nem se queda num exercício de cotejo diferenciador de duas realidades que, comunicando, não deixam de apresentar dissemelhanças, pois, como veremos, as conclusões a propósito da imputabilidade – designadamente do papel por ela desempenhado no seio da responsabilidade objectiva – permitir-nos-ão construir uma ponte dialógica com a responsabilidade pelo risco e, a partir daí, encontrar novos pontos de apoio para a investigação subsequente.

⁹¹⁵ A este propósito, cf. GENEVIÈVE VINEY/PATRICE JOURDAIN, *Traité de droit civil: Les conditions ... cit.*, p. 182. As autoras distinguem o nexó de causalidade do *lien de rattachement*, da *imputabilité* e da *implication*. Segundo esclarecem, o nexó de causalidade coloca em relação dois elementos constitutivos da responsabilidade – o facto gerador e a responsabilidade. Aquele pode ser um facto pessoal do defensor, mas também pode ser um comportamento de um terceiro ou estar polarizado numa coisa. Nestas últimas hipóteses, a relação causal entre o facto gerador e o dano não é suficiente para designar o responsável, sendo imprescindível uma outra relação a unir a actividade lesiva a uma pessoa que lhe é estranha. Fala-se, então, de um *lien de rattachement*. Já a *imputabilité* corresponde “a uma noção com predomínio psicológico ou psíquico que aparece como uma condição subjectiva da responsabilidade fundada na liberdade do agente”, levando ao afastamento da obrigação de ressarcir os prejuízos relativamente “àqueles que não tenham agido com suficiente liberdade de espírito, como é o caso das pessoas com problemas mentais”. Adiantam, assim, que a “imputação de um acto ao seu autor supõe anteriormente estabelecido um nexó de causalidade”, que é “bem mais do que uma simples relação material ou mecânica de causa/efeito. Como causalidade livre para agir, ela envolve uma avaliação do comportamento do agente em relação ao acto que não impõe somente a análise do nexó de causalidade. Há, portanto, o emprego do conceito de imputabilidade em dois sentidos”, e esta sinonímia gera, conforme testemunham, muitas vezes confusão.

Diferente seria, ainda, o conceito de *implication*: utilizado na lei de 5 de Julho de 1985 sobre a indemnização das vítimas dos acidentes de circulação, cujo artigo 1º considera aplicável “às vítimas de um acidente de circulação no qual está implicado um veículo terrestre a motor”, manteria, conforme se lê a págs. 183, um “certo parentesco com a causalidade”, não deixando de se notar que a *Cour de Cassation* censura a orientação jurisprudencial que mobiliza os termos causais para apreciar a implicação de um veículo no acidente.

Sobre o ponto, cf., ainda, CHRISTOPHE QUÉZEL-AMBRUNAZ, *Essai sur la causalité... cit.*, p. 15 e ss. e p. 177 e ss. (note-se que o autor aproveita para, a este ensejo, questionar se a causalidade para o direito deve ou não ser vista como um simples nexó material à boa maneira dos realistas americanos).

⁹¹⁶ A este propósito, cf. P. JOURDAIN, *Recherches sur l'imputabilité en matière de responsabilités civiles et pénales*, Paris 2, 1982, nº63, considerando que a imputabilidade se identifica com a causalidade humana propriamente dita. Trata-se, pois, de um posicionamento particular, já que a maioria dos autores olha para a imputabilidade do prisma da culpa.

⁹¹⁷ Cf., para maiores desenvolvimentos, MAFALDA MIRANDA BARBOSA, “O papel da imputabilidade no quadro da responsabilidade delitual”, *Boletim da Faculdade de Direito*, vol. 82, 2006, p. 485-534, bem como a demais bibliografia aí especificamente citada quanto ao ponto. Sublinhe-se que damos aqui conta, quase integralmente, de algumas conclusões expendidas particularmente a esse ensejo.

sempre, porém, ela é autonomizada, surgindo a par com a aferição da culpa do agente⁹¹⁸.

Na verdade, se a imputabilidade importa a este nível é porque sem ela não é possível o juízo de censura ético-jurídica que está subjacente à aferição do dolo ou negligência do lesante⁹¹⁹.

A ligação entretecida, sendo imprescindível no plano valorativo – viabilizando a afirmação do domínio indemnizatório como o domínio de reafirmação da personalidade do agente lesivo –, não o era em termos lógico conceptuais ou sequer naturalistas. Com efeito, sendo a finalidade primária da responsabilidade civil a finalidade reparadora, e aferindo-se a culpa em abstracto, segundo o padrão de diligência de um *bonus pater familias*⁹²⁰, poder-se-ia supor que alguém diminuído nas suas faculdades volitivas ou intelectivas pudesse actuar, se não dolosamente, pelo menos negligentemente^{921 922 923}.

⁹¹⁸ Cf. ANTUNES VARELA, *Das obrigações...* cit., I, p. 562 e ss. Englobando culpa e imputabilidade no pressuposto mais amplo do nexu de imputação do facto ao lesante, que ao mesmo tempo identifica com a culpa, ANTUNES VARELA diz-nos que “agir com culpa significa actuar em termos de a conduta do agente merecer a reprovação ou censura do direito”, ou seja, existirá culpa naquelas situações em que o agente, “pela sua capacidade e em face das circunstâncias concretas da situação (...) podia e devia ter agido de outro modo”, para, de uma forma bipartida, desdobrar a questão da culpabilidade em dois momentos sucessivos: um primeiro momento em que importa saber quem é imputável (“que requisitos são necessários para que a pessoa seja susceptível do juízo de censura ou de reprovação?”); um segundo momento em que, “sabido quem seja susceptível desse juízo genérico de censura, importa saber se a pessoa imputável a quem o facto é atribuído agiu, no caso concreto, em termos que justifiquem a censura” (p. 562).

⁹¹⁹ Cf., *inter alia*, ALBERTO DE SÁ E MELLO, «Critérios de apreciação da culpa na Responsabilidade Civil», ... cit., p. 528. Considera o autor, através da análise do artigo 488º CC, que a capacidade de inteligência e de vontade é pressuposto da culpabilidade do agente. Afirma, ainda, que “não significa isto que se deva aferir a culpa do agente determinando apenas se lhe era exigível que conhecesse e previsse o dano como consequência da sua conduta”, mas entende que a apreciação da culpa daquele pressuporá a capacidade de entender e essa previsibilidade; RUDOLF GÄRTNER, “Leistungsfähigkeit als Haftungsgrenze?”, *Juristenzeitung*, 43, Heft 12, 1988, p. 579 e ss. e ERWIN DEUTSCH, “Zurechnungsfähigkeit und Verschulden”, *Juristenzeitung*, 19, Heft 3, 1964, p. 86 e ss.

⁹²⁰ Cf., *inter alia*, e sem embargo das explicitações inseridas noutra ponto da nossa dissertação, ANTUNES VARELA, *Das obrigações...* cit., I, p. 492 e ss.; ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações...* cit., p. 388; INOCÊNCIO GALVÃO TELLES, *Direito das Obrigações...* cit., p. 270 e ss.; RUI DE ALARCÃO, *Direito das Obrigações...* cit., p. 253 e ss.; PESSOA JORGE, *Ensaio...* cit., p. 326 e ss.

⁹²¹ A ressalva feita a propósito do dolo prende-se com a consideração dos dois elementos que o integram, de acordo com a doutrina maioritária: o elemento volitivo e o elemento intelectual do dolo (cf., por todos, ANTUNES VARELA, *Das obrigações...* cit., I, p. 572)

⁹²² Cf. C. MASSIMO BIANCA, *Diritto Civile*, ... cit., p. 656 – “Ricondotta la colpa ad una nozione oggettiva, quale non coniformita ad un obiettivo modello di comportamento diligente, deve invece ammettersi che anche il comportamento dell’incapace è suscettibile di essere qualificato colposo”.

No mesmo sentido, veja-se HENRI MAZEAUD, LÉON MAZEAUD e A. TUNC, *Traité Théorique et Pratique de la Responsabilité Civile*, t. I, ...cit., n°s 457-467, ao afirmarem que a responsabilidade civil do demente decorre dos princípios gerais da noção de *faute* apreciada em abstracto.

⁹²³ Para a diferença entre a vontade ao nível do dolo e da negligência, v. ROLF DIETRICH HERZBERG, “Das Wollen beim Vorsatzdelikt und dessen Unterscheidung vom Bewußt fahrlässigen Verhalten. Teil I”, *Juristenzeitung*, 43, Heft 12, 1988, p. 573 e “Das Wollen beim Vorsatzdelikt und dessen Unterscheidung vom Bewußt fahrlässigen Verhalten. Teil II”, *Juristenzeitung*, 43, Heft 13, 1988, p. 635 e ss.

Tanto mais que a culpa é tida, agora de acordo com outra classificação, como um desvio da conduta e não um desvio da vontade⁹²⁴.

⁹²⁴ Ou seja, estabelecendo-se como padrão aferidor da conduta o padrão de diligência do homem médio e comparando-se a conduta do agente com esse referencial, viabilizar-se-ia pensar que a pessoa actuou culposamente, desconsiderando-se as características pessoais do agente que o impossibilitavam de agir de outro modo.

Quando se questiona se a culpa deve ser aferida em concreto ou em abstracto, a pergunta que nos orienta é a de “saber qual é o padrão por que se afere a conduta do lesante ou, por outras palavras, qual é a bitola com que se mede o grau de diligência que dele é exigível: será a diligência que o agente costuma aplicar nos seus actos, de que ele se revela habitualmente capaz, ou é antes a diligência de um homem normal, medianamente sagaz, prudente, avisado e cauteloso?” – ANTUNES VARELA, *Das obrigações...*cit., I, p. 574. Se o grau de diligência exigível fosse o que o agente costuma aplicar nos seus actos, uma pessoa diminuída nas suas aptidões, ao ponto de ser considerada inimputável, não poderia ser nunca, no plano teórico, considerada culpada.

Em consonância, aceita-se a determinação da culpa de acordo com a ideia de conduta deficiente, em detrimento da concepção que aponta para a deficiência da vontade (cf., igualmente, ANTUNES VARELA, *Das obrigações...*cit., I, p. 577 e ss.). Ao nível da culpa, questiona-se, de facto, e em ligação directa ao problema preteritamente enunciado, se se sanciona a “falta de cuidado, de zelo ou de aplicação”, ou se “nela cabe também a falta de senso, de perícia ou de aptidão” (ANTUNES VARELA, *Das obrigações...*cit., I, p. 578). No primeiro caso, “pretende-se apenas que o homem, tal como é, se esforce por cumprir”, no segundo, “que ele corrija as suas próprias deficiências naturais ou a sua impreparação técnica e que, em último termo, evite a prática dos actos para que carece de aptidão” (*op. cit., loc. cit.*).

Veja-se, numa relação entre as duas matérias, PEREIRA COELHO, *O problema da causa virtual ... cit.*, p. 295, nota 76.

Para uma crítica à concepção de culpa em abstracto, que nos remete para o conceito de *bonus pater familias*, cf. JÚLIO GOMES, «Responsabilidade subjectiva e responsabilidade objectiva», *Revista de Direito e Economia*, ano XIII, p. 101 a 104.

Para uma apreciação crítica, e com grande desenvolvimento, veja-se igualmente ALBERTO DE SÁ E MELLO, «Critérios...» ... cit., p. 524 e 526. O autor, partindo da concepção de culpa como falta de diligência exigível, aborda-a em dois sentidos distintos. Um sentido material ou normativo, utilizável numa apreciação *a posteriori* da actuação do lesante, pela comparação entre o comportamento adoptado e o comportamento devido; e um sentido moral ou psicológico, determinado no momento do acto e traduzível nonexo psicológico entre o facto e o seu autor. Ao mesmo tempo, o autor, concluindo que a culpa se define pela “diferença entre o comportamento exigível em função do grau de imputabilidade e o comportamento efectivamente adoptado no caso concreto” (p. 535), engloba na sua análise dois problemas: a) o problema da conduta exigível, onde se tem em conta o grau de previsibilidade (existirá culpa sempre que, capaz de conhecer o comportamento devido e de prever as consequências danosas da sua conduta, o autor da lesão as não evita, falando o autor de um “abrandamento da tensão de vontade necessária a prevenir o facto danoso”, ou seja, de uma diminuição do zelo, vontade, desatenção, desleixo); b) padrão de diligência normativo, concebido como um padrão variável. Embora verdadeiramente, para o autor, o padrão abstracto que define os limites objectivos do dever não se altere, há uma mutabilidade da capacidade de conhecer o dever e de prever os prejuízos. Assim, “nada se exige ao inimputável, muito se exige ao médico especialista”. Ou seja, para o autor, há um nexop psicológico entre o agente e o facto danoso que é definido pelo máximo de capacidade exigível àquele, fornecendo-se, deste modo, um critério de aferição da imputabilidade.

Num sentido análogo, *vide* PESSOA JORGE, *Ensaio ... cit.*, p. 336. Defendendo que a culpa deve ser apreciada em concreto, PESSOA JORGE adverte que tal não comporta nenhuma contradição com o disposto no nosso Código Civil, justificando a posição com as diferenças que separam os dois problemas. Na verdade, salienta que, quando se toma como critério de diligência o padrão do *bonus pater familias*, o que se pretende é excluir a diligência psicológica habitual do agente.

No âmbito da literatura inserida na *Common Law*, cf., a propósito da aferição da culpa em abstracto, OLIVER WENDELL HOLMES, *The common law*, 1881, p. 108; COLEMAN, *Risks and wrongs...* cit., p. 333-335; STEPHEN PERRY, “Loss, Agency and Responsibility for Outcomes: three conceptions of corrective justice”, *Tort Theory*, KEN COOPER-STEPHENSON e ELAINE GIBSON eds., Captus University Publications, 1993, p. 40 e ss.; RIPSTEIN, *Equality, responsibility and the law...* cit., p. 48 e ss., 58 e ss., 84-87 [considerando que a razoabilidade da conduta se estabelece segundo padrões objectivos, sendo insensível à importância da conduta para o lesante (em consonância com o pressuposto básico de inteligibilidade da sua proposta doutrinal, já que todos têm o mesmo interesse na liberdade e segurança e é, portanto, com

Se em causa está, com base numa intencionalidade reparadora, a ideia de justiça comutativa a fazer impender a obrigação de reparação do prejuízo sobre aquele que gerou sem atender à sua natural inaptidão ou imperícia, porque tomado como referencial

base numa liberdade genérica, não projectável para este efeito em inúmeros interesses, que se deve raciocinar), bem como ao cômputo dos custos que teria para evitar aquela conduta ou conformá-la de acordo com o cuidado exigível. Veja-se, não obstante, p. 59-60, onde o autor acaba por afastar a ideia de razoabilidade da de culpabilidade: no fundo, uma pessoa pode não actuar razoavelmente, sem que esteja a actuar culposamente, justificando-se, assim, a responsabilidade objectiva no quadro de actividades perigosas – cf. p. 70-72. A intenção de RIPSTEIN é, antes de mais, a de garantir a salvaguarda das posições jurídicas de sujeitos iguais e o apelo à ideia de razoabilidade não é senão eco disso. Cf. p. 85]; GEORGE FLETCHER, “The fault of not knowing”, *Theoretical Inquiries in Law*, vol. 3, nº2, article 1, 2002; ROBERT L. RABIN, “The fault of not knowing: a comment”, *Stanford Public Law and Legal Theory Working Paper Series, Research Paper nº43*, 2002, www.ssrn.com/abstract_id=334500;

A propósito dos danos perpetrados intencionalmente, num discurso que entra em diálogo com a *law and economics*, cf. JOHN FINNIS, “Intention in tort law”, *Philosophical foundations of tort law*, DAVID G. OWEN ed., Clarendon Press, Oxford, 1996, p. 229 a 247.

Veja-se, ainda, WRIGHT, “The standards of care in negligence law”, *Philosophical foundations of tort law*, DAVID G. OWEN ed., Clarendon Press, Oxford, 1996, p. 258-259. Afirmando inserir-se numa perspectiva não utilitarista da *tort law*, o autor vem aduzir que a aferição subjectiva da culpa do lesante justificar-se-ia se em causa estivesse a análise do mérito ou demérito da sua conduta, não sendo, porém, isso que está em causa ao nível da responsabilidade civil [do autor, cf., ainda, “The grounds and extent of legal responsibility”, *San Diego Law Review*, vol. 41, 2003, p. 6, onde salienta que os standards objectivos de cuidado que permitem cancelar a conduta como desvaliosa ao nível do direito privado são importantes instrumentos de salvaguarda da posição subjectiva da vítima, na medida em que, se esta estivesse dependente da virtuosidade ou qualidade da conduta alheia, a segurança seria efémera, porque sujeita ao conhecimento e capacidades daqueles com quem involuntariamente interagimos. Por esse motivo, não se aceitam, ao nível do direito civil, exclusões da responsabilidade por via da deficiência ou do erro, lançando-se mão do conceito de pessoa razoável] e LARRY A. ALEXANDER, “Ripstein, Reasableness and objectivity”, *University of San Diego School of Law*, 2000-2001 (publicado em *Law & Philosophy*), www.ssrn.com/abstract=287491 [analisando o conceito de razoabilidade celebrado por RIPSTEIN, ALEXANDER evidencia a influência kantiana – “only an objective standard could be willed as a universal law that is publicly knowable and can coordinate our potentially conflicting courses of conduct” – e critica o padrão objectivo pelo qual aquela se afere, por considerar que “os actos que praticamos, as circunstâncias que os rodeiam, as perspectivas à luz das quais abraçamos o risco são demasiado variáveis para serem aprisionadas por um standard objectivo universal – cf. p. 4. Acresce que, segundo explicita, a razoabilidade do comportamento seria aferida tendo em conta a imposição de um nível de risco ao outro e este é um “conceito epistémico e não óntico, porque o risco é assumido de uma dada perspectiva, que inclui alguma mas não toda a informação relevante”. Ora, se se parte dos riscos que o agente efectivamente teve em conta, o padrão de referência deixa de ser objectivo e passa a ser subjectivo – cf. p.5/6. Tratando-se a pessoa razoável de um conceito normativo, torna-se, segundo ALEXANDER, aporético o modo como o mesmo é construído, tanto mais que o ajuizamento não é feito por referência à culpabilidade. É que, segundo o autor, se a razoabilidade não for convocada como regra de conduta, não conseguimos transformá-la num standard objectivo] e JULES COLEMAN, “On the moral argument for the fault system”, *The Journal of Philosophy*, vol. 71, nº14, 1974, p. 473-490, aqui p. 475/476

Veja-se, ainda, quanto ao ponto, GUIDO ALPA, *Responsabilità civile e danno...* cit., p. 223 e ss., designadamente no que toca aos padrões de aferição dessa culpa e ao diálogo que o autor entretete com a doutrina francesa [em síntese, o autor estabelece dois grandes grupos, por referência aos autores franceses: a) aqueles que, dando eco a preocupações morais e presos à tradição jurídica, consideram que a culpa se há-de aferir em termos subjectivos, entre os quais se destacam nomes como SAVATIER, ESMEIN, STARCK e CARBONNIER; b) os defensores de uma posição objectivista, entre os quais se contam TUNC, CHABAS, e VINEY].

Veja-se, a este propósito, FRIEDRICH-CHRISTIAN SCHROEDER, “Die Fahrlässigkeit als Erkennbarkeit der Tatbestandsverwirklichung”, *Juristenzeitung*, 44, Heft 17, 1989, p. 776 e ss., problematizando o conceito de negligência como conhecimento/cognoscibilidade da realização do *Tatbestand*.

o homem medianamente razoável e capaz⁹²⁵, a verdade é que não se vai ao ponto de consagrar aquilo que NIPPERDEY designaria por *criptoculpa*⁹²⁶. Não se exige à pessoa algo que ele não seja capaz de cumprir.

Apesar de objectivado⁹²⁷, o juízo de culpa tem em conta determinadas oscilações cognitivas e volitivas dos agentes⁹²⁸.

⁹²⁵ Cf., quanto ao ponto, ARTHUR RIPSTEIN, “Philosophy of tort law”, *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Legal Philosophy* (JULES COLEMAN and SCOTT SHAPIRO, eds.), Oxford University Press, Oxford, 2001, Chapter 17, p. 671 e ss. Considera o autor que o dever de cuidado é fixado segundo um *standard objetivo*, não ficando dependente das particulares capacidades do lesante, exactamente porque o objectivo da lei é proteger as pessoas umas das outras, ao mesmo tempo que não faz sentido exigir a especial imposição de deveres relativamente a pessoas com uma particular susceptibilidade.

⁹²⁶ A referência a NIPPERDEY foi colhida em ANTUNES VARELA, *Das obrigações...cit.*, I, p. 580.

⁹²⁷ Sobre o ponto, veja-se, ainda, FRANZ LEONHARD, *Fahrlässigkeit und Unfähigkeit*, Marburg i. H., Elwert, 1913, p. 3 e ss., falando das posições objectivistas de aferição da culpa; ERWIN DEUTSCH, “Die Fahrlässigkeit als Ausserachtlassung der ausseren und der inneren Sorgfalt”, *Juristenzeitung*, 1988, p. 993 e ss. e M. BUSSANI, *La colpa soggettiva. Modelli di valutazione della condotta nella responsabilità extracontrattuale*, 1991.

⁹²⁸ Cf. ANTUNES VARELA, *Das obrigações...cit.*, I, p. 581; RUI DE ALARCÃO, *Direito das Obrigações, ... cit.*, p. 263 e ss.; HENRIQUE SOUSA ANTUNES, *Responsabilidade civil dos obrigados à vigilância de pessoa naturalmente incapaz*, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2000, p. 205; GALVÃO TELLES, *Direito das Obrigações, ... cit.*, p. 354

Veja-se, ainda, o que nos diz YVONNE LAMBERT-FAIVRE, «L’evolution de la responsabilité civile d’une dette de responsabilité à une créance d’indemnisation», *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 86, 1987, p. 2 – sublinha, aí, a autora que a apreciação em abstracto da *faute* não se deve referir a um “paradigme univoque et totalment abstrait”, mas ter em conta o homem médio da mesma natureza, com as mesmas competências, com as mesmas circunstâncias. Isto permite, por exemplo, ponderar a qualidade de profissional e discriminar o agente consoante a idade ou o sexo. Cf., igualmente, p. 4. Evidenciando que a *faute civile* se distancia da *culpabilité pénale*, por ser apreciada em abstracto, não hesita em recordar que a referência é feita a um paradigma da mesma natureza e qualidade, pelo que pressuporá o discernimento e a imputabilidade.

Ainda no quadro da doutrina gaulesa, vide HENRI MAZEAUD, «La faute objective et la responsabilité sans faute», *Recueil Dalloz*, année 1985, p. 14, onde se chama a atenção para o facto de se dever ter em conta, na aferição da culpa, certas circunstâncias particulares do caso externas (estranhas ao autor do dano), embora já não as circunstâncias internas, cuja ponderação implicaria que se aferisse a culpa em concreto. Cf., igualmente, o disposto no artigo 487º, nº2 Código Civil.

A consideração das características particulares do agente insere-se na linha de relevância das especificidades do caso concreto. Tem, portanto, um pendor jurisprudencialista que em nada se confunde com tentativas – carecidas, aos nossos olhos, de sustentação – de estabelecimento de standards variáveis de cuidado exigível. Pensamos, por exemplo, nas propostas saídas da *Critical feminist movement*. Cf., *inter alia*, LESLIE BENDER, “An overview of feminist torts scholarship”, *Cornell Law Review*, 78, 1993, p. 575 e ss. (disponível em http://www.law.syr.edu/faculty/bender/pubs/overview_fem_torts.pdf). Define, aí, a *feminist torts scholarship* – cf. p. 3, equaciona o problema do *duty to rescue* – cf. p. 4 e ss., e conclui que “Feminist tort theorists ought to question the ways in which we organize torts analysis, challenge the values of tort law, suggest new paradigms for resolving personal injury problems, assess compensation systems for systemic bias, and help alleviate the huge human cost of personal injuries in our society”). Para uma análise crítica da perspectiva, vide WRIGHT, “The standards of care in negligence law”, ... cit., p. 254-255.

Sobre o ponto, numa perspectiva muito distante daquela que abraçamos, cf. GARY SCHWARTZ cf. “Feminist approaches to tort law”, *Theoretical Inquiries of Law*, vol. 2, number 1, article 6, 2001 (<http://www.bepress.com/til/default/vol2/iss1/art6>), p. 6 e ss.

Segundo o autor a análise feminista da responsabilidade civil terá tido a sua origem com o trabalho de LESLIE BENDER, publicado em 1988 [cf. “An Overview of Feminist Torts Scholarship”, *Cornell Law Review*, 78, 1993, p. 575 e ss., já citada], e terá sido problematizado o conceito de homem razoável, porquanto tal poderia significar o desaparecimento, discriminatório, da mulher do discurso jurídico modelado em torno do delito. A análise de diversos precedentes jurisprudenciais mostra, afinal, que as

E, designadamente, tem em conta a pressuposição de um quadro de referência no interior do qual se erige o juízo de censura ético-jurídica em que se consubstancia, em última análise, a culpa. Não se trata esta de um mero juízo tecnicista ou matemático de confrontação de uma conduta concreta com um *standard* de actuação. Tomando como referencial o homem médio, medianamente sensato, medianamente capaz, parte do pressuposto que é exigível ao agente adequar a sua conduta àquele patamar. Pelo que coenvolve sempre e necessariamente a determinação da imputabilidade do mesmo⁹²⁹.

O juízo de culpa, eticamente conformado, apenas tem sentido se a pessoa a quem se dirige tiver “a capacidade natural para prever os efeitos e medir o valor dos actos que

particularidades da condição feminina são tidas em conta no momento do proferimento do juízo de culpabilidade. Mas o problema extravasaria a dimensão dogmática e redundaria na defesa da complementaridade do padrão do *reasonable man* com o padrão da *reasonable woman* (cf. p. 15). Como se constata, a preocupação não é a da conformação material de uma decisão com as especificidades que entretencem o caso concreto, mas, ao invés, uma reivindicação feminista que procura, por via do direito, fazer dele um instrumento de prossecução da luta do movimento em que se inserem. O dado clarifica-se se continuarmos a acompanhar a exposição de SCHWARTZ. A págs. 25, o autor mostra como, alicerçadas na suposta superioridade da ética feminina relativamente à ética masculina, algumas autoras passaram a advogar a existência de um dever de salvaguarda do outro (*rescue duty*) na perspectiva da mulher. Veja-se, ainda, JACOB ASSAF, "Feminist Approaches to Tort Law Revisited - A Reply to Professor Schwartz," *Theoretical Inquiries in Law*, vol. 2, no. 1, Article 7, 2001 (<http://www.bepress.com/til/default/vol2/iss1/art7>).

Com grande importância para o nosso tema, cf. LESLIEBENDER, “An Overview of Feminist...”, ... cit., p. 9, analisando questões atinentes à causalidade de uma perspectiva feminista e considerando que “women and other previously excluded groups will be instrumental in bringing about a paradigm shift in the understanding of legal causation”.

Uma última nota para esclarecer que a *Feminist Legal Theory* se baseia no pressuposto que o direito (a lei) tem sido usado instrumentalmente no sentido de impor a subordinação da mulher. Apontando dados que crêem ser evidências de tal estatuto subordinado, propõem, posteriormente, a modificação do direito para obter a emancipação da condição feminina, optando por aceder a ela do ponto de vista do género.

Não será necessário dizer muito para perceber que esta instrumentalização do direito o fere de morte, transformando-o num dado não jurídico. Ainda que a pressuposição fosse correcta – o que, em si mesmo, não concedemos, antes derramando sobre a perspectiva o véu da total improcedência argumentativa – teríamos de concluir não ser este o mecanismo de obtenção do desiderato pretendido (o qual é também de bondade muito duvidosa).

⁹²⁹ Cf. VAZ SERRA, «Culpa do devedor ou do Agente», *Boletim do Ministério da Justiça*, nº68, 1957, p. 106, nota 158. O autor sublinha, aí, que a consideração objectiva da culpa não prescinde, para esta existir, da consciência dos próprios actos pelo agente – “Há aí um mínimo, além do qual parece não poder ir uma concepção, mesmo objectiva, da culpa, sem o que se excluiria em termos particularmente rigorosos o pressuposto da responsabilidade moral que está na base da responsabilidade civil baseada na culpa”.

No mesmo sentido, cf. WALTER MOMIGLIANO, «Il risarcimento del danno extracontrattuale cagionato da persona priva di discernimento», *Rivista di Diritto Civile*, XXIX, 1937, p. 223. Entende o autor que, mesmo avaliando-se a culpa em abstracto, a imputabilidade estará sempre presente, ainda que presumida. Considerando que a doutrina da culpa como deficiência da vontade e da culpa como uma conduta deficiente se tendem a aproximar, em virtude do recurso, pela primeira, à figura da culpa de assunção e do reconhecimento, pelos defensores da segunda, da necessidade de o lesado ter consciência dos seus próprios actos, cf. HENRIQUE SOUSA ANTUNES, *Responsabilidade civil dos obrigados à vigilância ...cit.*, p. 202 (sublinhe-se que nesta obra colhemos importantes referências bibliográficas).

prática e para se determinar de harmonia com o juízo que faça acerca deles”^{930 931 932}

933

⁹³⁰ ANTUNES VARELA, *Das obrigações...* cit., I, p. 563; MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações, ...* cit. I, p. 323.

O que pretendemos salientar, porém, foi a ideia de que, no puro plano conceptual, as duas realidades não se implicam necessariamente.

Problema conexo foi vivido em França, a propósito da amplitude com que deve ser encarada a *faute*.

Aderindo a uma concepção puramente objectiva de *faute*, entendida como o desvio de uma regra de conduta, o que viabilizaria a responsabilidade dos sujeitos privados da capacidade natural para entender ou querer, com base no argumento segundo o qual a mesma deveria distanciar-se da *faute* moral, cf. MAZEAUD, «La faute objective et la responsabilité sans faute», ... cit.

Note-se que o desenvolvimento da noção puramente objectiva do *fait fautif* acompanha o incremento das preocupações com a posição da vítima e conduz quase a uma ideia de ilicitude – cf. WAREMBOURG-AUQUE, «Irresponsabilité ou responsabilité civile de l’infans », *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, année 1982, p. 332 e 337.

No centro da controvérsia entre os adeptos da *faute* subjectiva e da *faute* objectiva encontra-se o artigo 489-2 do *Code Civil*, ligando-se a problemática, directamente, à possibilidade de um demente ser civilmente responsabilizado. Cf., a propósito do preceito, BARBIERI, «Inconscience et responsabilité dans la jurisprudence civile: l’incidence de l’article 489-2 du code civil, après une décennie», *La semaine juridique*, année 1982, 3057. Veja-se, ainda, MASSIMO BIANCA, *Diritto civile...* cit., p. 660.

Percebe-se, portanto, que em causa não está, sob o domínio do Código de Napoleão, apenas a determinação dos critérios de aferição da culpa do agente, mas, a montante, o desenho dos pressupostos de surgimento de uma pretensão indemnizatória e dos fundamentos da mesma.

Sobre o ponto, com algumas indicações sobre o conceito de *faute*, veja-se GUIDO ALPA, *Responsabilità civile e danno...* cit., p. 223.

Veja-se, ainda, GENEVIEVE VINEY, “Réflexions sur l’article 489-2 du Code Civil”, *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, année 1970, tome soixante-huitième, p. 251 a 267

⁹³¹ Fica implícita a nossa adesão a uma concepção de culpa que sublinha o sentido normativo da mesma, para lá da ligação psicológica do facto ao agente, que deverá igualmente estar presente. Na verdade, o juízo de culpa, ligando-se à ideia de inimputabilidade, configurará sempre um juízo de censura face ao desvalor do acto voluntário. Sobre este ponto, cf. MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações...* cit., I, p. 323; MENEZES CORDEIRO, *Direito das Obrigações, ...* cit., II, p. 308; ANTUNES VARELA, *Das obrigações...* cit., I, p. 566

⁹³² Cf. YVONNE LAMBERT-FAIVRE, «L’évolution de la responsabilité civile...» ... cit., p. 3. A autora sublinha que a aferição abstracta da *faute* tenderá a conduzir ao abandono da imputabilidade. E ilustra o seu pensamento com algumas decisões de Tribunais franceses. Da autora, cf., igualmente, «L’éthique de la responsabilité», *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 1998, p. 1-22, aqui p. 6.

Repare-se, contudo, que a *faute*, sendo tendencialmente entendida no sentido da culpabilidade, não se confunde com esta, antes integrando dois elementos. A par do elemento objectivo (violação de um dever), implica um elemento subjectivo, a imputabilidade. Cf. WAREMBOURG-AUQUE, «Irresponsabilité ou responsabilité civile de l’infans», ... cit., p. 331.

Explicita-se, porém, que a imputabilidade pode não coincidir exactamente com os contornos da imputabilidade de que curamos.

Na verdade, a consideração do elemento subjectivo pode perfeitamente conduzir à ponderação da culpa do agente, aferida em abstracto, pelo que prescindida da imputabilidade no sentido do discernimento.

Não será, porém, esse o sentido com que YVONNE LAMBERT-FAIVRE a considera – «L’évolution...»... cit., p. 2-3. Pode ler-se aí que a prova da *faute* comporta dois aspectos: a *conduite fautive*, que implica a comparação da conduta a um referente *non fautive* e a imputabilidade desse comportamento ao responsável, entendida como a consciência susceptível de discernir o *fautif* do *non fautif*. Sem que a autora deixe de alertar para o facto de a apreciação da *faute* em abstracto – ao ponto de se assumir como referente de sindicância da conduta do menor o comportamento do *bonus pater familias* – conduzir ao abandono da imputabilidade e a uma responsabilidade *déracinée, désincarnée, décervelée*.

Veja-se, ainda, sobre o correcto desenho da *faute*, HERMAN A. COUSY, “Wrongfulness in Belgian Tort Law”, in KOZIOL (ed.), *Unification of tort law: wrongfulness*, Kluwer Law International, Netherlands, 1998, p. 31 a 38; GENEVIÈVE VINEY, “Le wrongfulness en droit français”, in KOZIOL (ed.), *Unification...* cit., p. 57; MENEZES CORDEIRO, *Da responsabilidade civil dos administradores ...* cit.; ELSA SEQUEIRA, *O conceito de faute. Contributo para o estudo da culpa e da ilicitude na responsabilidade civil*, Faculdade de Direito de Lisboa, 2000 (policopiado). Cf., igualmente, ESMEIN,

Mais do que um expediente pensado para impedir a imposição de um ónus excessivo ao lesante, e nessa medida alimentado por um ideal de justiça, a imputabilidade comunica-nos o sentido último da coloração axiológica e ética que à responsabilidade civil há-de ser reconhecida.

Adequadamente compreendida, esta só tem sentido no quadro da actuação de uma pessoa livre. A pessoa é responsável por ser pessoa e, como tal, dotada de liberdade. Dito de outro modo, ao ser humano, portador de uma ineliminável dignidade ética, é necessariamente reconhecida a sua autonomia.

E a autonomia ou liberdade que se reclama, longe de ser entendida como um despojamento relativamente a um qualquer referencial de sentido, que encerre o homem sobre si mesmo, isolando-o, implica o encontro com o outro, pelo que cada um será responsável pelas consequências da sua acção. Longe da liberdade negativa, potenciadora da des-solidariedade, está, aqui, em causa a liberdade positiva, a liberdade que, concretizando-se no decidir concreto através do qual o ser humano se autodetermina, convoca impreterivelmente um referente que permita, em última instância, fundamentar aquela opção a que se adere. E porque o pólo que a titula e reivindica é a pessoa dotada de uma ineliminável dignidade ética, aquele referente de sentido que viabiliza o exercício da liberdade não pode deixar de se reconduzir, na sua radicalidade, ao reconhecimento do outro, com quem contacta, como um ser dotado de igual dignidade.

« La faute et sa place dans la responsabilité civile », *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, année 1949, tome quarante-septième, p. 481 a 490.

⁹³³ Cf. MICHAEL SMITH, «Responsability and self-control», *Relating to responsibility, Essays in honour of Tony Honoré on his 80th Birthday* (edited by PETER CANE and JOHN GARDNER), Portland Oregon, Oxford, 2001, p. 1 a 19.

Começando por afirmar que “the only people we see fit to sanction and blame are those who have rational control over their conduct”, o autor propõe descortinar quando é que um agente tem o controlo racional sobre si mesmo que possa fazer dele um centro de imputação de um juízo de culpa.

A perspectiva aí encetada é totalmente diversa daquela com que estamos familiarizados.

O mesmo se constata, não obstante as diferenças que separam os autores, no artigo de PHILIP PETTIT, «The capacity to have done otherwise: an agent-centred view», *Relating to responsibility, Essays in honour of Tony Honoré on his 80th Birthday* (edited by PETER CANE e JOHN GARDNER), Portland Oregon, Oxford, 2001, p. 21 e ss., p. 21 e ss.

Se no primeiro estudo somos confrontados com uma abordagem psicológica da ideia de auto-controlo, no segundo trabalho, pese embora o diferente modo de tratamento da questão, o olhar dirige-se para a problemática do correcto entendimento acerca do que deve ser a *capacity* do agente.

Independentemente da distância que nos pode separar, a verdade é que a leitura atenta das posições ali expendidas permite concluir, na esteira do que temos vindo a expor, que a responsabilização de um agente só é possível quando ele seja dotado das capacidades mínimas que viabilizem aquela imputação. O que, em última instância, diríamos nós, só é possível na pressuposição do carácter livre da sua conduta.

Para uma percepção do modo como o problema da responsabilidade dos menores e dos portadores de anomalias psíquicas é tratado nos países da *Common Law*, e já que fizemos apelo ao testemunho de SMITH e de PETTIT, cf, ainda, MARGARET BRAZIER (ed.), *Clerk & Lindsell ... cit.*, p. 132 e 136.

Donde resulta, a par da emergência de uma série de deveres de segurança e respeito na relação intersubjectiva entretecida, que a responsabilidade aparece como o correlativo da própria liberdade e não um limite externamente imposto para a cercear⁹³⁴.

Mas, a ser assim, só é plausível falar de responsabilidade se e na medida em que a pessoa possa autodeterminar-se. Donde se exclui a viabilidade da responsabilização delitual dos inimputáveis^{935 936 937 938}.

⁹³⁴ Criticando a conexão entre a ideia de responsabilidade e de culpa e a dignidade e autonomia da pessoa humana, cf. JÚLIO GOMES, «Responsabilidade subjectiva...» ...cit., p. 106.

⁹³⁵ Cf. WAREMBOURG-AUQUE, «Irresponsabilité ou responsabilité civile de l'infans», ... cit., p. 331, referindo-se às construções da jurisprudência gaulesa.

Cf., também, SILVIA DIAZ ALABART, “La responsabilidad por los actos ilícitos dañosos de los sometidos a patria potestad o tutela”, *Anuario de derecho civil*, tomo XL, fascículo III, Julio-Septiembre MCMLXXXVII, p. 795 a 894; ALT-MAES, « Les nouveaux droits reconnus à la victime d'un mineur », *La semaine juridique*, année 1992, 3627, p. 510 a 516 ; SOFIA DE SALAS MURILLO, *Responsabilidad civil e incapacidad*, Tirant lo Blanch, Valência, 2002; PATRIZIA PETRELLI, “La responsabilità civile dell'infermo di mente nell'ordinamento francese”, *Rivista di Diritto Civile*, anno XXXVII, n°1, 1991, p. 77 a 97.

⁹³⁶ Não obstante não ser este o momento adequado para escarpelizar a concepção de responsabilidade que subjaz ao nosso discurso, afigura-se importante notar que a mesma – pese embora os pontos de contacto denotáveis – se afasta de uma perspectiva centrada numa ideia de consenso, protagonizada por RAWLS. Também o autor acantona a responsabilidade na ideia de pessoa livre porque detentora “de dois poderes morais – a capacidade do sentido de justiça e de concepção do bem – e dos poderes da razão – de juízo, de pensamento e da inferência conexcionada com estes poderes” (cf. CASTANHEIRA NEVES, «Pessoa, Direito e Responsabilidade», ... cit., p. 27). Mas, como salienta CASTANHEIRA NEVES, “a importância da convocação da pessoa por Rawls não tem outras consequências para além das que já aludimos (...)”, pelo que conclui que com ele se regressa ao modelo moderno-individualista de responsabilidade, perspectivado unicamente sob o prisma dos direitos individuais e legitimador da questão “pois se tudo parte e se funda nos interesses do indivíduo natural em recusa de todos os deuses, e em termos de nessa linha se dizer inclusive que acreditar em direitos fundamentais é o mesmo que acreditar em bruxas, como constituir e fundamentar o vínculo social, supra-individual e normativo?” (*op. cit., loc. cit.*).

Refira-se, por último e do mesmo modo sincopado, que, em homenagem aos ensinamentos do filósofo do direito português, a recusa do individualismo radical não comporta a adesão a uma visão comunitarista e socializante, até porque também ela obnubiladora da personalidade que se convoca.

Para maiores desenvolvimentos, e sem embargo de ulteriores considerações, cf. RAWLS, *Uma teoria da justiça*, 2ª ed., Editorial Presença, Lisboa, 2001 (tradução de CARLOS PINTO CORREIA)

⁹³⁷ Note-se que a própria objectivação da *faute*, de que demos conta, e sem embargo do nosso modelo ressarcitório dela se afastar, se prende com uma alteração no modo como se olha para os sistemas de responsabilidade civil. Sobre o ponto, cf. CASTANHEIRA NEVES, «Pessoa, Direito e Responsabilidade», ... cit., p. 9 a 43. Veja-se, ainda, LUÍS DíEZ-PICAZO, «La responsabilidad civil hoy», *Anuario de Derecho Civil*, tomo XXXII, fasc. II e III, 1979, p. 732. Chama o autor a atenção para o princípio *pro damnato* como núcleo central do *derecho de daños*, inscrevendo-se a ideia num modelo social que reclama a protecção do lesado e um afastamento do modelo individualista, ainda bebedor da influência dos canonistas e da noção de pecado. A páginas 734, o autor diagnostica como motivo determinante da crise por que passa a responsabilidade civil a tensão entre a “moralização de condutas por via de uma mais exigente responsabilidade e um dever de reparar todos os danos possíveis”, para afirmar que o princípio social hodiernamente modelador do sistema passa pela assunção da reparação de todos os prejuízos em que não haja motivo para que seja a vítima a suportar por si só.

Em termos históricos, verifica-se, por um lado, uma tendência restritiva da responsabilidade civil, em nome da liberdade individualística, então proclamada, e por outro, um progressivo abandono dos esquemas subjectivos de imputação, em homenagem a um modelo socializante e em face do alargamento das situações de risco, fruto da industrialização emergente e crescente.

Estamos em crer que a síntese entre as duas posições passa, exactamente, pela superação da hipertrofia individualista e da hipertrofia comunitarista, pelo apelo directo ao ser pessoa como última instância fundamentadora de toda a responsabilidade. É a essa luz que se devem, pois, compreender as ideias de

Se no mundo negocial, a incapacidade é erigida para protecção daquele que, fruto das suas debilidades naturais ou falta de maturidade, não se encontra em condições de reger adequadamente a sua pessoa e bens, intervindo por si só no tráfego negocial, aqui não releva em primeira linha o ideal protector, agigantando-se aquela outra ideia de impossibilidade de responsabilização ao perscrutar-se o fundamento último da imputação delitual.

Não quer isto dizer que no mundo negocial não releve uma ideia de autodeterminação. Pelo contrário, conformado pela autonomia privada, que conhece o seu esplendor na projecção contratual, o mundo negocial seria impensável na ausência de seres livres na acepção aduzida⁹³⁹.

Simplesmente, enquanto, no âmbito da relevância delitual, a imputabilidade é aferida em concreto⁹⁴⁰, a incapacidade é estabelecida, mediante certos pressupostos, de forma duradoura, derramando os seus efeitos nos diversos negócios – e outros actos pessoais – em que o menor, interdito ou inabilitado participem, sem que se determine, *in casu*, se a pessoa tinha ou não o domínio intelectual e volitivo que lhe permitissem vincular-se autonomamente. Donde parece resultar que, não sendo excluída a primeira ideia, é a segunda que se localiza hierarquicamente num posto cimeiro, justificando teleologicamente a anulabilidade cominada para sancionar os actos dos incapazes.

solidariedade e responsabilidade, com consequências aos mais diversos níveis, entre as quais a modelação dos pressupostos erigidos para a procedência de uma pretensão ressarcitória e, bem assim, a própria visão que derramamos sobre a imputabilidade.

Sobre este ponto teceremos ulteriores considerações, quando, mais ou menos detidamente, explanarmos a conexão entre esta e a responsabilidade objectiva.

A propósito da objectivação da culpa, cf. ainda ERNST VON CAEMMERER, “Das Verschuldensprinzip in Rechtsvergleichender Sicht”, ... cit., aqui 11 e ss. e ANDRÉ TUNC, “Torts. Introduction”, *International Encyclopedia of Comparative Law*, XI, Chapter 1, 1974, p. 131 ss. e 177 e ss.

Veja-se, ainda, noutro espectro, EHRENZWEIG, “Negligence without fault”, *California Law Review*, 54, 1966, p. 1422 e ss.

⁹³⁸ Sobre o problema da responsabilidade dos inimputáveis, cf., na doutrina mais antiga, KARL HEINSHEIMER, “Die Haftung Unzurechnungsfähiger nach § 829 des Bürgerlichen Gesetzbuch”, *Archiv für die civilistische Praxis*, 95, Heft 2, 1904, p. 234 e ss. e E. HÖCHSTER, “Grenze der Haftung Unzurechnungsfähiger (§ 829 BGB)”, *Archiv für die civilistische Praxis*, 104, Heft 3, 1909, p. 427 e ss.

⁹³⁹ Apesar do que ficou dito, relembremos que, em nosso entender, a responsabilidade contratual se distingue da responsabilidade delitual, também, no plano normativo da fundamentação última. Na verdade, embora se reconduzam a uma ideia de ser pessoa, unificadora de todo o espaço juridicamente relevante, e, concomitantemente de liberdade, o contacto pessoal e estreito, funcionalizado para a produção de um fim, determina que o fundamento da responsabilidade obrigacional há-de ser encontrado numa ideia de confiança, normativizada pela mediação da boa fé. Já ao nível delitual, faltando aquela conformação estrutural e funcional, em que radica afinal os outros índices dicotomizadores, há que fazer apelo directo a uma ideia de liberdade positiva. Cf., para maiores desenvolvimentos, o que ficou dito em *Liberdade versus responsabilidade...* cit.

⁹⁴⁰ O artigo 488º, nº2, CC presume inimputáveis os menores de sete anos e os portadores de deficiências mentais. No entanto, tal presunção pode ser ilidida, ao mesmo tempo que é possível, em concreto, provar-se a inimputabilidade dos agentes que não se enquadrem nestas categorias.

Posição contrária poderia eventualmente ser percebida a partir das palavras de SOUSA ANTUNES⁹⁴¹. Embora referindo-se aos critérios de aferição da culpa, o autor chama à colação – para sustentar a ideia de que não é aceitável uma determinação generalizadora daquela que desatenda à ponderação das circunstâncias pessoais do agente – um princípio de segurança social, as cláusulas constitucionais de protecção da infância, juventude, deficiência, idosos, pelo que, por maioria de razão, e já que “o juízo de responsabilidade deverá assentar não apenas na lesão da vítima, mas também na ponderação da fragilidade subjectiva do agente”, a desresponsabilização dos inimputáveis se torna claramente perceptível à luz desta ideia de salvaguarda do lesante no seu confronto com o lesado^{942 943 944 945}.

⁹⁴¹ HENRIQUE SOUSA ANTUNES, *Responsabilidade civil dos obrigados à vigilância...* cit., p. 206 e ss.

⁹⁴² No fundo, o que o autor pretende referir é que, estando em causa uma pessoa portadora de especiais debilidades, o conflito de interesses entre lesante e lesado subjacente ao juízo de responsabilidade há-de ser resolvido em favor do lesante, contrariando o domínio do princípio da protecção da vítima.

Note-se que SOUSA ANTUNES não foca, explicitamente, o fundamento da exigência de imputabilidade na base de um juízo de responsabilidade. No entanto, tratando do problema do padrão aferidor da culpa a propósito do artigo 491º CC e da determinação do facto em abstracto responsabilizante do naturalmente incapaz, no sentido de concretizar a responsabilidade do vigilante, parece abrir a porta às considerações que expendemos.

⁹⁴³ Cf., em sentido análogo, RIBEIRO DE FARIA, «Algumas notas sobre o finalismo em direito civil», *Boletim da Faculdade de Direito*, vol. LXX, p. 218.

⁹⁴⁴ Cf. MASSIMO BIANCA, *Diritto civile...* cit., p. 656. Partindo da ideia segundo a qual, a partir do momento em que a culpa adquire um figurino objectivo, é possível qualificar o comportamento de um incapaz como culposo, MASSIMO BIANCA considera que a não responsabilização do incapaz de entender ou de querer se justifica, não pela ausência de qualquer pressupostos daquela, mas em razão da protecção do mesmo.

Vistas as coisas nesta perspectiva, tal como se reconhece na obra citada, a regra da não responsabilização do *incapace* é passível de críticas, sobretudo na óptica das doutrinas modernas.

Sublinhe-se que, a par da aproximação entre a imputabilidade penal e a incapacidade para entender e querer, se procura um filão explicativo unitário para a imputabilidade civil e a incapacidade de exercício – “Come nella vita di relazione l’incapace è esente dalle conseguenze sanzionatorie dei propri fatti dannosi, così nell’esercizio dell’autonomia privata può sottrarsi agli effetti giuridici dei propri atti negoziali” – mal grado o reconhecimento das especificidades que a mesma assume ao nível da autonomia privada. Movem-se aí preocupações relativas ao perigo de o incapaz poder ser vítima do aproveitamento da contraparte, pela falta de maturidade para a gestão dos seus próprios interesses. São, aliás, essas especificidades que, na perspectiva do autor, justificam que um incapaz de exercício possa ser delitualmente responsabilizado.

Cf., sobre as diferenças e semelhanças entre a imputabilidade penal e civil, GIOVANNA VISINTINI, *Trattato Breve della Responsabilità Civile...* cit., p. 472.

⁹⁴⁵ Já poderá ter sentido a ponderação da especial fragilidade do inimputável e da necessidade, daí decorrente, de o proteger se nos detivermos no problema do concurso de culpa do lesado e na análise dos pressupostos de mobilização do artigo 570º CC. Cf., BRANDÃO PROENÇA, *A conduta do lesado...* cit., p. 529 e ss. Trata-se, de facto e diferentemente, de saber em que medida a conduta deste pode obstar à responsabilização do lesante, dividindo-se os autores entre um apelo à culpa ou à causalidade para justificar a previsão normativa.

Reconhecendo o alcance da questão concretamente colocada, teceremos sobre ela ulteriores desenvolvimentos.

Cf., sobre este ponto, EMÍLIO ONDEI, «Il fatto illecito del non imputabile», *Il foro italiano*, vol. LXXXVII, Parte I, p. 1546 e ss., conexiando a problemática com o problema da injustiça do dano e da possibilidade de o inimputável praticar ou não um acto ilícito. Para tanto, o autor estabelece uma ponte comunicante com o direito penal e, dicotomizando a compreensão da imputabilidade como um elemento

Se comumente a imputabilidade é traçada na sua conexão com a culpa, importa ter em conta – de um jeito problematizante, e já que a estamos a apresentar como um quadro macroscópico no interior da qual a imputação é viável, de modo a extrairmos algumas conclusões que se afigurem pertinentes para o tratamento do tema a que nos propusemos – a possível relação a entretecer entre ela e a ilicitude.

Embora os dois termos não surjam habitualmente concatenados, a nem sempre clara ligação entre culpa e ilicitude ao nível da dogmática da responsabilidade civil parece depor nesse sentido. Em causa, designadamente, estará o confronto entre os adeptos da doutrina da ilicitude do resultado ou da conduta e bem assim a tomada em consideração da recondução da teoria finalista para o âmbito privatístico⁹⁴⁶.

Na verdade, se se determinar o ilícito pela violação de direitos subjectivos absolutos, aceita-se que a sua verificação em concreto não esteja dependente da imputabilidade do agente. Já para quem faça depender aquele da presença de um comportamento desvalioso, onde o dolo ou a violação de um dever objectivo de cuidado se afiguram imprescindíveis, a inimputabilidade será determinante não só da ausência de culpa como também da não constatação do carácter ilícito do acto⁹⁴⁷.

Percebe-se, então, que a imputabilidade joga um papel decisivo no que tange à desvelação da ilicitude. Na verdade, embora se entenda que, estando em causa a primeira modalidade daquela, ela se determina com base no resultado, importa não esquecer, por exemplo, os casos reconduzidos ao abuso do direito ou aquelas outras situações em que o comportamento lesivo se traduz numa omissão.

do crime (capacidade para cometer um crime) ou um elemento da pena, conclui que, a optar-se pela segunda, se viabiliza uma concepção de antijuridicidade objectiva, com potenciais reflexos ao nível privatístico. Do autor, veja-se, também, “Nota sulla responsabilità civile dei non imputabili”, *Rivista di Diritto Civile*, anno XI, 1965, p. 462 a 471.

⁹⁴⁶ Cf. BRANDÃO PROENÇA, *A conduta do lesado...* cit., p. 233, nota 743.

⁹⁴⁷ A propósito da transposição da doutrina finalista para o direito da responsabilidade civil, cf., *inter alia*, OLIVEIRA ASCENSÃO, «A teoria finalista e o ilícito civil», *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, vol. XXVII, 1986, p. 9 a 28; ID., *Acção finalista e nexa causal...* cit.; JORGE RIBEIRO DE FARIA, «Algumas notas sobre o finalismo em direito civil», ... cit., p. 133 a 219.

Infra, teremos oportunidade de entrar em diálogo com as posições finalistas, porque a isso seremos instados no decurso da nossa exposição, indicando, em tempo oportuno, novas referências na matéria.

Para outras considerações acerca da ilicitude, cf. ANTUNES VARELA, *Das obrigações...* cit., I, p. 649; ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações...* cit., p. 469 e ss.; PESSOA JORGE, *Ensaio sobre os pressupostos ...* cit., p. 63 e ss.; MENEZES CORDEIRO, *Direito das Obrigações, ...* cit., II, p. 271, 277, 303 e 304, 324 e ss. e 367 e ss.

Sendo imprescindível, em qualquer das situações, que o agente olvide um dever de segurança no tráfego, as considerações pretéritas poderiam ser tidas em conta se ele fosse, em concreto, considerado um inimputável^{948 949}?

Acrescente-se, ainda, que o qualificativo ilícito se há-de referir a um comportamento voluntário, pelo que pode acontecer que, mesmo no âmbito da ilicitude preenchida pelo resultado violação de direitos absolutos, a barreira da imputabilidade seja determinante^{950 951 952}.

⁹⁴⁸ Saliente-se que, ainda que se negue o finalismo em direito civil e a adopção genérica da teoria da ilicitude da conduta, se pode continuar a exigir, para a determinação do pressuposto da ilicitude, a existência de um comportamento voluntário. Nesse sentido, se pode sustentar que ao nível da responsabilidade objectiva se prescinde, não só do juízo de culpabilidade, mas do juízo objectivo de ilicitude.

Quanto ao ponto, cf., *inter alia*, ANTUNES VARELA, *Das obrigações...* cit., I, p. 636 e, embora com uma justificação diferente, CARNEIRO DA FRADA, *Contrato e deveres de protecção*, ... cit., p. 131. Cf., também, ERWIN DEUTSCH, *Allgemeines Haftungsrecht...* cit., p. 431.

Veja-se a posição contrária de BRANDÃO PROENÇA, *A conduta do lesado...* cit., p. 233 e nota 743 (considera o autor que, “não se tratando de valorar uma conduta humana (...), tem-se entendido que estamos perante uma responsabilidade em que está ausente o ilícito, pelo menos no seu sentido mais moderno ligado à culpa. A tónica da existência de uma conduta objectivamente reprovável não é, contudo, sustentada por aqueles que defendem um conceito autónomo de ilicitude desprendido da culpa, conectado ao efeito jurídico, ao resultado causal, no fundo, à própria violação do bem absolutamente tutelado. A primeira concepção, aderindo ou não ao finalismo, nega que o *erlaubtes Risiko* implique qualquer desvalor de acção”).

Cf., *infra*, de forma sistemática a questão da prescindibilidade ou não da ilicitude ao nível da responsabilidade pelo risco.

⁹⁴⁹ Vejam-se, porém, as considerações expendidas por WAREMBOURG-AUQUE, «Irresponsabilité...» ... cit., p. 337. Referindo-se à doutrina que advoga a concepção objectiva do *fait fautif*, salienta que com base nela se pode defender que os menores podem cometer uma *faute*, porque esta surge como um acto ilícito apreciado em abstracto e contrário aos deveres que deve respeitar, concluindo que *l'illicéité n'implique pas la capacité de comprendre et de vouloir*.

Note-se que, sendo o âmbito do ilícito totalmente diverso daquele a que somos conduzidos pelo sistema erigido sob inspiração de IHERING, as observações dos autores, apartando-se do elemento subjectivo, e focalizando-se na ilicitude, acabam por, pese embora não deixem de ser relevantes a este nível, colimar-se com considerações atinentes à culpa (cf. p. 338: “pour déterminer l'illicéité du comportement d'un infans, il faudrait pouvoir comparer sa conduite à celle d'un individu doté de conscience et placé dans les mêmes circonstances”).

Por outro lado, convém não esquecer a posição de todos os autores que, como MENEZES CORDEIRO, entendem que, a despeito do artigo 483º CC, os artigos que consagram as presunções de culpa devem ser interpretados no sentido do acolhimento, excepcional, da *faute* no sistema delitual português. É, aí, evidente o não abandono da culpa e consequentemente da imputabilidade.

Cf., a propósito do artigo 493º, nº2, do CC, o que dissémos em *Liberdade versus responsabilidade...* cit., p. 377 e ss.

Veja-se, ainda, acerca da presunção de culpa nele contida e dos problemas que a mesma suscita, no quadro do pensamento tradicional, designadamente no tocante à relevância excepcional da causalidade virtual, a questão da contra-prova que se requer. Sobre o ponto, cf. RIBEIRO DE FARIA, *Direito das Obrigações*, I, ... cit., p. 308.

Sublinhe-se, ainda, a este ensejo, que alguns autores consideram que o menor pode praticar um acto ilícito, defendendo, porém, a sua irresponsabilidade pela assimilação da *faute* à culpa (cf. WAREMBOURG-AUQUE, «Irresponsabilité ou responsabilité civile...» ... cit., p. 338, nota 59).

⁹⁵⁰ Cf. WAREMBOURG-AUQUE, «Irresponsabilité ou responsabilité civile...» ... cit., p. 335, no que diz respeito aos menores e centrando-se na questão da ilicitude, tendo por base de análise a posição da *Cour de Cassation* quanto ao ponto.

Com o que estamos em condições de formular uma questão potenciadora de um excursus – por ora circunscrito – sobre problemas de ponta da dogmática civilística.

Falamos do problema da (im)possibilidade de um inimputável ser responsabilizado objectivamente. A questão afigura-se pertinente na medida em que, ao nível da responsabilidade pelo risco, pela sua própria definição, se prescinde do juízo de censura em que se traduz a culpa⁹⁵³.

⁹⁵¹ Tenham-se em conta, designadamente, todas aquelas situações de inimputabilidade que resultam de estados, ainda que transitórios, em que a conduta da pessoa está despida de qualquer marca de voluntariedade. Pense-se, a título ilustrativo, nas situações de sonambulismo, hipnose.

Referindo-se a tais hipóteses, cf. WALTER MOMIGLIANO, «Il risarcimento...», ... cit., p. 215.

⁹⁵² O âmbito do problema pode ser ampliado, com implicações concretas no tema que nos propusemos tratar. Apontamo-lo aqui, embora tenhamos a noção precisa de que a possibilidade de acedermos ao correcto entendimento do que inscrevemos nesta nota fica dependente de referentes de inteligibilidade que só serão mobilizados *infra*.

Assim, em primeiro lugar, cumpre frisar que a inimputabilidade se afigura imprescindível no quadro da responsabilidade objectiva. Nesta, o responsável encabeça uma esfera de risco que passa a existir para além dele. A imputação objectiva – tradicionalmente vista como resposta ao problema da causalidade – visa, pois, reconduzir o resultado a essa esfera que se autonomizou do sujeito. Ora, se o sujeito for inimputável no momento da assunção da esfera de risco, nunca chega a assumi-la verdadeiramente, dado que se pode comprovar pela análise de alguns tipos legais, como o consagrado no artigo 503º CC. Para além do “perigo próprio do veículo”, há a considerar a direcção efectiva dele, excluindo-se a relevância da assunção da esfera de risco pelo inimputável [a imputação objectiva, no sentido da recondução do resultado à dita esfera de risco, pode existir, mas apenas se a considerarmos no seu desenraizamento subjectivo ou seja, e do ponto de vista da interpretação da norma como a que citámos, se olharmos para o perigo próprio do veículo independentemente de alguém deter ou não a sua direcção efectiva].

Tratando-se de uma situação de responsabilidade subjectiva, a esfera de risco – que será chamada à colação segundo um prisma personalista – desenha-se a partir de uma actuação concreta protagonizada pelo lesante. Pergunta-se, então, se a inimputabilidade poderá ou não prejudicar a imputação objectiva que, a partir dela, se possa fazer. Ora, dependendo do modo como essa esfera de risco se esboça poderá ou não a inimputabilidade comprometer os seus contornos iniciais. No fundo, se o seu esquisso partir de uma conduta que, por incrementar o risco com obliteração dos deveres de cuidado, se pode dizer culposa, a carência da qualificação mínima do sujeito obsta a tal desiderato.

Sublinhe-se, contudo, que isto não implica uma adesão ao finalismo, nem uma confusão entre culpa e imputação objectiva. Não só veremos que esta é mais ampla que aquela, quanto muito buscando ali um alicerce, como a primeira se cinde da ilicitude. Aliás, é exactamente por esta, na sua primeira modalidade, se desvelar por via do resultado que se impõe como incontornável o nexos de ilicitude a que se aludirá.

Saliente-se, *in fine*, que a referência que aqui se faz à culpa é meramente incidental, pois, como veremos, não é necessariamente nela que se alicerça a esfera de risco a erigir para ser confrontada com outros círculos dele. Sem que, não obstante, pelo sentido de imputação que vem implícito na nossa proposta, tal nos afaste da exigência de inimputabilidade ao nível do que classicamente era entendido como causalidade.

⁹⁵³ Agora de uma forma sistemática, cf., para a consideração de que ao nível da responsabilidade objectiva se prescinde também do juízo de ilicitude, *inter alia*, ANTUNES VARELA, *Das Obrigações...* cit., I, p. 636, CARNEIRO DA FRADA, *Contrato e deveres de protecção*, ... cit., p. 131; BRANDÃO PROENÇA, *A conduta do lesado* ... cit., p. 233, nota 743; ANA PERESTRELO DE OLIVEIRA, *Causalidade e imputação* ... cit., p. 21; SOFIA SEQUEIRA GALVÃO, *Reflexões acerca da responsabilidade do comitente no direito civil português a propósito do contributo civilista para a dogmática da imputação*, AAFDL, 1990, p. 73 e ss.

Sobre o ponto, veja-se, ainda, NILS JANSEN, *Die Struktur des Haftungsrecht...* cit., p. 10 e ss., 304 e ss. e 321 e ss. Analisando a evolução histórica do direito delitual, para aí sustentado determinar se existe ou não uma razão na base da tradicional dicotomia entre a responsabilidade subjectiva e a responsabilidade objectiva, JANSEN remonta ao pensamento de MOLINA e à sua exposição acerca da *culpa levíssima*. Na base dela estaria a percepção de que há determinadas actividades que comportam risco para os outros, sem que se deva ir ao ponto de as proibir. Em contrapartida, não seria admissível levar a cabo tais actividades sem estabelecer a obrigação de reparar os danos causados por elas, dado que seria expresso através do conceito em apreço. Segundo explicita JANSEN, ele não importaria mais do que a assunção

21. A imputabilidade no diálogo comunicante com a responsabilidade pelo risco. Imputabilidade, imputação e causalidade nos meandros de tal modalidade ressarcitória.

Um raciocínio de tipo lógico, conceptualista e categorial levar-nos-ia, sem hesitação, a afirmar que o afastamento da culpa torna irrelevante a imputabilidade.

Porém, e abdicando ainda de ulteriores considerações, um olhar sistemático sobre os preceitos do diploma mãe em matéria de direito civil far-nos-á deter a atenção no nº2 do artigo 503º. Diz-nos a norma em questão que “as pessoas não imputáveis respondem nos termos do artigo 489º”⁹⁵⁴.

A solução de compromisso a que somos conduzidos não é inequívoca. Se bem que forneça um critério judicativo claro sempre que em causa esteja um acidente causado por um veículo, ela concita dúvidas: estará o legislador a afirmar que, pese embora se esteja diante de uma hipótese de responsabilidade independente de culpa, esta só existirá – de forma plena – quando o lesante seja passível de um juízo de censura? Ou em causa estará apenas e só uma limitação da indemnização tendo em atenção as condições especiais do agente inimputável que o tornam vulnerável, numa clara intenção de protecção do mesmo?

Recusamos, é certo, qualquer tentativa de interpretação subjectivista que nos leve em busca da vontade do legislador histórico, mas não podemos escamotear a importância das questões pretéritas. Importância prática porque, consoante a adequada

silenciosa do risco, a fundar uma responsabilidade objectiva, dentro da qual a antijuridicidade não pode ser entendida senão por referência ao resultado (lesão de um direito subjectivo).

Cf., também, LARENZ, “Die Prinzipien der Schadenszurechnung. Ihr Zusammenspiel im modernen Schuldrecht”, *Juristische Schulung, Zeitschrift für Studium und Ausbildung*, 5. Jahrgang, Heft 10, 1965, p. 373 e ss.; LARENZ/CANARIS, *Lehrbuch...* cit.II/2, p. 610; VON BAR, *Verkehrspflichten Richterliche Gefahrsteuerungsgebote im deutschen Deliktsrecht*, C. Heymanns Verlag, Köln, Berlin, Bonn, München, 1980, p.131 e ss.; KÖTZ/WAGNER, *Deliktsrecht...* cit., p. 195 e ss. ; ESSER, *Grundlegend ...* cit., p. 69 e ss. ; DEUTSCH, *Allgemeines Haftungsrecht...* cit., p. 431

Veja-se, ainda e novamente, BRANDÃO PROENÇA, *A conduta do lesado...* cit., p. 233 e nota 743, em sentido divergente.

Dois parecem ser os argumentos de peso adiantados pelos autores que lidam com a problemática. Por um lado, como podemos considerar ilícita uma actividade que é permitida pela lei? Por outro lado, como sustentar que a responsabilidade pelo risco envolve a ilicitude sem admitir que haja uma injunção tendente a paralizar a sua execução?

⁹⁵⁴ A propósito da responsabilidade de um inimputável nos termos do artigo 489º/2 CC, cf. PEDRO ROMANO MARTÍNEZ, *Direito das Obrigações. Apontamentos*, 2003, p. 98, considerando que se trata de uma responsabilidade objectiva; ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações...* cit., p. 523, nota 1; SINDE MONTEIRO/MARIA MANUEL VELOSO, “Fault under Portuguese Law”, P. WIDMER (ed.), *Unification of Tort Law: Fault*, Kluwer Law International, Netherlands, 2005, p. 187.

interpretação daquele nº2, assim circunscreveremos ou não o seu âmbito de aplicação aos casos tipificados no artigo 503º CC; importância teórica, na medida em que, se a nossa conclusão for no sentido de tornar operante, no seio da responsabilidade pelo risco, uma ideia de imputabilidade, o olhar derramado sobre aquela terá, necessariamente, de ser consonante com ela⁹⁵⁵. Consequentemente, teremos de afastar, no plano dogmático, a ideia de uma responsabilidade assente na pura causalidade⁹⁵⁶.

O logrado esclarecimento da dúvida implica uma dupla visão sobre o mundo da responsabilidade civil. Uma visão que, a um tempo, nos relembre as asserções tidas por verdadeiras a propósito, especificamente, da imputabilidade, e nos projecte para o núcleo determinativo da relevância da responsabilidade pelo risco.

Em diálogo estarão, no fundo, modelos explicativos desta.

⁹⁵⁵ Considerando que a imputabilidade deve estar presente ao nível da responsabilidade pelo risco, cf. DÁRIO MARTINS DE ALMEIDA, *Manual de Acidentes de Viação*, 3ª edição, Coimbra, 1987, p. 220 e ss.; HENRIQUE SOUSA ANTUNES, *Responsabilidade civil dos obrigados à vigilância ...cit.*, p. 200 e notas 558 e 559 (nas quais colhemos importantes referências que, posteriormente, viabilizaram diversas consultas bibliográficas quanto ao ponto); MASSIMO BIANCA, *Diritto civile... cit.*, p. 656, nota 5.

Salientam estes autores que “uma responsabilidade sem culpa não equivale a uma responsabilidade por impossibilidade de culpa” e sublinham que o “pressuposto da responsabilidade pelo risco é o exercício livre e racional de uma actividade, pelo que é de repelir a ideia da inimputabilidade do agente”.

Veja-se, ainda a este propósito, com uma posição diversa, LUIGI DEVOTO, *L'imputabilità e le sue forme nel Diritto Civile*, Milano, 1963, p. 64 a 71; M. COMPORTE, *Esposizione al Pericolo e Responsabilità Civile*, Morano, Napoli, 1965, p. 252 e ss.; GIOVANNA VISINTINI, «Imputabilità e Danno Cagionato dall'Incapace», *La Nuova Giurisprudenza Civile e Commerciale*, Marzo-Aprile 1986, p. 116 a 127, ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações, ...cit.*, pp. 514 e ss.

Cf., ainda, TRIMARCHI, *Rischio e Responsabilità Oggettiva, ... cit.*, p. 38.

E, por fim, veja-se WALTER MOMIGLIANO, «Il risarcimento...» ,... cit., p. 195 e ss. O autor, sem deixar de encarar a responsabilidade do indivíduo como “affermazione della sua personalità”, considera que “studiare una questione di responsabilità civile consiste essenzialmente nel proporsi un problema di redistribuzione della ricchezza”. E nesse sentido entende que, em determinadas situações, estando embora ausente a culpa, se deve impor, em nome do risco criado e atendendo a uma ideia de causalidade, a obrigação indemnizatória. Nessas situações (p. 197), “anche il mentecatto, il minore senza discernimento (...) può essere dichiarato responsabile”. Cf., porém, o que o autor explicita na p. 199. Avança, aí, com a ideia de que nem sequer é concebível um homem não imputável, dado ser a acção um prolongamento da personalidade. Note-se, contudo, que a afirmação do autor só é perceptível no quadro alargado do entendimento por ele sustentado acerca da responsabilidade civil, assente em dois pressupostos básicos: causalidade entre o acto e o dano; e outro nexos entre o agente e o acto, distinguindo a este propósito a imputação externa e a imputabilidade por culpa. No fundo, MOMIGLIANO separa a “attribuzione dell'azione all'agente, la quale è sempre possibile” da “attribuzione del dolo o della colpa”, recusando uma visão estritamente causalista do fenómeno ressarcitório.

Mais se diga que o autor distingue a culpa da *incolpabilità*, tida como o elemento subjectivo do acto culposo e identificada com a abstracta possibilidade de previsão (p. 209).

⁹⁵⁶ Num outro nível dialógico, confirma-se o que atrás já ficou assente. Aqui, numa outra perspectiva, veremos que a responsabilidade pela pura causalidade é im procedente. Afastada a culpa, não é aquela que determina a responsabilidade, mas um juízo de imputação objectiva, que cumpre não só o papel de fundamento, como também de critério (substituindo o tradicional requisito). Posto o que – e essa será (anunciamo-lo agora) uma das nossas conclusões preliminares – se indagará em que medida a polarização na regra – leia-se no domínio da responsabilidade subjectiva –, ao não exigir que se supra a falta de um juízo de censura, permite o recurso à dita causalidade como expediente de limitação da responsabilidade.

Configurado como um modelo ressarcitório tendencialmente próximo de um sistema securitário, a responsabilidade pelo risco viabiliza o juízo segundo o qual aquele que se aproveita de uma determinada esfera de risco deve suportar os danos daí advenientes. Ancorada num referencial último ainda ligado à pessoa humana, aquela, não obstante prescindir da aferição em concreto da culpa e da ilicitude, terá de pressupor a capacidade natural para entender e querer.

A discussão não é nova. Antes remonta, embora a outro ensejo, ao período inicial de surgimento das primeiras previsões legais de responsabilidade objectiva^{957 958}.

Em causa estava o confronto entre uma tendência de salvaguarda do primitivo desenho da responsabilidade, que gravitava em torno da culpa⁹⁵⁹, e uma nova

⁹⁵⁷ Cf., para maiores desenvolvimentos sobre o tema, BRANDÃO PROENÇA, *A conduta do lesado...* cit., p. 213 e ss.

Para uma visão geral da evolução da responsabilidade civil do subjectivismo ao objectivismo, cf. YVONNE LAMBERT-FAIVRE, «L'évolution de la responsabilité civile d'une dette de responsabilité à une créance d'indemnisation», ... cit., p. 1 e ss.

O sentido diacrónico aqui plasmado impõe umas breves palavras. A linha de continuidade entre responsabilidade subjectiva e objectiva, implicitamente referida, leva a que se olhe para o fenómeno ressarcitório a partir do momento em que se erigem os grandes modelos de responsabilidade. Com efeito, primitivamente, a responsabilidade começou por não se polarizar num sujeito, sequer por se referir à culpa.

Cf., ainda, LARENZ/CANARIS, *Lehrbuch...* cit. II/2, p. 611, apontando a existência de dois tipos de responsabilidade objectiva. Inicialmente, emerge como *Halter-, Anlagen- oder Zustandshaftung* (é caracterizada tendo em conta a responsabilidade por danos causados por situações, construções e realizações); posteriormente, estatui-se também uma *Handlungshaftung* (condutas perigosas dão origem a responsabilidade mesmo que não haja culpa, de que são exemplo os §§ 114 I BbergG, 31 GenTG, 1PHG e 84 AMG).

⁹⁵⁸ Cf., para um elenco das primeiras previsões de responsabilidade independente de culpa na legislação do séc. XIX, ZIMMERMANN, *The law of obligations...* cit., p. 1130 e ss. e nota 265: § 25 *Gesetz über die Eisenbahn-Unternehmungen*, 3 de Novembro de 1838 – a legislação prussiana impõe a responsabilidade objectiva por todos os danos causados pelos caminhos-de-ferro à pessoa ou propriedade que ocorram nos transportes nele efectuados. O lesante podia exonerar-se da responsabilidade mostrando que o dano foi causado por culpa da vítima ou por um evento externo e inevitável; *Reichs-Haftpflichtgesetz* de 7 de Junho de 1871, consagrando a responsabilidade objectiva pelos danos às pessoas que resultem de um caminho-de-ferro, a qual é excluída apenas nos casos de força maior.

⁹⁵⁹ A salvaguarda da matriz subjectiva da responsabilidade foi ensaiada com apelo à ideia de presunção absoluta de culpa e à ideia de presunção de responsabilidade.

Para mais desenvolvimentos, numa perspectiva histórica que remonta ao pensamento de diversos autores, cf. BRANDÃO PROENÇA, *A conduta do lesado...* cit., p. 216.

A este propósito, v. TUNC, “Force majeure et absence de faute en matière délictuelle”, *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 1946, p. 171 e ss.

Cf., ainda, ALAN BRUDNER, *The Unity of the Common Law*, University of California Press, Berkeley, 1995, p. 190. O autor parte da afirmação de que ninguém tem o direito de lesar outrem e da constatação do risco inerente a qualquer actividade para concluir que a responsabilidade objectiva se traduz num direito a que o outro se guie em todas as acções orientado pelo cuidado com o bem-estar alheio. No caso da responsabilidade subjectiva, existe a reciprocidade no cuidado exigível.

Para uma visão crítica desta concepção da responsabilidade objectiva como uma variante da responsabilidade baseada na negligência, cf. JOHN GARDNER, “Obligations and outcomes in the law of torts”, *Relating to responsibility. Essays for Tony Honoré on his eightieth birthday*, Portland Claredon, Oxford, 2001, p. 112 e ss.

GARDNER aponta baterias no sentido de considerar inconsonante com a intencionalidade jurídica um espírito altruísta como aquele que vem patenteado no pensamento de BRUDNER.

orientação que, focando-se na protecção do lesado e assumindo o risco como centro nevrálgico da questão, faz apelo a critérios estritos de causalidade para lidar com as situações de responsabilidade independentes de culpa^{960 961}.

Duas visões radicais, que acabam por padecer dos vícios inerentes ao extremar de posições⁹⁶².

No que nos diz respeito, importa salientar que, pelo que temos vindo a expor não cremos ser o altruísmo em si o cerne da falência da posição expendida. Mas, outrossim, o facto de o sentido ético que justifica o nível de cuidado só ser compreensível no quadro da projecção dogmática na culpabilidade. Ao que acresce o facto de, nas situações tipificadas de responsabilidade objectiva, nem sempre se discernir um comportamento humano.

Note-se, porém, que GARDNER orienta o seu discurso com apelo à ideia de cuidado extremo, mostrando – na linha do equilíbrio aristotélico modelador das virtudes – que ela pode tornar-se contraproducente no plano valorativo e da eficácia. (cf. “Obligations and outcomes in the law of torts”, ... cit., p. 115).

Gostaríamos, contudo, de salientar que nunca na nossa exposição tivemos pretensão de advogar esse paralisante cuidado-extremo. O cuidado com o outro que, entroncando num correcto entendimento da personalidade, chamamos à colação não se refracte nele, mas antes numa ideia de exigibilidade.

⁹⁶⁰ Cf. o que ficou dito a propósito da configuração da responsabilidade pelo risco como uma pura responsabilidade causal e bibliografia aí citada. Rememore-se também a distinção entre o apelo à causalidade como fundamento desta modalidade ressarcitória e o tratamento que a causalidade aí recebe como requisito da obrigação de indemnização.

⁹⁶¹ O quadro macroscópico aqui traçado peca de um vício tipicamente característico deste género de abordagens. Ao tentar capturar o espectro do pensamento dedicado a uma questão entre dois marcos balizadores, simplifica a complexidade que lhe está subjacente e deixa de lado recortes próprios daqueles que, negando os extremos, tendem a situar-se ao centro. As soluções de compromisso, estribadas ora num maior objectivismo, ora num maior subjectivismo, resultam da evolução consumada a partir do período inicial de que aqui se dá conta.

Pensamos, por exemplo, na posição de TRIMARCHI que, mostrando-se bastante crítico de VENEZIAN e da concepção puramente causal da responsabilidade objectiva, oferece, ao mesmo tempo, as bases de sustentação de um modelo de responsabilidade pelo risco que foge à tendência de explicação subjectivadora do fenómeno – cf. TRIMARCHI, *Rischio*...cit., pp. 39 e ss.

Recordamos, ainda, todos aqueles que, negando o apelo a presunções de responsabilidade ou presunções de culpa, sustentam um fundamento tendencialmente subjectivo para a responsabilidade pelo risco – cf. DE CUPIS, *Il danno*, ... cit., p. 155 e 182.

Veja-se, também, e novamente TUNC, “Force majeure et absence...”, ... cit., p. 171 e ss., considerando que no centro da responsabilidade está um defeito do comportamento, da vontade, dos seus dependentes, ou do funcionamento da coisa.

⁹⁶² A querela entre subjectivistas e objectivistas apresenta razões mais fundas do que meras questões dogmáticas. Na verdade, joga-se aí a verdadeira tensão que perpassa o problema do fundamento da responsabilidade civil.

Para uma análise da problemática, cf. CASTANHEIRA NEVES, «Pessoa, Direito e Responsabilidade», ... cit. Cf., igualmente, YVONNE LAMBERT-FAIVRE, «L'éthique de la responsabilité», ... cit., p. 1 e ss., aqui, p. 3. Afirma a autora que “a responsabilidade civil tem dois pólos : aquele que é responsável, que comete o acto danoso; e a vítima que suporta as consequências”, para concluir que “a ética da responsabilidade joga com estes dois pólos em confronto”.

De facto, podemos discernir uma tensão que, encontrando um dos seus expoentes neste debate, nos centra no núcleo predicativo da responsabilidade, colocando frente a frente vítima e lesante. Na verdade, se abdicarmos de um pensamento de índole tecnocrático para nos deixarmos orientar pela matriz da intencionalidade especificamente jurídica, somos confrontados com a dualidade: necessidade de proteger a vítima *vs.* necessidade de responsabilizar o agente, actualizando a sua personalidade, com apelo ineffectível à culpa. Se o primeiro vector nos aponta no sentido da responsabilidade objectiva, o segundo termo da equação encaminhar-nos-á para a responsabilidade subjectiva.

Adiantaremos, apenas, em conexão com o modo como compreendemos o fundamento último da responsabilidade civil, que a ponderação dos termos dialogantes nos apontará, insofismavelmente, para o carácter excepcional da responsabilidade objectiva e bem assim para – e antecipando algumas das nossas conclusões – a interpretação dos sistemas de risco à luz da personalidade. Veja-se, a este propósito,

Se a primeira peca pela recondução do pensamento a uma *fictio iuris*⁹⁶³, a segunda olvida a verdadeira essência da responsabilidade, ao afirmá-la como o resultado de um mero processo causal⁹⁶⁴.

É com agrado, portanto, que se assiste ao aparecimento de posições intermédias que, valorizando um ou outro aspecto em disputa, tentam encontrar um sedimento firme para a compreensão do fenómeno do risco ao nível da responsabilidade delitual. Sem que isto implique, claro está, a adesão incondicional a qualquer uma delas, até porque algumas contendem com os pilares a partir dos quais erigimos a nossa exposição⁹⁶⁵.

LARENZ/CANARIS, *Lehrbuch...* cit., II/2, p. 608, referindo que alguns autores entendem que o fundamento da responsabilidade objectiva se encontra num princípio de responsabilidade pessoal (*Prinzip personaler Verantwortung*), afastando-se, assim, uma ideia de responsabilidade puramente causal e percebendo-se por que razão não é o Estado a suportar a indemnização.

Sublinhe-se, *in fine*, que, em consonância com estas linhas directrizes, a culpa justificar-se-á mais em termos axiologicamente cunhados do que em termos limitativos da responsabilidade segundo uma lógica conducente ao pensamento de autores individualistas.

⁹⁶³ Cf. JOSSERAND, «Vers l'objectivation de la responsabilité du fait des choses», *Recueil Dalloz*, 1938, p. 65 e ss.; TRIMARCHI, *Rischio...* cit., p. 21. O último autor citado mostra-se particularmente crítico da recondução da responsabilidade civil a um fundamento unitário assente na culpa (p. 18 e ss.). Segundo ele, o alargamento da culpa, pela ideia de previsibilidade e evitabilidade do dano, acarreta a perda do núcleo essencial do próprio conceito, na medida em que aquela implica sempre a violação de uma regra de conduta, a adopção de um comportamento não permitido ou a omissão de um comportamento devido e a criação de um risco nem sempre é vedada. Na verdade, sublinha o autor que, sendo a nossa sociedade caracterizada pelo risco, é inviável identificar a culpa com a criação do mesmo (p. 20).

Cf., também, DIETER MEDICUS, *Bürgerliches Recht*, 21. Aufl., Carl Heymanns Verlag, München, 2007, p. 365, distinguindo a responsabilidade objectiva da responsabilidade fundada numa presunção de culpa.

⁹⁶⁴ Cf., novamente, o que se disse a propósito da recusa da configuração da responsabilidade objectiva como uma pura responsabilidade pela causalidade.

⁹⁶⁵ Cf., a este propósito, a sistematização feita por TRIMARCHI, *Rischio...* cit., p. 23. Citam-se, entre outros, autores como UNGER, MÜLLER-ERZBACH, STEINBACH, TUNC, FEITH. Rejeitamos, de facto, pontos de vista que apontam no sentido da proposta como critério geral de uma responsabilidade do rico (FEITH; tratar-se-ia, *in casu*, de uma exigência de equidade, que TRIMARCHI sintetiza na fórmula *richesse oblige*, próxima de uma concepção diversa, a qual, por seu turno, aponta para a responsabilidade daquele que esteja em melhores condições para suportar economicamente o dano, designadamente através do recurso à contratação de seguros) ou que confinem a imputação pelo risco às hipóteses em que se constata um defeito de comportamento ou actividade dos seus dependentes ou do funcionamento das suas coisas (STEINBACH, TUNC). E, apesar da identidade com a ideia de perigo ou risco a que somos conduzidos pelo pensamento de MÜLLER-ERZBACH, não podemos deixar de referir que o salto operado da responsabilidade por culpa para a responsabilidade sem culpa há-de fazer apelo a uma intencionalidade de outra índole que com aquela se combine, sob pena de se tornar, à luz do nosso ordenamento jurídico, inexplicável a diferença que separa o artigo 493º do artigo 502º CC. Aliás, o próprio autor não confina a ideia de perigo à responsabilidade pelo risco, ensaiando, antes, o desenho de um sistema complexo de responsabilidade alicerçado naquela, que justificaria quer a responsabilidade subjectiva, quer a responsabilidade objectiva.

Uma última palavra para o próprio pensamento de TRIMARCHI, para salientar que procura construir uma teoria da responsabilidade pelo risco da empresa.

Para maiores desenvolvimentos acerca da responsabilidade objectiva em Itália e a diferença entre ela e a previsão de um regime ressarcitório para os danos causados no seio de actividades perigosas, cf. CARLO CASTRONOVO, “Dagli ordinamenti nazionali al diritto uniforme europeo: la prospettiva italiana”, ... cit., p. 462 (veja-se, ainda, p. 466, onde é especificamente considerado o artigo 493º CC português como paralelo ao artigo 2050º CC italiano. Mais importante do que os dados dogmáticos são afinal as lucubrações expendidas sob o seu mote, levando o jurista-leitor a questionar em que medida a

responsabilidade objectiva se aparta ou não abruptamente da responsabilidade colimada em deveres de segurança no tráfego – cf., numa referência à distinção entre a *Gefährdungshaftung* e a categoria dos *Verkehrspflichten*, p. 470 e ss.).

Refira-se, igualmente, o estudo de LOUIS BACH, «Réflexion sur le problème du fondement de la responsabilité civile en droit français», *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, année 1977, p. 232 e ss. Afirmando que não é possível reconduzir todas as situações de responsabilidade pelo risco a um fundamento unitário, o autor alicerça a sua concepção pluralista na dicotomia entre os casos em que o eventual responsável tem o dever de evitar a produção do dano e os casos em que não tem. Note-se, porém, que o autor insere na análise da problemática considerações atinentes ao mundo contratual.

Para outros desenvolvimentos acerca do pensamento de UNGER, veja-se, do autor, *Handeln auf eigene Gefahr, Ein Beitrag zur Lehre von Schadensersatz*, 3. unveränderte Auflage, Gustav Fischer Verlag, Jena, 1904, p. 134 e ss. UNGER procura explicar as hipóteses de responsabilidade independente de culpa com base no pensamento do *Handelns auf eigene Gefahr* (actuação no próprio risco), com o que consegue ligar *Tatbestände* tão diversos como a responsabilidade por factos de animais, edifícios, actividades perigosas, actos de subordinados, entre outros. Sublinha-se, sobretudo, que para a procedência de uma *Schadensersatzanspruch* não basta indagar se houve uma conduta faltosa, mas há antes que determinar se alguém trouxe um risco de dano para terceiros, ao que se liga uma ideia de interesse. Duas notas são prestimosas para aceder ao centro nevrálgico do pensamento do autor. Assim, por um lado, importa ter em conta que UNGER não arvora em princípio geral o critério de imputação objectiva; por outro lado, fazendo do risco um tópico fulcral do sistema cogitado, qualifica o nexos com base na noção de interesse. Veja-se, paradigmaticamente, a páginas 63, a fórmula introduzida pelo autor *eigenes Interesse, eingene Gefahr – fremdes Interesse, fremde Gefahr*, enquanto expressão do que se acabou de sublinhar.

Para uma análise crítica do pensamento de UNGER, cf. NILS JANSEN, *Die Struktur des Haftungsrecht...* cit., p. 378. Veja-se ainda, na mesma obra, p. 379 e ss., para um acompanhamento de outras posições, como a de STEINBACH, já citado, e a de MERKEL, que, partindo da posição desenvolvida por UNGER, da dependência conjunta das vantagens (*commodum*) e do risco (*periculum*), a combina com o pensamento da responsabilidade pela própria esfera, justificando a responsabilidade com uma ideia de anormalidade, um defeito da vontade ou do comportamento, ou da actividade dos seus dependentes ou das coisas que lhe pertencem.

Para uma crítica mais apurada do pensamento de UNGER, veja-se, novamente, TRIMARCHI, *Rischio...* cit., p. 27, onde o autor aponta que a natureza demasiado genérica da formulação a condena à pequena utilidade dogmática. Na verdade, para o autor, o fundamento do *Handeln auf eingen Gefahr* leva a que se agrupe num mesmo sistema situações muito díspares, por si ali elencadas. Também JOSÉ PINTO COELHO, *A Responsabilidade civil...* cit., p. 100 aponta a insuficiência do fundamento, que não serviria para explicar a responsabilidade pelos prejuízos causados a outrem por intermédio de uma coisa própria, a responsabilidade por danos causados por animais, bem como aquela que avulta em todos os casos de omissões ou em que não se constate o exercício de uma actividade. Para PINTO COELHO, a doutrina de UNGER aplicar-se-ia à responsabilidade proveniente de um dano causado directamente por uma pessoa a outra, pela prática de um acto lícito, ou no exercício de um direito, e ainda os danos causados por uma pessoa a terceiros quando actua no interesse de outra.

Veja-se, também, MÜLLER-ERZBACH, “Gefährdung und Gefahrtragung”, ... cit., p. 309 e ss. [o autor elege como fundamento unitário da responsabilidade por culpa e da responsabilidade objectiva o perigo. Sobre o ponto, cf. LARENZ/CANARIS, *Lehrbuch...* cit., II/2, p. 606, considerando a *Unausweichlichkeit der Gefahr* – inevitabilidade do perigo – como uma perspectiva interessante, já que, se não é possível evitar o perigo em determinadas situações e se fica eliminada a auto-protecção, a vítima deve ser compensada pelo prejuízo sofrido. Teremos oportunidade de nos voltar a referir à omnipresença do risco ou perigo em toda a dogmática responsabilizatória. Mas veremos, também, em que medida ela é compaginada com a ideia de pessoalidade e, por isso, insuficiente para edificar um *continuum* que a seu tempo abordaremos]; FEITH, *Haftung ohne Verschulden im Kommenden Recht*, Mannheim- Berlin, Leipzig, 1936, p. 40 e ss. (*apud* TRIMARCHI, *Rischio...* cit., p. 23 e ss.) [o autor imputaria a responsabilidade ao mais rico – *richesse oblige* – de acordo com um juízo de equidade que, aliás, permitiria também corrigir o próprio critério da pura causalidade. Como já salientámos, a equidade poder-nos-ia conduzir, em alternativa, a imputar o dano àquele que estivesse melhor segurado contra o risco – *assurance oblige*. TRIMARCHI mostra-se muito crítico da perspectiva, quer porque ela é fonte de incertezas e inconvenientes sociais – já que o juiz passaria a decidir segundo o caso, tendo em conta, por exemplo, o poder económico das partes –, quer porque, com ela, “o facto danoso torna-se ocasião para transferir a riqueza das classes mais ricas para as menos abastadas”. Distinto seria, na perspectiva do jurista italiano, o princípio segundo o qual “o risco deve ser atribuído a quem está em melhores condições de se segurar contra ele” – cf. p. 30. Note-se que – e este é uma ideia digna de registo – não estaria só em

O breve contacto com a panóplia de teorias que buscam o fundamento explicativo da responsabilidade pelo risco faz-nos antever a dificuldade a ultrapassar no nosso percurso dialógico. Na verdade, se por um lado deixamos de estar agrilhoados ou condicionados pelos pólos extremos – e a nosso ver inexactos – do quadro da responsabilidade civil, por outro lado, tal comporta o aumento exponencial da problematicidade que a questão previamente enunciada encerra.

Fosse possível escolher entre a visão culpabilizadora e a visão causalista pura e a resposta ao problema “pode um inimputável ser responsabilizado objectivamente” surgiria como decorrência lógica da opção previamente assumida. Dito de outro modo, se entendêssemos que em causa, quando se fala de responsabilidade pelo risco, estava ainda e sempre a culpa – ainda que presumida em absoluto – parece evidente que o inimputável não poderia ser aqui chamado a intervir. Paralelamente, se o olhar derramado sobre o fenómeno fosse orientado pela estrita causalidade, o inimputável poderia ser tido como responsável, porque, apesar da falta de discernimento natural para entender ou querer, ele podia, em concreto, ter causado o dano⁹⁶⁶.

Porque o nosso entendimento é outro, importa identificar – ainda que topicamente – as linhas de inteligibilidade da responsabilidade pelo risco e percepção-las à luz de algumas das conclusões extraídas nos pontos antecedentes.

Partindo da ideia de responsabilidade como correlativa da liberdade, aquela há-de projectar-se dogmaticamente num esquema que assente, entre outros pressupostos, na ilicitude do acto e na culpa do lesante. A pessoa é responsável se e na medida em que o seu comportamento possa ser objecto de um juízo de censura ético-jurídica, quer objectivo, quer subjectivo.

De outro modo, o dano deve repousar na esfera do sujeito que o sofre, dando-se cumprimento ao brocardo *casum sentit dominus*, pela falta de uma razão determinante da transferência daquele.

Somos, portanto, conduzidos a uma ideia de excepcionalidade da responsabilidade pelo risco^{967 968}. Arvorá-la em regra, não só contrariaria o disposto no

causa a distribuição do dano, mas a noção de que o risco introduzido pela empresa na sociedade faz parte do seu passivo social e integra os seus custos de produção – cf. p. 31].

⁹⁶⁶Cf. ERWIN DEUTSCH, *Allgemeines Haftungsrecht...* cit., p. 432, considerando que a responsabilidade pelo risco não prevê qualquer *Zurechnungsfähigkeit* (imputabilidade)

⁹⁶⁷ A este propósito cf. DEUTSCH, *Allgemeines Haftungsrecht...* cit., p. 448, explicando que a responsabilidade objectiva teve a sua origem sistemática no pensamento de SAVIGNY, embora o autor não a tenha mencionado no seu sistema de direito romano, onde não faz, sequer, referência especial à *preußische Eisenbahngesetz*, datada de 1838, e que sempre foi encarada segundo uma ideia de excepcionalidade.

sistema de direito positivo, como obscureceria os contornos éticos do instituto que entronca directamente na consideração da dignidade ética do ser humano, como trave mestra em que assenta todo o direito que verdadeiramente o queira ser⁹⁶⁹.

Apesar disso, não podemos cair no vício denunciado. Ou seja, não se pode julgar plausível olhar para a criação ou manutenção de uma esfera de risco – pressuposto primeiro da previsão normativa de hipóteses de responsabilidade pelo risco – sob o prisma da ilicitude e da culpa. Tal visão, repristinadora das teorias que criticámos, quadra mal com a estrutura de uma sociedade como aquela em que vivemos. Disseminado o risco, não é viável considerar ilícito qualquer comportamento que, tendencialmente, o potencie⁹⁷⁰. Acresce que a percepção do disposto no n.º 2 do artigo 493.º CC não seria compatível com tal impositação das coisas^{971 972}.

⁹⁶⁸ Num sentido diverso, mostrando-se veementemente crítico desta ideia, cf. JÚLIO GOMES, «Responsabilidade subjectiva...» ... cit. p. 98

Cf. DIETER MEDICUS, *Bürgerliches Recht*, ... cit., p. 392, problematizando a questão da possibilidade da existência de uma cláusula geral de responsabilidade pelo risco. Do autor, v., ainda, „Gefährdungshaftung im Zivilrecht“, *Jura*, 1996, p. 561 e ss. Cf., também, KÖTZ, „Haftung für besondere Gefahr“, ... cit., p. 119 e ss.; WEITNAUER, „Aktuelle Fragen des Haftungsrechts“, ... cit., p. 598 e ss.; VON CAEMMERER, *Reform der Gefährdungshaftung*, 1971, p. 19 e ss.; e TRIMARCHI, *Rischio e responsabilità oggettiva*... cit. Sobre a responsabilidade objectiva, veja-se, ainda, CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, ... cit., p. 33 e ss.

⁹⁶⁹ Cf. PHILIPPE LE TOURNEAU, «La verdeur de la faute dans la responsabilité civile», ...cit., p. 506 e ss. Entre os méritos da responsabilidade civil, o autor aponta razões éticas que se prendem com uma visão humanista da sociedade, bem como com a noção da complementaridade e indissociabilidade entre a liberdade e a responsabilidade. Sustenta, acutilantemente, o autor que, sob pena de o homem não ser diferente dos animais e das coisas, a liberdade humana tem de ser compreendida à luz da sua responsabilidade.

Cf., igualmente, CASTANHEIRA NEVES, «Pessoa, Direito e Responsabilidade», ... cit., e LARENZ/CANARIS, *Lehrbuch*... cit., II/2, p. 600 e ss., considerando que não é possível haver uma cláusula geral de responsabilidade pelo risco.

⁹⁷⁰ O mesmo ponto de vista justificaria, aos olhos de LARENZ e CANARIS (*Lehrbuch*... cit., II/2, p. 606), que se considerasse improdutiva a visão segundo a qual a responsabilidade objectiva configuraria o preço a pagar por se assumir uma fonte de perigo que é lícita, porque tal insinua que tais actividades deveriam ser proibidas.

⁹⁷¹ Para uma análise da interpretação do preceito citado, em articulação com a ideia de abuso de direito enquanto terceira modalidade de ilicitude e o pressuposto da culpa, cf. MAFALDA MIRANDA BARBOSA, *Liberdade versus responsabilidade*...cit., p. 377 e ss.

⁹⁷² A este propósito, cf. JOAQUIM SOUSA RIBEIRO, “O ónus da prova da culpa na responsabilidade civil por acidente de viação”, *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Teixeira Ribeiro II*, 1979, p. 413 e ss. Cf., ainda, o Assento n.º 1/80, citado pelo autor, pese embora a precedência cronológica do seu estudo, que veio determinar a não aplicação do disposto no artigo 493.º/2 CC aos acidentes de viação. Afirma SOUSA RIBEIRO, no que concerne à articulação lógico-sistemática do artigo em apreço com as normas fundadas no risco, “que se tem sustentado a opinião de que a presunção de culpa estabelecida no n.º 2 do artigo 493.º não se aplica aos acidentes de viação, uma vez que para estes a lei previu uma mais radical forma de tutela do lesado. A tese vem exposta no Ac. do STJ de 17 de Outubro de 1978. Há regimes jurídicos distintos para cada uma dessas actividades perigosas: nas de carácter geral, o do artigo 493.º, n.º 2; na viação automóvel, o dos artigos 483.º/1 e 487.º/1 e do 503.º com a responsabilidade civil objectiva ou pelo risco. Não negando o carácter perigoso da circulação automóvel, esta linha de pensamento subtrai-a à alçada do n.º 2 do artigo 493.º, reservado genericamente às actividades perigosas não especialmente previstas. O argumento parte da ideia de que as normas reguladoras dos acidentes causados por veículos são normas especiais em face do regime regra no artigo 493.º/2 para a generalidade das actividades

À constatação de uma comunidade de perigo devidamente estabilizado há-de associar-se uma outra nota que justifique que se abdique da culpa como centro gravitacional da imputação delitual. Uma nota que identificamos com uma ideia de justiça distributiva⁹⁷³.

perigosas” – cf. p. 419. O problema surge configurado como “um caso de concurso aparente de normas. A articulação lógico-sistemática das várias normas aparentemente convocadas a regular o facto determinaria o regime efectivamente aplicável”, estando o problema resolvido à partida”, mas SOUSA RIBEIRO não concorda com a perspectiva – “a circulação automóvel é uma espécie dentro do género mais amplo das actividades perigosas, mas esta subsunção meramente lógica não basta para fundar a consunção total do nº2 do artigo 493º pelo artigo 503º e ss. Para tal, seria necessário que ambas as normas se situassem no mesmo plano axiológico, encarando o facto sob idêntico prisma valorativo” (cf. p. 420). Ora, segundo o autor, “não é isso que aqui se passa. As normas da responsabilidade pelo risco não são um desenvolvimento das normas da culpa, que, partindo de um núcleo comum, lhe acrescentam elementos específicos. Não são um prolongamento normativo, mas correspondem a uma nova perspectiva de lidar com o acontecimento da vida real, dando origem a um outro título de imputação da responsabilidade, assente em pressupostos de natureza completamente diversa. Na responsabilidade subjectiva, o que está em causa é a apreciação da conduta do agente do dano, ajuizando tendo em conta um padrão de comportamento. Distinto é o modo de operar da responsabilidade pelo risco: o fundamento da obrigação de indemnização não é um facto voluntário concretamente imputável ao autor, mas antes numa certa qualidade do responsável, na posição em que ele se encontra investido perante o instrumento de produção do dano. Não é por ter actuado de uma forma que o agente é responsável, mas por ter, em proveito próprio, criado uma situação de risco da qual resultou um prejuízo para terceiro” (cf. p. 421). Para o civilista luso, “o problema não é o da articulação formal dos preceitos, mas o da aplicabilidade material das suas estatuições” (p. 425). Assim, “a responsabilidade pelo risco tem uma maior extensão do que a subjectiva, no sentido de que abrange mais casos de indemnização, mas confere em contrapartida uma tutela menos intensa ou profunda na medida em que poderá não cobrir todo o dano”. Por isso, “a intenção de tratar mais favoravelmente o lesado por acidente de viação só obterá cabal realização se o regime da responsabilidade objectiva se apresentar como uma garantia suplementar, a acrescentar ao benefício da inversão do ónus da prova. Caso contrário, poderia suceder que a vítima de um acidente de viação ficasse menos protegida do que o lesado pelo exercício de uma actividade perigosa não especialmente prevista” (p. 427 e 428). Para SOUSA RIBEIRO, “a responsabilidade objectiva, longe de conduzir ao afastamento da presunção de culpa, vem reforçar, por um argumento de maioria de razão, a sua aplicabilidade” e entende que “o melhor argumento [para sufragar esta solução] é dado pelo próprio legislador”, ao nível da responsabilidade por danos causados por animais, sendo a linha de fronteira entre o artigo 493º/1 e o artigo 502º recortada pela diversidade dos seus destinatários (cf. p. 431).

Cf., ainda, p. 445, nota 41, onde o autor apresenta três regimes para a responsabilidade por danos para cuja emergência tenha concorrido uma coisa: a) artigo 493º/1, aplicável aos danos causados pela coisa em si mesma (isto é, às situações em que está em causa a eficácia danosa de uma coisa e não aquelas em que o dano é gerado pela acção positiva do homem com o auxílio de uma coisa); b) artigo 487º, mobilizável em face dos danos em que as coisas intervenham como meros instrumentos da acção humana; c) artigo 493º/2, aplicável quando as coisas se integram dinamicamente numa actividade considerada perigosa.

Sobre o ponto, veja-se, também, VAZ SERRA, “Responsabilidade pelos danos causados por coisas ou actividades”, *Boletim do Ministério da Justiça*, nº85, 1959, p. 373 e ss., também citado por SOUSA RIBEIRO.

⁹⁷³ Sobre o problema da penetração da justiça distributiva na modelação dos sistemas de responsabilidade civil, cf. o pensamento dos autores citados em MAFALDA MIRANDA BARBOSA, «Reflexões em torno da responsabilidade civil: teleologia e teleonomologia em debate», *Boletim da Faculdade de Direito*, cit., p. 542 e ss. e, bem, assim nos pontos expositivos precedentes.

Repare-se, contudo, que, como decorre da nossa exposição e já sublinhámos com recurso aos autores que novamente trazemos à luz do dia, a responsabilidade objectiva não deixa de fazer apelo à personalidade informadora da juridicidade e de partilhar com a sua congénere subjectiva uma ideia de responsabilidade pessoal. Nesse sentido, cf. LARENZ, CANARIS, *Lehrbuch...* cit., II/2, p. 608. Consideram os autores que, apesar de a responsabilidade pelo risco se basear noutras categorias judicativas, tanto ela como a responsabilidade delitual entroncam no mesmo princípio: a responsabilidade pessoal (*Prinzip personaler Verantwortung*). Os autores negam que se esteja aqui diante de uma responsabilidade pela pura causalidade, uma vez que esta configura um critério cego, que em si não pode fundar a responsabilidade.

Efectivamente, já não está em jogo a simples lógica comutativa, mas tem-se em conta o interesse subjacente ao exercício da actividade denotadora do perigo, abrindo-se as portas a um sistema de repartição dos riscos que, assentando no brocardo *ubi commoda, ubi incommoda*, presta especial atenção à figura da vítima⁹⁷⁴.

Sem que isso nos faça resvalar para a causalidade estrita. Mesmo que dúvidas não houvesse quanto ao sentido desta, no seio de um sistema ressarcitório, a ideia de imputação afigurar-se-ia sempre mais rica que aquela, convocando, afinal, a pessoa como referente último, embora diluído pela prescindibilidade da culpa⁹⁷⁵.

Verdadeiramente, intervém aqui uma ideia de imputação. Mais consideram que estes dois dados – com os quais concordamos – são importantes na explicitação de dois pontos: a) em primeiro lugar, o segmento imputacional viabiliza a identificação do responsável: b) em segundo lugar, a referência à dimensão responsabilizatória permite explicar por que razão é um particular e não o Estado a suportar a obrigação de ressarcimento, pois, estando em causa uma pura redistribuição, tal solução era cogitável.

⁹⁷⁴ Cf., a este propósito, a já referida lição de UNGER, *Handeln auf eigene Gefahr...* cit., p. 134 e ss.

Mostrando-se crítico da teoria *cuius commoda eius et incommoda*, bem como das explicações da responsabilidade objectiva que fazem apelo ao risco ou ao perigo, cf. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità...* cit., p. 73.

Ligando o risco ao benefício correspondente no quadro de fundamentação da responsabilidade objectiva, vide KOZIOL, “Umfassende Gefährdungshaftung durch Analogie?”, *Festschrift für Wilburg zum 70. Geburtstag*, Leykam, 1975, p. 173 e ss., em especial p. 178; WILBURG, *Die Elemente des Schadensrecht*, ... cit., p. 30 e ss.

Olhando para a responsabilidade pelo risco na perspectiva da criação e controlo do perigo, cf. KÖTZ, “Haftung für besondere Gefahr”, ... cit., p. 1 e ss., em especial 20 e ss., e, novamente, MÜLLER-ERZBACH, “Gefährdungshaftung...”, ... cit., p. 351 e ss.

Veja-se, ainda, DEUTSCH, *Allgemeines Haftungsrecht...* cit., p. 405 e ss. Do autor, cf., também, “Das neue System der Gefährdungshaftung: Gefährdungshaftung, erweiterte Gefährdungshaftung und Kausal-Vermutungshaftung”, *Neue Juristische Wochenschrift*, 1992, p. 73 e ss. Criticando esta posição, v., uma vez mais, LARENZ/CANARIS, *Lehrbuch...* cit., II/2, p. 606 (como referido *supra*, os autores entendem que não é aceitável a posição que olha para a responsabilidade objectiva como o preço de assumir uma fonte de perigo que é lícita, exactamente porque assim estar-se-ia a insinuar que o comportamento deveria ser proibido por lei).

Sobre o ponto, cf., igualmente, SALEILLES, *Les accidents du travail et la responsabilité civile, Essai d'une théorie objective de la responsabilité délictuelle*, Arthur Rousseau Éditeur, Paris, 1897, p. 79 e ss., defendendo uma interpretação do artigo 1382º daquele diploma, onde alicerça a responsabilidade objectiva assente no binómio risco e benefício. Repare-se como as diversas posições aqui chamadas à colação não são inteiramente coincidentes. Para um esclarecimento cabal dessas divergências, vide, novamente, TRIMARCHI, *Rischio...* cit., p. 23 e ss.

⁹⁷⁵ Antes de avançarmos, importa tecer um esclarecimento adicional. Na verdade, autores como TRIMARCHI alertam que não estamos em face de uma responsabilidade por todos os danos causados pela empresa ou seus subordinados, mas tão-só diante de uma responsabilidade pelos danos que apresentam uma ligação substancial ao exercício dela. Isto permite ao autor – que procura edificar uma responsabilidade da empresa – afastar o princípio assecurativo como critério de limitação da obrigação ressarcitória e como fundamento da imputação. Ao mesmo tempo, tendo em atenção a possibilidade de exercício do direito de regresso, sustenta que a distribuição do dano é realizada, sendo o risco imputado a todo aquele que contribuiu para criá-lo, donde se percebe a importância da causalidade como condição da responsabilidade – TRIMARCHI, *Rischio...* cit., p. 32 e ss.

Creemos, porém, que não será a relação causa-efeito que fica patenteada como pressuposto da imputação, mas sim o nexo que permite considerar o dano inscrito na esfera de risco que foi abraçada pelo sujeito, o qual assume o sentido de uma verdadeira imputação.

Nesse sentido, e em consonância com o que se dirá em texto, veja-se o depoimento de LARENZ e CANARIS, *Lehrbuch*, ... cit., II/2, p. 604. Sustentam os autores que o especial perigo que se verifica ao nível da responsabilidade objectiva liga-se ao nexo de causalidade, chegando-se, assim, à formulação de um nexo de risco ou de perigo – *Gefährdungs- oder Risikozusammenhang*. A diferença relativamente ao

Tal asserção parece-nos adequada do ponto de vista do direito positivo. Não basta a causação do dano no quadro do exercício de uma actividade tipificadamente tida como perigosa. Antes se exige uma imputação objectiva do evento danoso a um determinado sujeito, que é identificado segundo os critérios predispostos pelo legislador para o efeito, em homenagem à ideia de tipicidade que acompanha toda a responsabilidade pelo risco⁹⁷⁶.

Pense-se, a título exemplificativo, no artigo 503º CC⁹⁷⁷ e no conceito de “direcção efectiva do veículo” para que, por intermédio dele, somos conduzidos⁹⁷⁸. Diz-nos ANTUNES VARELA que “a fórmula (...) destina-se a abranger todos aqueles casos (proprietário, usufrutuário, locatário, comodatário, adquirente com reserva de propriedade, autor do furto do veículo, pessoa que o utiliza abusivamente) em que, com ou sem domínio jurídico, parece justo impor a responsabilidade objectiva a quem usa o

direito delitual residiria no facto de o critério da adequação ser substituído pelo risco específico que esteve na base da tipificação da hipótese ressarcitória.

Neste ponto expositivo, teremos oportunidade de concluir que, de facto, o funcionamento dogmático da responsabilidade pelo risco, não nos desonerando relativamente ao problema que tradicionalmente é remetido para a causalidade, liga a solução que se busca à assunção de uma esfera de risco. Posteriormente, veremos se a mesma conclusão se pode (ou deve) extrair por referência à congénere responsabilizatória subjectiva.

Mais se diga, justificativamente, que a percepção do papel que a imputabilidade cumpre a este ensejo nos serve exactamente para reforçar, prático-normativamente, a ideia de que a ligação entre o dano e o sujeito que encabeça a responsabilidade não se pode compreender em termos fisicistas, mas sim imputacionais. Por outro lado, viabiliza o salto, porque, ao reconhecer-se a inexistência do juízo culpabilístico e ao constatar-se a presença da imputação objectiva (para a qual a imputabilidade é imprescindível), está, no fundo, a mostrar-se que a imputação subjectiva não esgota todo o sentido imputacional. A questão, *infra*, passará, portanto, por saber se a culpa é ou não suficiente para cumprir o desiderato que se pretende ver alcançado.

⁹⁷⁶ Veja-se, uma vez mais, a propósito do *Enumerationsprinzip* da responsabilidade pelo risco (justificado pelo facto de a perigosidade ser um conceito tão vago e incerto que com base nele não é possível operar uma criteriosa analogia e pelo facto de, ao dispensar-se a culpa, importar que as pessoas tenham, *ab initio*, consciência da ameaça de uma responsabilização, só assim podendo adoptar medidas preventivas – cf. p. 602), as considerações de LARENZ/CANARIS, *Lehrbuch...* cit., II/2, p. 601. Relembrando, dizem-nos os autores que a criação de um regime especial, com requisitos diferentes e consequências por vezes divergentes, conduz mais ou menos inevitavelmente a um sistema em que cada *Tatbestand* tem contornos relativamente apertados. Posto isto, colocam a questão de saber se se pode ou não lançar, a este nível, mão da analogia, concluindo (cf. p. 602) que ela não fica excluída pelo princípio da tipicidade, mas que deve obedecer a requisitos rigorosamente definidos.

⁹⁷⁷ Cf. ANTUNES VARELA, *Das Obrigações...* cit., I, p. 656 e ss.

⁹⁷⁸ Cf. M. K. GOMAA, «La réparation du préjudice cause par les malades mentaux», *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, anée 1971, ponto 3. Não se referindo em especial aos acidentes causados por veículos automóveis, questiona-se, porém, em conexão com a eventual possibilidade de um “demente” ser criminalmente responsável, se o artigo 1384º CC Francês implica uma *garde matérielle* ou uma *garde juridique*.

Chamamos à colação esta ideia a propósito da diferença que separa as hipóteses do artigo 503º e do artigo 502º CC, que, como referido, levanta dificuldades acrescidas. Pois se o conceito de direcção efectiva do veículo parece resolver, no plano do direito positivo, a questão a que, noutra sede, terá de dar-se resposta *a priori*, tal resulta exactamente de o legislador, na previsão normativa, não se contentar com a mera detenção fáctica do veículo. O problema a resolver, quando em causa estejam acidentes causados por veículos automóveis, já não é propriamente o do impacto da imputabilidade sobre o caso *decidendum*, mas, outrossim, o problema da imputação.

veículo ou dele dispõe⁹⁷⁹, entendendo-se por direcção efectiva o controlo do funcionamento do veículo⁹⁸⁰. Parece, pois, ser o próprio recorte do direito positivo a, no caso concreto, opor-se à possibilidade de um inimputável responder objectivamente, *ex via* 503º, nº1 CC⁹⁸¹.

Difícilmente este, mesmo sendo proprietário e utilizando o veículo no seu interesse, pela falta de discernimento natural para entender e querer, deterá a direcção efectiva do veículo⁹⁸².

Outro tanto poderia ser dito acerca do artigo 509º CC.

Se no plano da relevância material dos preceitos em análise podem subsistir dúvidas, cremos que elas desaparecerão se os referirmos aos princípios em que se funda o sistema que os acolhe positivamente. A interpretação das normas conforme os princípios afigura-se, pois, imprescindível para acedermos ao sentido normativo da norma.

Constata-se que o legislador introduziu, no cenário privatístico, considerações atinentes à justa distribuição dos riscos e ao aproveitamento das potencialidades de uma coisa ou actividade e, portanto, de justiça distributiva. Mas não apagou totalmente o referente de sentido que é a pessoa humana. No fundo, nem o poderia ter feito. Ainda que no plano da prescrição normativa a preocupação cimeira se encontre naquela intencionalidade, a judicativo-decisória realização do direito reclama uma abordagem de outro nível, que viabiliza uma leitura dos preceitos, em termos sistemáticos e teleologicamente comprometidos, a fazer apelo a um mínimo de autonomia do ser pessoa.

Explicitando o que, porventura, possa ter ficado implícito. Não negamos, muito pelo contrário, a penetração de preocupações atinentes à justiça distributiva no seio da responsabilidade civil^{983 984}.

⁹⁷⁹ ANTUNES VARELA, *Das obrigações...* cit., I, p. 657.

⁹⁸⁰ O autor elenca alguns dos modos de controlo do funcionamento daquele: vigiar a direcção e as luzes do carro, afinar os travões, verificar os pneus, controlar a sua pressão, etc.

⁹⁸¹ Cf., a este ensejo, ERWIN DEUTSCH, “Zum Zurechnungszusammenhang bei einem Verkehrsunfall”, *Juristenzeitung*, 47, Heft 2, 1992, p. 95 e ss.

⁹⁸² Cf. HENRIQUE SOUSA ANTUNES, *A responsabilidade do obrigado à vigilância...* cit., p. 215, nota 605. Pode ler-se aí que “suscita alguma dificuldade discernir as situações em que o menor tem a direcção efectiva de um veículo”.

Cf., ainda, MARTINS DE ALMEIDA, *Manual de Acidentes de Viação, ...* cit., p. 237. Diz o autor “Na hipótese de a viatura pertencer ao menor, a sua direcção efectiva pode estar porém na dependência dos próprios pais dele, mesmo enquanto administradores nos termos do artigo 1878º, nº1 do Código Civil. Se tal se verificar, a questão transfere-se para a sede da responsabilidade civil prevista no artigo 503º do mesmo diploma, quanto aos danos causados por essa viatura”.

Mas, e embora se salogue que, em nome da dimensão ética da pessoa humana, autónoma e responsável, a que o direito não pode deixar de fazer apelo, a responsabilidade pelo risco não deve abandonar o plano da excepcionalidade⁹⁸⁵ recusamos, no plano da concreta realização do direito⁹⁸⁶, ver nela a abertura quer a uma lógica consequencialista, quer a consagração de um sistema securitário, para, inteligindo as normas do direito positivo à luz dos princípios normativos que sustentam o sistema, e sem reprimarmos uma ideia de culpa, sustentarmos que, além de uma finalidade puramente reparadora, focalizada na protecção da vítima, há uma finalidade última em que se actualiza a pessoalidade do próprio agente⁹⁸⁷. E se se prescindir da culpa, em

⁹⁸³ O sentido de justiça distributiva é aqui assumido em termos amplos. Aliás, foram os próprios civilistas que, confrontados com a teoria do *risco-profit*, como tentativa explicativa da objectivação do juízo de responsabilidade, acabariam por perceber que ela quadra mal com muitas das hipóteses de responsabilidade pelo risco, vincando, então, a ideia de interesse ou de prazer retirado da utilização da coisa ou actividade (cf. LOUIS BACH, «Réflexions sur le problème du fondement de la responsabilité en droit français», *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, année 1977, soixante-quinze, p. 229).

É nesse sentido que recorreremos a uma ideia de proveito económico do bem em «Reflexões em torno da responsabilidade civil: teleologia e teleonomia em debate», cit. Concretizando, falar de proveito económico não implica falar de lucro empresarial a que somos, por exemplo, conduzidos pelo pensamento de TRIMARCHI. Em sentido concordante, cf. LARENZ/CANARIS, *Lehrbuch...* cit. II/2, p. 605. Os autores falam, na indagação do fundamento da responsabilidade pelo risco, de relação entre o benefício que se obtém e o risco potenciado (*Zusammengehörigkeit von Vorteil und korrespondierendem Risiko*) e adiantam que, sendo uma ideia especialmente persuasiva quando nos encontramos no domínio profissional, ela também é válida quando em causa esteja um benefício de natureza privada (especialmente nos casos que envolvam luxo, prazer, etc).

V., igualmente, KOZIOL, «Umfassende...», ... cit., p. 178.

A este propósito, cf., ainda, BORIS STARCK, «Domaine et fondement de la responsabilité sans faute», *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, année 1958, tome cinquante-sixième, p. 475 a 515

⁹⁸⁴ Cf., num sentido crítico, JÚLIO GOMES, «Responsabilidade subjectiva...» ... cit., p. 107

Entende o autor que a recondução do fundamento da responsabilidade objectiva à criação e domínio do factor de risco ou à ideia das vantagens que se retiram da actividade em causa aproximam-se da culpa ou representa uma espécie de culpa social (“que corresponde ao pecado de ser – ou poder vir a ser – mais rico que os demais”). Para ele, “os argumentos tradicionais para a responsabilidade pelo risco representam uma espécie de quase culpa ou culpa imperfeita ou incompleta”.

⁹⁸⁵ Mostrando-se particularmente crítico desta posição, JÚLIO GOMES, «Responsabilidade subjectiva e responsabilidade objectiva», ... cit., p. 98 – “a extensão desmesurada do conceito de culpa (...) permite que os juristas continuem a sustentar, calmamente, e como se nada de extraordinário se tivesse passado neste século, o carácter perfeitamente excepcional da responsabilidade sem culpa”.

Cf. LARENZ/CANARIS, *Lehrbuch...* cit. II/2, p. 608, considerando que não se pode aceitar a tese da igual dignidade entre a responsabilidade objectiva e a responsabilidade delitual, ainda que a primeira seja entendida à luz de um princípio de responsabilidade pessoal. Pelo contrário, há que manter a crença na superioridade do princípio da culpa.

⁹⁸⁶ Cf. LOUIS BACH, «Réflexions sur le problème du fondement de la responsabilité...», ... cit., p. 221-222, onde o autor distingue, claramente, a propósito da indagação do fundamento da responsabilidade civil “sans faute”, o estudo do direito positivo relativamente ao plano de política legislativa.

⁹⁸⁷ No sentido de admitir que, quando em causa esteja uma situação objectiva de criação de risco para os outros, é ainda na pessoa humana que se devem procurar os fundamentos da responsabilidade civil, cf. YVONNE LAMBERT-FAIVRE, «L'évolution de la responsabilité civile...» ... cit., p. 2.

Da mesma autora, veja-se, ainda, «L'éthique...», ... cit., pp. 5. Pode ler-se aí que, em matéria civil, a ética da responsabilidade sustenta-se na consciência de que aquele que toma uma decisão, que exerce uma actividade ou que detém um poder deve assumir as consequências que forem lesivas para terceiros. Referindo-se a uma relação ética entretida com aquele que foi lesado pelo acto, LAMBERT-FAIVRE salienta que o núcleo central daquela se polariza mais nas consequências do que na intenção do autor do

nome daquele *quid* explicitado, o que ficou dito impede o afastamento da imputabilidade^{988 989}.

acto, não deixando, porém, de considerar fundamental, para garantir esse desiderato reparador, que haja uma ligação jurídica entre o autor e a vítima.

⁹⁸⁸ Cf. YVONNE LAMBERT-FAIVRE, «L'évolution de la responsabilité civile...» ... cit., p. 4. A autora, aliás, reparte a evolução do fenómeno ressarcitório em três momentos: responsabilidade subjectiva, responsabilidade objectiva e indemnização directa e automática, afastando-se implicitamente da visão do segundo como um sistema securitário.

⁹⁸⁹ Cf. a este propósito EÖRSI, *Szubjektív és objektív felelősség*, apud VILMOS PESCHKA, “The removal of ethical and moral content from tort liability”, *Acta Juridica Hungarica*, 42, nº3-4, 2001, p. 142-143. O autor, considerando que não faz sentido falar de responsabilidade sem qualquer referência à pessoa e a dados internos, faz uma tentativa para manter o mínimo de subjectividade no que respeita às diversas formas de responsabilidade objectiva, isto é, para salvar o fundamento subjectivo da responsabilidade civil naquelas áreas. Para tanto, lança mão do conceito de *the-state-after-the-effect*. No fundo, o autor defende que, ainda que não se possam discernir elementos subjectivos *ex ante*, haverá sempre um efeito a produzir *ex post*, traduzível na influência que a imposição da responsabilidade exerce sobre o lesante. Trata-se, no fundo, de uma ideia de educação – melhor dizendo de prevenção – contra a prática de actos lesivos. Nesse sentido, para EÖRSI a responsabilidade civil só poderia ter lugar em todos aqueles domínios em que exista a possibilidade de a eficácia educacional-preventiva aludida desempenhar o seu papel.

Ancorado neste testemunho, VILMOS PESCHKA acaba por sublinhar a existência de um continuum de degraus de alocação de riscos, amputando-se a responsabilidade civil não só do seu conteúdo moral, mas também do seu conteúdo ético.

Como poderemos depreender da exposição que fazemos em texto, a nossa posição diverge amplamente da explanada nesta nota.

Posteriormente, teremos oportunidade de cotejar esta breve referência com a posição sustentada por NILS JANSEN e com a continuidade por nós pressuposta – ainda que radicada nos antípodas do que VILMOS PESCHKA contempla – no tratamento do problema da causalidade.

Cf., ainda, SALVADOR CODERCH e JUAN ANTONIO RUIZ GARCIA, “Problemas de la responsabilidad civil en derecho español”, ... cit., p. 427 e ss., no que concerne ao *continuum* entre responsabilidade subjectiva e objectiva, ou pelo menos, na ausência da interpretação continuística, à dificuldade de distinção entre os dois domínios de imputação. Na verdade, consideram os autores que ao nível da imputação objectiva se voltam a colocar os problemas referentes à infracção do dever de precaução, e, portanto, da culpa, fazendo com que aquela recupere elementos próprios da negligência: “si bajo un estándar legal de responsabilidad objetiva, se acepta que el agente no responde de todas las consecuencias de sus actos, sino solo de aquellas que no resultan demasiado improbables, entonces es obvio que estamos reintroduciendo un elemento propio de la negligencia en la idea de responsabilidad por causación estricta de daños”.

A propósito do *continuum* de que se fala, veja-se, no sentido da afirmação da dupla via de fundamentação da responsabilidade, ESSER, “Die Zweispurigkeit unseres Haftpflichtrechts”, *Juristenzeitung*, 8, Heft 5, 1953, p. 129 e ss. (considerando a *persönlicher Verantwortung – Schuld* – e a *sozial gerechte Verteilung unvermeidbarer Wagnisse – Gefährdung*. Note-se que o autor chega a afirmar que a doutrina da *Verkehrspflichten* acaba por fazer confluir a ideia de culpa numa ideia de imputação objectiva da responsabilidade. Do autor, veja-se, ainda, *Grundlagen und Entwicklung* ... cit., p. 23 e ss., evidenciando a gradual transição entre a responsabilidade subjectiva fundada nos deveres de segurança no tráfego e a responsabilidade objectiva).

Veja-se, ainda, quanto ao ponto, CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*... cit., p. 24, considerando que as *obblighi di prudente comportamento si collocano nel punto intermedio della scala dei possibili criteri di imputazione*.

Distinguindo a *Gefährdungshaftung* (responsabilidade pelo risco) da *Verkehrspflichten* (deveres de segurança no tráfego), CASTRONOVO salienta que há índices de dicotomia que podem ser relevados. Assim, enquanto a primeira está submetida ao princípio da tipicidade, ficando nas mãos do legislador, a segunda é privilégio da jurisprudência. Por outro lado, a segunda pressuporá sempre a imputabilidade, o que, deixando margem para a defesa da irrelevância do estado no quadro da responsabilidade pelo risco, depõe em sentido inverso àquele que defendemos.

Adiante, levanta a possibilidade, por remissão para a doutrina tedesca, de se indemnizarem por esta via os danos puramente patrimoniais (cf. p. 25).

No mesmo sentido, aflorando idênticos índices de distinção, veja-se VON BAR, *Verkehrspflichten*... cit., p. 144.

O problema passaria, pois, por saber em que medida a assunção dos deveres de segurança no tráfego poderia redundar numa descaracterização da responsabilidade por culpa e numa concomitante e paulatina aproximação entre esta e a responsabilidade objectiva. Para outros desenvolvimentos, cf. VON BAR, *Verkehrspflichten...* cit., p. 180 e ss. Pesam-se, aí, os termos do problema de modo a saber se a culpa pode resultar exclusivamente da violação dos deveres de diligência ou se, pelo contrário, há-de implicar, ainda, uma ideia de inevitabilidade.

Aventa-se, de jeito perfunctório, a possibilidade de sistematização das diversas posições que doutrinariamente se têm firmado pela sua recondução a um dos modelos assim identificados. A saber: 1) sistema binário, no qual a responsabilidade subjectiva e objectiva coexistiriam paredes-meias, com fundamentos diversos; 2) sistema unitário que comporta excepções, designadamente a responsabilidade pelo risco, que assim seria vista como um desvio à regra; 3) sistema complexo, no qual se distinguiriam diversos modos de imputação, unificados por um denominador comum, a identificar-se com a mesma raiz fundamentante. Note-se, ainda, que o que aqui vai inscrito não pode ser lido de forma simplista. Não só o traçado é, como em qualquer taxonomia que pretenda captar a realidade – ainda que da realidade jurídica se trate –, grosseiro, como na terceira opção discursiva se podem acantonar diversos fundamentos, consoante a pressuposição de sentido de que se parta. Sabemos, também de antemão, que a nossa não pode deixar de chamar à colação a personalidade livre e responsável, tal como a temos entendido.

Veja-se, uma vez mais, CASTRONOVO, *La nuova responsabilità...* cit., p. 75 e ss. [analisando a proposta de CALABRESI, CASTRONOVO não deixa de a louvar na medida em que permita colocar num plano totalmente diverso a responsabilidade objectiva. Cf. págs. seguintes para o acompanhamento crítico da referida tese].

Veja-se, ainda, quanto ao ponto, de JULES COLEMAN, “Theories of tort law”, *Stanford Encyclopedia of Philosophy...* cit.. COLEMAN analisa a responsabilidade civil do ponto de vista da justiça correctiva, que considera ser superior à justiça distributiva, por a) entroncar em importantes valores morais; b) permitir a conexão de cada um com o impacto das suas acções, c) não ser vazia, fazendo apelo às ideias de divisão do trabalho da teoria moral; d) não requerer outra doutrina para preencher o seu conteúdo. Considerando que ela se derrama sobre todo o instituto, vem afirmar que a diferença entre as hipóteses de responsabilidade baseadas na *fault* e na *strict liability* reside na natureza do conteúdo dos deveres que nos unem ao nosso semelhante. Assim, no segundo nicho, os deveres reportar-se-iam a uma esfera de risco pré-definido [sobre a concepção de justiça correctiva de JULES COLEMAN, cf., igualmente, “Corrective Justice and wrongful gain”, *Journal of Legal Studies*, 11, 1982, p. 421 e ss., onde apresenta a ideia de *annulment of wrongful gains and losses*, oposta a considerações de tipo distributivo, sem que implicasse uma conexão entre os dois elementos, motivo bastante para que o autor fizesse recair sobre si a crítica de WEINRIB – cf. ERNST J. WEINRIB, “Correlativity, personality and the emerging consensus on corrective justice”, ... cit., p. 20 e ss. É que, enquanto para WEINRIB, a pretensão da vítima tem de ser sempre correlativa da responsabilidade do lesante, não podendo uma ser concebida sem a outra, a *annulment thesis* trata-os como *logically discrete* e o fundamento da *liability* distingue-se dos *mode of rectification*, e isso, para WEINRIB, conduziria a situações insustentáveis: se A lesa B ilicitamente e C inflige um dano equivalente a D, segundo aquela concepção não há razão para se considerar impróprio que B seja indemnizado por C e D por A. Veja-se, porém, o desenvolvimento do pensamento de COLEMAN em “The mixed conception of corrective justice”, ... cit., p. 427, sustentando que a justiça correctiva é *agent-relative*. Note-se, aliás, que o último autor citado acaba por aderir à posição de CARDOZO no célebre precedente *Palsgraf*. Cf., ademais, *Risks and wrongs...* cit., p. 158. Veja-se, ainda, e novamente, acerca do problema da *strict liability*, COLEMAN, “The morality of strict liability”, ... cit., p. 259 e ss., onde, apresentando várias formas sistemáticas dela, considera que casos haverá – de *absolute victim liability* e de *absolute injurer liability* – que, podendo mostrar-se preferíveis em concreto, são explicados não por considerações atinentes à justiça compensatória, mas à justiça distributiva, v.g. o caso da responsabilidade do produtor e do empregador – cf. p. 286. Para uma melhor compreensão do pensamento do autor quanto ao ponto, veja-se a explicitação que dele faremos a propósito das diversas formas de *strict liability* com que podemos ser confrontados. Cf., também, COLEMAN, “On the moral argument for the fault system”, ... cit., p. 473-490, onde colhemos posições próximas às contidas no último trabalho citado. Em causa estava a apreciação de uma proposta submetida ao Congresso norte-americano acerca da possibilidade de se adoptar um esquema de reparação de danos causados por acidentes de viação independentemente da culpa. Importante notar, aí, que o autor entende que um sistema puro de culpa não admite mecanismos distributivos – nota 3 – e que em causa poderia estar, afinal, o desenho de um *at-fault pool system* – p. 484/485].

Esta ganha, então, uma dimensão mais ampla. Não é unicamente um pressuposto da culpa⁹⁹⁰, mas o quadro de referência no interior do qual se afere a obrigação ressarcitória. Em regra, a imputabilidade há-de configurar o mínimo de sentido, que permita à culpa traçar o seu marco. Ao nível da responsabilidade pelo risco, não se aferindo aquela, ela revelar-se-á o referente último balizador da possibilidade de imputação objectiva de um dano ao agente^{991 992 993 994 995}.

⁹⁹⁰ Cf. ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações*, ... cit., p. 486.

⁹⁹¹ Cf. NOOMAN M. K. GOMAA, «La réparation du préjudice causé par les malades mentaux», ... cit., p. 48 (ponto 55). Refere o autor que “é também difícil pretender que o demente tenha assumido o risco, proveitoso ou criado, uma vez que a assunção do risco é uma decisão. E não se pode supor que o demente tenha tomado uma decisão, uma vez que é desprovido de razão”.

⁹⁹² Cf. *Arrêt Trichard* (apud SOUSA ANTUNES, *Responsabilidade civil do obrigado à vigilância...* cit., p. 220, nota 614). Considera-se aí, diante de um dano provocado por uma acidente de viação, na sequência de uma crise de epilepsia de que o condutor foi vítima, que este deve ser responsabilizado, já que se tratou de “uma obnubilação passageira das faculdades intelectuais, seja ela qualificada como demência (...) ou proceda de um qualquer mal-estar físico” e esta “não é um evento susceptível de constituir uma causa de dano exterior ou estranha ao guarda”.

Salienta SOUSA ANTUNES (*op. cit., loc. cit.*), no confronto com outras decisões jurisprudenciais gaulesas, que “o discernimento é necessário para adquirir a guarda, mas quando o agente se tornou guarda da coisa vê invocado contra si o artigo 1384º, al. 1º”.

Não querendo entrar na polémica acerca da correcta interpretação do preceito do *Code Civil* aqui citado, sequer pretendendo cotejar o sistema de responsabilidade pelo risco português com o seu congénere francês, importa, não obstante, reforçar uma ideia que, transparecendo destas palavras, pode fornecer-nos um critério importantíssimo na resolução de uma concreta *quaestio iuris*.

Na verdade, importa não esquecer que a imputabilidade é aferida caso a caso, tendo como referente temporal o momento da prática do acto. Quer isto dizer que a pessoa pode não ter as suas capacidades afectadas de modo permanente, sendo considerada inimputável se aquando do facto lesivo estava incapacitada para entender ou para querer.

A coordenada temporal para que somos alertados releva não só naqueles casos em que a pessoa se coloca, culposamente, numa situação de falta de discernimento e vontade, como assumirá importância decisiva nas hipóteses de responsabilidade objectiva. Efectivamente, se for devidamente compreendido aquilo que tentámos expor, concluímos que não se pode prescindir naquela da imputabilidade, porque, embora se ignore a culpa do agente e se desconsidere a ilicitude, há um centro de imputação que ainda se liga, de um modo mais ténue, à pessoa e à sua autonomia. Ora, esse apelo à autónoma personalidade não radica no momento da ocorrência do evento lesivo, mas sim naqueloutro da assunção do risco que, desta feita, ligado a considerações de justiça distributiva, fundamenta a própria imputação.

A ser assim, a imputabilidade que se reclama é a imputabilidade no momento da assunção do risco. Quer isto dizer que se A adquirir, na plenitude das suas faculdades, um direito de propriedade sobre um cão de que se serve no seu interesse, e este causar um dano, ainda que ele no momento da ocorrência lesiva estivesse momentaneamente incapacitado para entender ou querer, deveria ser chamado a indemnizar o lesado. Na verdade, tratar-se-ia aí de um problema referente, não à imputabilidade do agente em conexão com a natureza objectiva da responsabilidade, mas de uma questão de imputação do dano ao foco de perigo, de acordo com o critério tipificado pelo legislador.

Pense-se num exemplo concreto que nos poderá auxiliar na compreensão do que tentamos defender.

Tendo em conta que aquele que detém a direcção efectiva do veículo responde pelos danos por este causados – ou seja, ligados à esfera de risco em que se traduza – ainda que não esteja em circulação, ponderemos a hipótese de A se ter ausentado para férias, tendo o seu automóvel explodido durante esse período, resultando do facto avultados prejuízos para os proprietários dos restantes veículos estacionados nas proximidades. A responde pelos prejuízos resultantes do risco assumido ao deter a direcção efectiva do veículo. Será esta situação materialmente diferente – tendo em conta o nicho em que nos situamos – daqueloutra em que A, tendo sofrido um acidente vascular cerebral e encontrando-se em estado de coma no hospital, é chamado a responder pelos prejuízos resultantes de uma eventual explosão do seu veículo, estacionado à porta de casa? Não só não cremos, como o exemplo chamado à colação mostra que o cerne da questão reside na determinação de quem tem a direcção efectiva do veículo. E se no momento da

assunção desse estatuto a pessoa é imputável, deve responder pelos prejuízos advindos, restando como problema residual – mas de não pequena importância – a questão da determinação, em concreto, da efectividade da detenção. É que, verdadeiramente, se a pessoa não fosse imputável dificilmente teria assumido aquela direcção.

Repare-se, contudo, que este problema não ocorre com a mesma estrutura valorativa nos casos dos danos causados por animais, ao abrigo do artigo 502º CC. Sem que isso nos conduza insofismavelmente a conclusões diversas. Façamos mais uma vez o exercício de reflexão praticamente comprometido. Se A adquire um determinado cão que usa no seu próprio interesse, nesse momento ele assume um risco. Ao fazê-lo tem capacidade para entender e querer, isto é, é imputável. Imagine-se que, posteriormente, A sofre o dito acidente vascular cerebral, ficando o animal no jardim de sua casa, onde, depois de diversos dias sem ser alimentado, acaba por morder em B, que ali entrou. Pensamos que, em homenagem à ideia de risco inerente à responsabilidade objectiva, A é obrigado a indemnizar B.

E o que dizer daquela outra situação em que A, sendo imputável no momento em que adquire o animal que passa a utilizar no seu interesse, deixa, de forma permanente, de o ser?

Retenha-se, a este propósito, que naquele momento prévio ganha contornos a esfera de risco que posteriormente poderá despoletar a mobilização da responsabilidade objectiva. Na avaliação dos riscos, A está em condições de compreender o alcance da sua actuação futura, pelo que deverá responder ainda que se torne, em seguida, inimputável. A correcta resolução da dúvida que nos orienta passa por saber até que ponto A continuará ou não a utilizar no seu interesse os ditos animais. Mas, entraremos nesse âmbito num problema referente à imputação e não à imputabilidade.

O que nos permitirá ensaiar, na esteira do que foi propugnado noutros ordenamentos jurídicos, uma hipótese relativa à derradeira problemática, na qual a pessoa pode ser já considerada inimputável no momento da aquisição e do início da utilização do animal no seu interesse. Pensa-se não haver aí o centro de imputação da esfera de risco que funda a pretensão ressarcitória. Sem que isto nos faça resvalar para uma ideia – salvificadora da responsabilidade subjectiva – de presunção absoluta de culpa. Na verdade, não se ficciona aqui nada, antes se afirmando que, desde que conscientemente tenha assumido uma determinada esfera de risco, em atenção à teleologia que perpassa a imputação objectivista, a pessoa deve responder.

E isso parece ficar claro no cotejo com o artigo 493º CC. É que ali, ao invés daqui, não está em causa sequer saber se a pessoa tinha ou não o dever de vigilância sobre a coisa. Onde resulta que se o pai adquire, para utilização e proveito do filho menor e inimputável, um dado cão, é aquele que tem o dever de vigilância sobre a coisa e não este. O que se diz simplesmente é que, apesar de o filho utilizar o cão no seu próprio interesse, e não obstante o facto de se prescindir a este nível de um juízo de censura ético-jurídica, não pode haver assimilação do caso concreto, quando polarizado na criança, pelo disposto no artigo 502º CC, na exacta medida em que o fundamento que o erige se não cumpre. Aventa-se mesmo se não poderá sustentar-se uma extensão teleológica do preceito, no sentido de abarcar na expressão utilização no próprio interesse, estes casos de utilização indirecta do bem pelo detentor do poder paternal. Claro que a solução ensaiada acaba por não colher se pensarmos naqueles outros casos em que o inimputável – que o é desde sempre – isoladamente passa a utilizar em proveito próprio um animal. Não havendo atrás de si alguém que suporte o dano perpetrado, e ancorando-se a responsabilidade pelo risco num princípio *pro danatum*, fará algum sentido desresponsabilizá-lo apenas porque, em concreto, se denota a ausência de um centro de imputação da esfera de risco? Pensamos que, numa leitura como a propugnada em texto, sistematicamente conforme e teleologicamente fundada, dos preceitos do Código Civil, a solução não só fará sentido como é a única defensável.

Ademais, algum apego à realidade levar-nos-á a concluir – e sem pretender que o direito deixe de ser o dever ser que é para passar a ser orientado pela máxima “a realidade é que ordena”, numa reminiscência do realismo jurídico – que, em muitas situações, ainda que se impusesse forçadamente a obrigação ressarcitória, o agente responsável não estaria em condições de prover ao pagamento da mesma. Nesse sentido, cf. GENEVIEVE VINEY, «La réparation des dommages causés sous l’empire d’un état d’inconscience: un transfert nécessaire de la responsabilité vers l’assurance», *La semaine juridique*, année 1985, 3289, ponto 21, falando da insolvabilidade frequente dos privados de discernimento.

Note-se, aliás, a íntima conexão entre a previsão de hipóteses de responsabilidade pelo risco e a obrigatoriedade de celebração de contratos de seguro.

Esta constatação fáctica implica três breves notas, numa já de si longa nota.

Em primeiro lugar, reforça-se aqui a ideia da não coincidência entre o domínio contratual e a sua congénere delitual (cf. VINEY, «La réparation...», ... cit., ponto 21, onde a autora fala de uma cisão entre o mundo contratual e o mundo delitual). Não só a imputabilidade se afasta da incapacidade, pelo que é possível que um inimputável não seja incapaz de exercício de direitos, o que viabiliza a celebração de negócios válidos, como a eventual configuração do contrato de seguro como um contrato a favor de

terceiro legitima a ideia da celebração de um contrato de seguro cujo beneficiário seja o inimputável na situação de risco legalmente tipificada.

Em segundo lugar, a concatenação anunciada, se bem que possa ser perspectivada à luz do reforço da posição do lesado, garantindo, independentemente da solvabilidade do agente responsável, o ressarcimento pretendido, pode, igualmente, ser entendida, sob a óptica da justiça distributiva, enquanto mecanismo adequadamente predisposto para a gestão de riscos que se assumem. Nesse sentido, e embora com uma coloração economicamente cunhada que o conduz até à responsabilidade pelo risco da empresa, TRIMARCHI, *Rischio*...cit. Sublinhe-se, porém, que o autor citado é claro na demarcação de fronteiras, explicitando que, para ele, o raciocínio justificativo da responsabilidade pelo risco da empresa, com todas as consequências daí decorrentes, não é extensível às actividades ditas biológicas, já que não existe aí um conjunto ordenado e funcionalizado de operações, mas actos dispersos, não se podendo sequer falar de uma esfera de risco permitido (p. 43). O que nos distancia de TRIMARCHI é, portanto, a compreensão da *ratio* das previsões aqui debatidas. Se para ele a empresarialidade se galvaniza como pólo determinativo daquelas, para nós, orientados pela pressuposição do princípio normativo do direito enquanto direito, assente na dialéctica liberdade *versus* responsabilidade, elas podem e devem ser compreendidas sob o prisma da pessoalidade. Pelo que a ideia de gestão de riscos ganha sentido também por referência a todas as hipóteses que escapam ao domínio da organização funcional em que se traduz a empresa. Ao que acresce que a posição do jurista italiano parece situar-se a montante, quadrando mal com o direito positivo português.

E se assim é, então parece fazer sentido subscrever a ideia segundo a qual a prescindibilidade da culpa não co-envolve a prescindibilidade da imputação a uma esfera de risco, assumida por um sujeito. Donde se requer, nesse momento prévio, a imputabilidade. Num sentido diverso, cf. PAUL ESMEIN, « L'idée d'acceptation des risques en matière de responsabilité civile », *Revue Internationale de Droit Comparé*, 4^e année, n^o1, 1952, p. 683-691. Considera o autor que, no seio do ordenamento jurídico francês, as hipóteses de responsabilidade objectiva, por ele vistas como presunções de *faute*, não permitem falar de aceitação do risco, porquanto aquela responsabilidade se limita a ser imposta (cf. p. 683). Reserva, na verdade, a ideia de aceitação do risco para os problemas polarizados na vítima do dano, que pode assim, por essa via, ver excluído o seu direito à indemnização (cf., designadamente, na medida em que o dado será relevante no nosso excursus subsequente, p. 685 e ss., a propósito do problema do consentimento da vítima. Veja-se, ainda, ao longo do estudo do autor a subtil diferença entre a aceitação de um dano certo e a aceitação do risco).

A propósito da influência que o direito da responsabilidade civil sofre a partir do direito securitário, cf. LOUIS BACH, «Réflexions sur le problème du fondement ... », ... cit., p. 231. Mostrando um entendimento diverso, veja-se MARKESINIS, «La perversion des notions de responsabilité civile délictuelle par la pratique de l'assurance», *Revue Internationele de Droit Comparé*, n^o2, 35, 1983, p. 301 e ss.

A propósito do risco da empresa como fundamento da responsabilidade civil, cf., ainda, GRACIELA MESSINA ESTRELLA GUTIERREZ, “El riesgo de empresa como fundamento de la responsabilidad civil”, *Derecho del Consumidor*, n^o7, 1996, p. 31-41. Caracterizando o sistema imbuído do *riesgo de empresa*, a autora afirma que, de acordo com a teoria, qualquer actividade económica comporta a criação de um perigo para a comunidade, ao que se alia um outro fundamento que, somado ao risco criado, justifica a imputação do dano: o proveito (cf. p. 31). Enervando a resenha sistemática que nos oferece com notas atinentes a uma racionalidade economicista, a autora acaba por suscitar problemas interessantes, quais sejam a dimensão empresarial a que este esquema de atribuição de responsabilidade deve andar ligado (cf. p. 34) e bem assim aqueloutro da cobertura com o fundamento *risco* dos danos atípicos sobrevindos. No que respeita à circunscrição do âmbito de relevância da *ratio iuris* que se convoca, e rememorando o pensamento de autores italianos, fala-se ali de hipóteses como o dano sofrido pelo trabalhador, o dano ocasionado ao consumidor, o prejuízo ao ambiente, ao que GRACIELA GUTIERREZ junta “novas aplicações” tendo em conta a posição do indivíduo no mercado (cf. p. 38 e ss.: a) danos provocados pela geração de confiança; b) responsabilidade das empresas de assistência médica e hospitalar; c) responsabilidade do profissional do perito, defronte do cliente ou leigo).

⁹⁹³ A responsabilidade pelo risco aparece, assim, interpretada à luz da pessoalidade fundamentadora da juridicidade e das exigências de sentido nela contidas.

Quanto ao ponto, veja-se, uma vez mais, LARENZ/CANARIS, *Lehrbuch*... cit. II/2, p. 608, considerando que a *Gefährdungshaftung* se baseia num *Prinzip personaler Verantwortung*.

⁹⁹⁴ Cf., em sentido interrogativo, cf. LARENZ/CANARIS, *Lehrbuch*... cit., II/2, p. 609. Questionam os autores se a imputação prevê a imputabilidade subjectiva, ou mais especificamente, se é possível a imputação ao abrigo da responsabilidade pelo risco dos actos dos menores.

⁹⁹⁵ Com especial importância para o tema que ousamos tratar, cf. A. M. HONORÉ, “Causation and remoteness of damage”, ...cit., p. 5. O autor estabelece a diferença entre a causalidade e a imputabilidade,

Percebe-se agora a razão da preferência denotada na explicitação da *ratio* da previsão de situações de inimputabilidade. Na verdade, se nos ativéssemos a um plano teleológico, sem escarpelizarmos o plano normativo mais profundo, seríamos agora confrontados com uma alternativa problemática. Ou se privilegiaria, na lógica subjacente à responsabilidade objectiva, a posição do lesado; ou atenderíamos ao agente inimputável, cuja não responsabilização resultaria, em princípio, da necessidade de, face à sua debilidade, o protegermos.

Se a argumentação viabilizada por uma certa interpretação do pensamento de SOUSA ANTUNES, quanto ao ponto, não deixa de ser sedutora⁹⁹⁶, não podemos pôr de lado a construção de autores como TRIMARCHI⁹⁹⁷. Questionando as finalidades da responsabilidade objectiva, o jurista italiano refere a redução dos riscos, para concluir, numa lógica que os perspetive como custos da empresa, que a natureza daquela se afigura adequada a cumprir tal desiderato. Ao que acresce que, no estado actual da técnica, é justo que, ainda que não seja possível a sua eliminação, o lucro da empresa diminua, até porque a pressão económica assim exercida pode induzir à procura de novos métodos menos arriscados. E, se assim é, conclui o autor que o que é verdadeiramente onerado é o património da empresa, independentemente de considerações acerca do sujeito concretamente em causa: “l’imprettore potrà essere un minore, un incapace o una persona giuridica e, cionondimeno, il costo del rischio graverà efficacemente sul passivo dell’impresa”^{998 999}.

mostrando que a última se relaciona com a capacidade de controlo da própria actuação voluntária. Mas alerta, numa perspectiva que não é idêntica àquela com que abordámos o problema em texto, que o estado psicológico do agente pode ser relevante em matéria de nexos de causalidade, até porque, por exemplo, o estado de debilidade do agente (por exemplo a embriaguez) pode ser causa do dano.

Alerta, ainda, que uma das técnicas para introduzir, a este ensejo, considerações de *policy* passa pela combinação da causalidade com a imputabilidade, exigindo-se que a causa do dano seja uma conduta consciente e voluntária, levada a cabo por um sujeito imputável.

⁹⁹⁶ Note-se que não reconheceríamos essa sugestividade da argumentação do autor se ela se ativesse a uma pura consideração do poder económico da vítima em confronto com o do agente, até porque nada garantiria que a vítima, por o ser, fosse nessa matéria a parte mais débil.

⁹⁹⁷ TRIMARCHI, *Rischio*...cit., p. 34.

⁹⁹⁸ TRIMARCHI, *Rischio*...cit., p. 38

⁹⁹⁹ Cf. STARCK, *Essai d’une théorie générale de la responsabilité civile*... cit. Entende o autor que devemos olhar para a responsabilidade civil da perspectiva da vítima, encontrando, por isso, o fundamento da responsabilidade objectiva na ideia de garantia. A simultânea recusa da teoria do risco e da *faute* justifica-se pelo subjectivismo que a cada uma delas, e com diferentes intensidades, anda ligada, na medida em que se traduzem na procura da razão da imputação a um agente. Para STARCK tal obnubilaria a óptica da vítima, pelo que defende que, se determinados direitos existem, a sua lesão será motivo mais do que suficiente para impor uma sanção, no caso em apreço, traduzida pela necessidade de reparar o dano.

Numa perspectiva crítica, LOUIS BACH, «Réflexions...», ... cit., p. 224. Questiona o autor como é que se determina que o obrigado à reparação é A e não B, se tivermos em conta apenas o interesse da vítima?

Em rigor, TRIMARCHI não fala dos inimputáveis, referindo-se exclusivamente aos incapazes. Mas, ao colocar o acento tónico na vertente patrimonial, viabiliza a conclusão da irrelevância da imputabilidade ao nível da responsabilidade pelo risco. E permite, ademais, que se olhe para esta no sentido da criação de um sistema que, fazendo apelo exclusivo ao património do lesante como pólo responsabilizado, é informado exclusivamente por uma ideia de justiça distributiva, privilegiando a posição do lesado. A ser assim, cai por terra o pressuposto de protecção do inimputável.

Não pretendemos com isto aderir cegamente à posição expandida. Reconhecendo a sua mestria e compreendendo a importância fulcral da mesma para uma lograda compreensão do mecanismo ressarcitório subjacente à responsabilidade objectiva, somos, em coerência com o que temos vindo a pensar, forçados a rejeitá-la, com base em duas razões fundamentais.

Por um lado, e isso parece decorrer das nossas anteriores palavras, negamos uma visão do direito e da responsabilidade civil que nos conduza à assunção de uma racionalidade de tipo economicista e deixe de lado a verdadeira intencionalidade jurídica. Ora, TRIMARCHI, embora não padecendo dos excessos próprios dos radicais da *law and economics*, abre a porta a um pensamento de índole consequencialista¹⁰⁰⁰. E se a índole tecnocrática do jurídico pode ser convocada como guia de um legislador, dificilmente pode servir de filão racionalizante orientador do jurista decidente, tanto mais que, e em termos de objectivos da interpretação, abdicamos, a partir do momento em que a norma deixa de ser pensada como um texto, de perscrutar a vontade do legislador histórico. Em substituição do subjectivismo, procuramos uma interpretação da norma que, a um tempo, a remeta para o sistema e busque nele a intencionalidade problemática que caracterize a teleonomologia jurídica.

Donde somos levados à segunda razão justificativa da recusa preliminarmente assumida. A percepção do sistema de responsabilidade civil consagrado no Código Civil, na sua indispensável remissão para os princípios normativos que o fundamentam, faz com que, a par da ideia de justiça distributiva, sejamos remetidos para a consideração última da pessoa dotada da sua liberdade positiva e correspondente responsabilidade.

Além disso, acrescenta que não é por existirem determinados direitos que eles devem ser protegidos mas, ao invés, é por certos direitos serem protegidos que podemos dizer que eles existem (p. 225)

¹⁰⁰⁰ A este propósito, *vide* TRIMARCHI, “L’analisi economica del diritto: tendenze e prospettive”, *Quadrimestre, Rivista di diritto privato*, nº3, 1987, p. 563 a 582.

Tal posicionamento metodológico viabiliza dois tipos de conclusões. Não só justifica a reminiscência do pensamento da imputabilidade ao nível da responsabilidade objectiva como mostra a impraticabilidade de esta ser pensada na óptica do risco da empresa. Tipificadas num momento em que a responsabilidade objectiva dava os seus primeiros passos, as hipóteses codificadas de imputação pelo risco absorvem muito da intencionalidade genericamente integrante da responsabilidade como um todo. A ser viável a posição delineada por TRIMARCHI, a mesma teria de ser reservada para os casos não codificados de responsabilidade pelo risco^{1001 1002 1003 1004 1005 1006}.

¹⁰⁰¹ Em bom rigor, nem a responsabilidade do comitente, prevista no artigo 500º Código Civil, pese embora a sua mobilização em sede de responsabilidade das pessoas colectivas, pode ser entendida no sentido do risco da empresa. Não só o preceito é aplicável a pessoas singulares, como a noção de pessoa colectiva não se pode confundir com o conceito de empresa.

Note-se, quanto a esta, as dúvidas que se suscitam a propósito da sua inclusão na responsabilidade pelo risco – ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações...*cit., p. 514; RUI DE ALARCÃO, *Direito das Obrigações...*cit., p. 291-292; MARIA DA GRAÇA TRIGO, *Responsabilidade civil delitual por facto de terceiro*, Coimbra Editora, Coimbra, 2009, p. 407. E saliente-se que a posição dos autores permite traçar uma distinção entre uma responsabilidade pelo risco genérico ou responsabilidade objectiva e a responsabilidade pelo risco, sendo que a primeira não prescinde de certas referências subjectivas. Dando conta disso mesmo, cf. BRANDÃO PROENÇA, *A conduta do lesado...*cit., p. 230-231, nota 735.

No mesmo sentido, cf., ainda, JÚLIO GOMES, «Responsabilidade subjectiva ...», ...cit., p. 99, nota 9.

Cf., igualmente, W. WRIGHT, “Substantive Corrective Justice”, *Iowa Law Review*, 77, 1992, p. 697 e ss., ao estabelecer a distinção entre *strict liability for risk* e *absolute liability*.

Sobre o problema da responsabilidade das pessoas colectivas em confronto com o fundamento último em que alicerçamos o instituto – a pessoalidade – cf. PETER CANE, *Responsibility in the law and morality*, ... cit., p. 145 e ss.

Acerca do fundamento da responsabilidade do comitente, ver, por todos, MARIA DA GRAÇA TRIGO, *Responsabilidade civil delitual ...* cit., p. 406 e ss., esclarecendo que quando se afirma que ao comitente cabe suportar os riscos da comissão se está, no fundo, a sustentar que lhe cabe suportar as contingências resultantes de ter outras pessoas a actuar para si (teoria do alargamento das esferas de risco) e os perigos que a comissão acarreta. Note-se, porém, que a autora se mostra particularmente céptica no que toca ao derradeiro segmento fundamentador. Na verdade, como esclarece, a comissão não é fonte de perigos especiais. Aliás, em crítica à formulação do artigo 6:170, nº1 do CC Holandês, nos termos do qual há responsabilidade se o risco de dano for aumentado pela ordem de realizar tais deveres que o subordinado foi incumbido, MARIA DA GRAÇA TRIGO aduz que “o facto de se utilizar o trabalho de um comissário pode aumentar, diminuir ou simplesmente manter inalterada a probabilidade do dano”. Basta pensar que frequentemente o dependente é escolhido pelo principal em função das suas competências profissionais, donde o risco até poderia diminuir. Acresce que, e continuando a acompanhar o seu estudo, a referência que se faz, em sede de responsabilidade do comitente, ao risco normal inerente ao negócio acaba por contrariar o simultâneo apelo ao aumento do risco. *In fine*, considera a possibilidade de se analisar o fundamento da hipótese ressarcitória na óptica do risco da empresa. Não se identificando aqui o risco com o perigo para a integridade de coisas e pessoas, ele corresponde às consequências danosas que podem advir da actividade empresarial (cf. p. 410).

Cf., igualmente, PEDRO PITTA E CUNHA NUNES DE CARVALHO, “A responsabilidade do comitente”, *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 48, 1988, p. 85 e ss. e RAUL GUICHARD, “Anotações sobre a responsabilidade do comitente e a responsabilidade pelo risco no Código Civil Português”, *Revista de Ciências Empresariais e Jurídicas*, nº10, 2007

Veja-se, a este ensejo, KARL LARENZ, „Die Prinzipien der Schadenszurechnung...“, ... cit., p. 373 e ss. e 376, considerando diversos casos de responsabilidade baseada na imputação de especiais riscos de danos (*Risikozurechnung*): a) *Gefährdungshaftung* (aquele que é titular de uma coisa ou actividade potencialmente danosa é, sob determinados pressupostos, responsável pelos danos gerados, encarando-se a responsabilidade pelo risco como „uma espécie de preço que aquele que retira utilidade da coisa ou actividade deve suportar“); b) *Risikohaftung, die denjenigen trifft, der erlaubterweise vorläufig Vollstraktions- oder Sicherungsmaßnahmen durchführen läßt* (responsabilidade pelo risco que se aplica

àquele que de modo lícito deixa de realizar medidas de cuidado ou execuções provisórias); c) *Zurechnung des mit einer bestimmten Tätigkeit verbundenen Schadensrisikos an denjenigen, der diese Tätigkeit in seinem Interesse durch einen anderen ausführen läßt* (imputação por uma especial actividade aliada ao risco de danos que é executada por outro no seu interesse).

¹⁰⁰² Salientando a diferente intencionalidade e o diferente recorte da responsabilidade objectiva prevista no Código Civil e em legislação avulsa, cf. BRANDÃO PROENÇA, *A conduta do lesado...* cit., p. 273, 274. A propósito da relevância do comportamento do lesado na determinação da responsabilidade do lesante, BRANDÃO PROENÇA constata uma diferença entre o regime da responsabilidade objectiva prevista no Código Civil e nas diversas leis avulsas. Enquanto a primeira pode ser afastada pela prova de qualquer facto culposo ou não do lesado, que surja como causa exclusiva do dano; a responsabilidade objectiva em leis avulsas só é precluída pela prova da culpa exclusiva do lesado.

A responsabilidade objectiva, na verdade, não configura um todo harmónico, apresentando antes recortes específicos consoante o domínio a que digam respeito.

Quanto ao ponto, numa perspectiva crítica em face da desarmonia ao nível da responsabilidade pelo risco e tendo em conta as coberturas colectivas de seguros, cf. BRANDÃO PROENÇA, *A conduta do lesado...* cit., p. 230-231, nota 735. Note-se que, para o autor, o sistema de responsabilidade civil objectiva acolhido pelo Código de 1966 representa “a conservação do princípio geral da culpa” e “o reflexo histórico da recusa de qualquer rompimento abrupto com a nossa orientação tradicional”.

Pese embora a contundência da asserção, pensamos ter argumentado em termos suficientemente seguros no sentido de afastar a ideia de culpabilidade do espectro da responsabilidade objectiva.

Sobre o ponto, veja-se, ainda, DEUTSCH/AHRENS, *Deliktsrecht, Unerlaubte Handlungen...* cit., p. 174-175, falando de uma *Vielspurigkeit* e distinguindo a a) *enge Gefährdungshaftungs* (que abrange, entre outros, os casos de responsabilidade por danos causados por veículos); b) *erweiterte Gefährdungshaftung* (de que são exemplo as hipóteses de responsabilidade por produtos e medicamentos); c) *Kausalvermutungshaftung* (na qual o risco coincide com a responsabilidade e as cláusulas de exclusão são mais rígidas, como é o caso da responsabilidade por danos ao ambiente). Cf., também, DEUTSCH, *Allgemeines Haftungsrecht...* cit., p. 420 e ss. (falando de *Enge Gefährdungshaftung* – estrita responsabilidade pelo risco; de *Erweiterte Gefährdungshaftung* – responsabilidade pelo risco avançada, de que seria exemplo a responsabilidade do produtor; e *Kausal-Vermutungshaftung* – combinação da responsabilidade pelo risco e da *Schadensvermutung*/responsabilidade presumida, de que é exemplo a regulamentação da responsabilidade ambiental)

Para um elenco de hipóteses de responsabilidade pelo risco, cf., v.g., SINDE MONTEIRO/MARIA MANUEL VELOSO, “Fault under Portuguese Law”, ... cit., p. 179-205. Veja-se, ainda, no quadro do ordenamento jurídico português, LUÍS MENEZES LEITÃO, “Acidentes de trabalho e responsabilidade civil. ...”, ... cit., p. 773 e ss.

¹⁰⁰³ Dado importante a este nível parece ser o juízo derramado sobre os conceitos de caso fortuito e caso de força maior a que nos conduz TRIMARCHI, *Rischio e responsabilità oggettiva* ... cit., p. 169 e ss., que, aliás, deveriam, em bom rigor, ser igualmente sopesados aquando do debate acerca da construção do próprio modelo de responsabilidade objectiva.

¹⁰⁰⁴ Note-se, ademais, que o que ficou dito não implica necessariamente a prescindibilidade da ideia de imputabilidade quando em causa esteja um caso de responsabilidade objectiva prevista em legislação avulsa. Pensamos, aliás, que, tendencialmente, a natureza das funções assumidas nas actividades disciplinadas por essa legislação avulsa será de molde a excluir a possibilidade prática de um inimputável assumir a sua consecução. Acresce que o que ficou inscrito em texto apenas pretende mostrar como, no quadro tradicionalmente consagrado no diploma mãe em matéria de direito civil, a posição de TRIMARCHI se mostra inviável.

¹⁰⁰⁵ A este propósito, veja-se LARENZ/CANARIS, *Lehrbuch...* II/2, cit., p. 607, considerando tripticamente as hipóteses de previsão de situações de responsabilidade pelo risco: a) ou porque a probabilidade do dano é grande; b) ou porque o montante ameaça proporções catastróficas, c) ou por outros motivos (como o facto de não se estar totalmente familiarizado com o risco potencial, como no caso da engenharia genética).

Dir-se-ia, tendo em conta esta sistematização e rememorando os casos tipificados, entre nós, de responsabilidade pelo risco, que naqueles outros motivos se integram também especiais necessidades de tutela como ocorre ao nível da protecção do consumidor.

¹⁰⁰⁶ Cf., a este ensejo, o Decreto-lei nº383/89, de 6 de Novembro, relativo à responsabilidade do produtor, entendida como uma responsabilidade por falta de segurança dos produtos (em causa não está a falta de conformidade com as características do bem oferecido pelo produtor, mas os eventuais danos que, fruto de um defeito do produto, afectaram a propriedade, a saúde ou a vida do consumidor - *Produktsicherheit*). V., a este propósito, e para mais desenvolvimentos, CALVÃO DA SILVA, *Responsabilidade civil do*

produtor, Almedina, Coimbra, 1999, p. 633; ID., *Compra e venda de coisa defeituosas (conformidade e segurança)*, 4ª edição, Almedina, Coimbra, 2006, p. 184. [Sabendo-se que em causa está não a responsabilidade pela falta de conformidade dos bens com as características oferecidas pelo produtor, mas a responsabilidade pelos eventuais danos que um defeito do produto possa acarretar na saúde e/ou vida dos consumidores, sente-se por vezes que a fronteira entre as duas situações se esbate. Paradigmáticos disso parecem ser os casos em que os produtos defeituosos são medicamentos. Será que a ineficácia de um medicamento que deve actuar contra uma patologia constitui um defeito susceptível de mobilizar a responsabilidade do produtor? Sobre o ponto, cf. DIANA MONTENEGRO DA SILVEIRA, *Responsabilidade civil por danos causados por medicamentos defeituosos*, ... cit., p. 93 e, em especial, p. 112, dando conta que, na Alemanha, onde a questão se mostra controversa, existe uma corrente jurisprudencial, segundo a qual “a responsabilidade geral do produtor [se] aplica (...) também aos produtos ineficazes, uma vez que a vítima poderia ter evitado o dano através de outro meio e que o produtor impediu-a de tal ao apresentar o seu produto como eficaz”].

O diploma citado foi alterado pelo Decreto-lei nº131/2001, de 24 de Abril, e consagra a responsabilidade do produtor, independentemente de culpa, pelos danos causados por defeitos dos produtos que põe em circulação (artigo 1º). Mais se acrescenta que o mesmo prevê a irrelevância da intervenção de um terceiro que tenha contribuído para a produção do dano, estabelecendo, porém, a exclusão da responsabilidade do produtor quando em causa estejam os chamados riscos de desenvolvimento. A protecção dispensada estende-se para além da noção de consumidor, dirigindo-se a todos os que, usando o produto defeituoso a qualquer título, sofram um dano. Parece, portanto, apontar para a existência de um mínimo de incidência física como índice de delimitação dos danos ressarcíveis (v. artigo 8º/1 DL nº383/8: “são ressarcíveis os danos resultantes de morte ou lesão pessoal e os danos em coisa diversa do produto defeituoso, desde que seja normalmente destinada ao uso ou consumo privado e o lesado lhe tenha dado principalmente este destino”. Sobre a questão de saber se o lesado se há-de identificar com aquele que consumiu ou utilizou o produto, cf. MONTENEGRO DA SILVEIRA, *Responsabilidade civil por danos causados por medicamentos defeituosos*... cit., p. 160-161, nota 249). Ao mesmo tempo, estabelece-se uma ligação inequívoca com uma esfera de poder. Na verdade, não haverá responsabilidade (artigo 5º DL nº383/89) se o produtor provar que não pôs o produto em circulação; se, tendo em conta todas as circunstâncias, se pode razoavelmente admitir a inexistência do defeito no momento da entrada do produto em circulação; se o produto não foi fabricado para venda ou para qualquer outra forma de distribuição com um objectivo económico, nem foi produzido ou distribuído no âmbito de uma actividade profissional do produtor; se o defeito é devido à conformidade do produto com normas imperativas estabelecidas pelas autoridades públicas; se o estado dos conhecimentos científicos e técnicos, no momento em que o produto foi posto em circulação, não permitia detectar a existência do defeito; se, no caso de parte componente, o defeito é imputável à concepção do produto em que foi incorporada ou às instruções dadas pelo fabricante do mesmo”.

Cf., igualmente, CALVÃO DA SILVA, *Responsabilidade civil do produtor*, ... cit., p. 711 e ss., considerando que a exigência de causalidade ao nível da responsabilidade do produtor vem expressa no artigo 1º DL nº383/89 – “o produtor é responsável pelos defeitos dos produtos que põe em circulação” – e sustentando que esse nexos causal deve ser aferido de acordo com o critério da causalidade adequada. Mas será que não podemos olhar para o problema de acordo com outra perspectiva? Do pouco que ficou dito, podemos concluir que a regulamentação da matéria aponta para uma imputação objectiva, relacionada com o domínio da esfera de risco (traduzida pela ligação a quem coloca os produtos em circulação), e uma imputação material, já que os danos indemnizáveis são aqueles que são causados pelo defeito do produto. Ora, detectado o defeito, temos de ver se o tipo de danos se integra ou não naqueles que permitem a caracterização do bem como defeituoso. Para a consideração da noção de defeito, veja-se, na mesma obra do autor, p. 633 e ss. (“um produto é defeituoso quando não oferece a segurança com que legitimamente se pode contar, tendo em atenção todas as circunstâncias, designadamente a sua apresentação, a utilização que dele razoavelmente possa ser feita e o momento da sua entrada em circulação. Não se considera defeituoso um produto pelo simples facto de posteriormente ser posto em circulação outro mais aperfeiçoado” – cf. artigo 4º DL nº383/89. Note-se que, na determinação da defeituosidade, se há-de ter em conta a forma de apresentação do produto – marketing, campanhas de publicidade e promoção, informações e advertências sobre certos perigos, instruções quanto ao uso – e a utilização razoável do produto (“o produtor é responsável por utilizações erróneas do seu produto, mas aceites pelo público em geral e razoáveis” – CALVÃO DA SILVA, *Responsabilidade civil*... cit., p. 578). Quer isto dizer que o juízo acerca da recondução do dano ao defeito do produto não pode basear-se num raciocínio de tipo puramente causalista, antes implicando um ponto de vista imputacional.

Questão interessante passa por saber se os riscos de desenvolvimento, que sabemos excluir da responsabilidade, podem ou não ser vistos como um caso de força maior. Sobre o ponto, cf. DIANA

O excuro sobre o papel da imputabilidade ao nível da responsabilidade objectiva, ao mesmo tempo que nos permite aceder à essência conformadora dessa modalidade excepcional, garante a compreensão da insustentabilidade da tese veneziana ou outras análogas que queiram reconduzir a problemática da imputação delitual a uma mera questão causal^{1007 1008}.

Tivemos oportunidade de, avocando os argumentos disponibilizados por diversos autores¹⁰⁰⁹, afastá-la concludentemente.

Na verdade, não só o apelo a uma ideia estrita de causalidade concitaria dificuldades ao nível da operacionalidade do sistema, como, em termos de justificação do desvio à regra da subjectividade, seríamos condenados ao vazio. Ao abdicar-se da culpabilidade, algo tem de fundamentar a comutação patrimonial em que, afinal, se vem a traduzir a reparação do dano e a causalidade estrita, saída dos meandros do mundo físico, não logra cumprir tal papel.

Situamo-nos num plano de pensamento de segundo grau. Dito de outro modo, a conclusão traçada resume-se, na simplicidade dissimuladora da complexidade que a imbui, à afirmação de que não basta causar um dano para que se seja onerado com a obrigação de o reparar. Pelo que, diante da falta de constatação de um comportamento ilícito e culposo, seja ele doloso ou negligente, algo deve suprir a lacuna.

Identificamos o critério de suprimento reivindicado com a nota da justiça distributiva, adequadamente compreendida. E intuímos que ela dogmaticamente se projecta na definição de uma esfera de risco¹⁰¹⁰.

MONTENEGRO DA SILVEIRA, *Responsabilidade civil por dano...* cit., p. 226 e ss., nota 258, considerando que “[se] tem (...) entendido que as duas questões são distintas, dado que a força maior representa situações de natureza externa e que caem fora da esfera de controlo do afectado. Já os riscos de desenvolvimento referem-se a um produto originariamente defeituoso, sendo o acontecimento interno e tendo lugar dentro da esfera de influência do produtor”.

¹⁰⁰⁷ Veja-se, também, quanto ao ponto, R. EPSTEIN, “A theory of strict liability”, ...cit., p. 151 e ss.

¹⁰⁰⁸ Sobre o ponto, veja-se, ainda, CARNEIRO DA FRADA, *Teoria da Confiança...* cit., p. 620. “O mistério da duplicidade do desempenho da confiança na construção da responsabilidade desvenda-se pelo reconhecimento da especificidade que uma acção humana, livre e voluntária, apresenta no âmbito de processos causais relevantes para efeito da obrigação de indemnizar. São as acções humanas que naturalmente há que fixar enquanto causadoras de um evento que conduz à responsabilidade. Trata-se de um corolário da exigência de que o juízo de imputação do dano realize o princípio ético da auto-responsabilidade da pessoa”. Por isso, adianta o autor que se deve excluir a responsabilidade nas hipóteses de danos gerados por actos reflexos e nas hipóteses extremas da *vis absoluta* e é por isso que, na responsabilidade pelo risco, se “impõe a possibilidade de a reconduzir à liberdade de conduta do sujeito e às iniciativas e posturas que ele adoptou na sociedade em que se integra” – cf. nota 663.

¹⁰⁰⁹ Cf. *infra* as referências sobre a matéria.

¹⁰¹⁰ V., a este propósito, *inter alia*, RANIERO BORDON, *Il nesso di causalità...* cit., p. 158, considerando que na responsabilidade objectiva se prevê uma presunção de responsabilidade a cargo do que se encontra numa específica posição jurídica. Mais adianta que o nexos de causalidade, que, segundo ele, não pode falhar na responsabilidade pelo risco, deve ser estabelecido com referência à esfera jurídica.

Este passa a comungar de uma natureza dúplice. Aliando-se àquela, constitui o fundamento imputacional. Refractando-se no plano do direito já constituído, transmuta-se em critério dogmático de operacionalidade intrassistemático¹⁰¹¹. Que, quando assumido em termos consonantes com os dados metodologicamente tidos por adequados à judicativo-decisória tarefa de realização do direito, não deixa de ser transcendido pela remissão para a pessoalidade informadora de toda a juridicidade.

Isso faz com que ela seja vista, diante de um caso concreto, como o elemento decisivo da assimilação da intencionalidade problemática dele pelo âmbito de relevância hipotético da norma. Não é o juízo causal – assente no esquema causa/efeito – que delimita o círculo de danos indemnizáveis, mas a alocação daquele prejuízo constatável ao núcleo de danos que se visaram evitar com a tipificação da esfera de risco a que se alude que permite dar por resolvido o problema imputacional^{1012 1013 1014}.

¹⁰¹¹ Veja-se, ainda, quanto ao ponto, GONÇALO CASTILHO SANTOS, *Responsabilidade objectiva. Novas tendências através da responsabilidade pelo risco*, Relatório do Curso de Mestrado da Faculdade de Direito de Lisboa, policopiado, 2000, p. 81 (“a responsabilidade objectiva ou quase-objectiva é extra-causal, no sentido de que, bastando-se a lei com o resultado e agregando-o a um benefício económico ou social do agente, prescinde da técnica da causalidade tradicional, independentemente de nos movermos pela causalidade adequada ou normativa”).

¹⁰¹² Cf., embora com uma intencionalidade diversa e com pontos de discrepância discursiva, JANE STAPLETON, “Evaluating...”, ... cit., p. 1532, 1533. Note-se que a autora, chamando a depor o conceito de *incidence rule*, diz-nos que é ela que nos oferece os limites da *liability*. Coincidindo com o dever ao nível da responsabilidade subjectiva, traduz-se, na responsabilidade pelo risco, nos contornos desenhados pela modelação do *tort*. Aponte-se, portanto, o paralelo traçado por STAPLETON.

Veja-se, ainda, ALMEIDA COSTA, “Reflexões sobre a obrigação de indemnização...”, ... cit., p. 292; BRANDÃO PROENÇA, *Direito das Obrigações – Relatório...* cit., p. 196 (considerando que as normas do artigo 502º, 503º e 509º CC regulam actividades lícitas e têm por missão delimitar a chamada esfera de responsabilidade. Segundo o autor, “mesmo numa perspectiva de conexão causal”, tal significa “afastar o critério da probabilidade e ver se a lesão resultou ou não do desenvolvimento do perigo específico que constitui a razão de ser normativa”); LARENZ, “Die Prinzipien der Schadenszurechnung...”, ... cit., p. 373 e ss.; HANS STOLL, “Adäquanz und normative Zurechnung...”, .. .cit., p. 184;); HERMANN LANGE/GOTTFRIED SCHIEMANN, *Handbuch des Schuldrechts...* cit., p. 95.

¹⁰¹³ Cf., a propósito da responsabilidade do comitente, MARIA DA GRAÇA TRIGO, *Responsabilidade civil delitual...* cit., p. 314 e ss. Mostra-se, aí, que o centro nevrálgico da problemática que envolve esta hipótese ressarcitória passa pela interpretação do segmento “exercício das funções”. Ora, se alguns autores resolvem a questão com apelo a uma ideia causal (cf. RIBEIRO DE FARIA, *Direito das Obrigações...* I, cit., p.l 17-18, sustentando o que o nexa do facto ilícito com as funções do comissário deve ser interno, directo e causal; ANTUNES VARELA/PIRES DE LIMA, *Código Civil anotado*, vol. I, 4ª edição, 1987, p. 509, falando de factos ilícitos praticados por ocasião do exercício das funções mas em que o exercício não constitui uma causa adequada), a insigne jurista citada mostra-se céptica relativamente a ela, bem como à de relação causal. Para ela, “a principal dificuldade radica em que o uso de expressões habitualmente conotadas com um dos pressupostos da responsabilidade civil pode levar a equívocos terminológicos e conceituais”, confundindo-se o pressuposto comum da causalidade com um dos pressupostos específicos da responsabilidade do comitente. Apresentando o seu próprio critério (distinto, pois, da cisão entre *exercício das funções* e *por ocasião das funções*, a fazer apelo à ideia de que, neste último caso, o facto podia ter tido lugar independentemente daquelas), esclarece que a conexão causal adequada entre as funções do comissário e o facto danoso traduz-se fundamentalmente na verificação de um certo nível de probabilidade de que no decurso daquelas funções possa ocorrer um acto lesivo de terceiros, não andando por isso muito longe das soluções a que se chegam pelo denominado *Salmond Test* (o qual vem indagar se o acto se insere no âmbito dos actos autorizados pelo comitente, quer a autorização seja expressa, tácita ou mesmo aparente) – cf. p. 342 e ss.

O acompanhamento do critério predisposto por MARIA DA GRAÇA TRIGO para orientar o decidente na resolução de casos que envolvam os comitentes permite-nos, mais do que olhar para as idiosincrasias da situação ressarcitória especial, perceber dois dados importantes plasmados em texto. Por um lado, evidencia a necessidade de cindir o fundamento da responsabilidade dos critérios dogmáticos que a tornam operante. Isto é, uma coisa é dizer que a responsabilidade pelo risco não pode ser vista como uma pura responsabilidade causal; outra diferente é saber se a causalidade interfere ou não ao nível da judicativa realização do direito. Tendo boas razões para sustenter que não, chamamos agora à colação exemplos concretos – ao nível da responsabilidade objectiva – que nos mostram a não presença de um juízo de tipo causal no seu seio.

Sobre o ponto, no quadro do ordenamento jurídico português, cf., ainda, ANTUNES VARELA, *Das Obrigações...* cit., I, p. 536 e ss., considerando que há actuação no exercício das funções quando a comissão seja causa adequada ou idónea do facto ilícito perpetrado pelo comissário. Importante é que o acto seja praticado no quadro geral de competência daquele comissário, uma vez que, fora deste, a lesão ocorrida deixa de ser previsível, não devendo o comitente responder por ela; PEDRO PITTA E CUNHA NUNES DE CARVALHO, “A responsabilidade do comitente”, ... cit., p. 85 e ss. Porque “o comitente só será chamado à responsabilidade nos casos em que o acto praticado pelo comissário tenha determinado nexo causal com a comissão”, coloca-se o problema de saber como é que ele há-de ser estabelecido. Em resposta ao quesito, o autor aduz que “não basta que haja uma mera conexão temporal ou local com a função”, sendo necessário que o acto seja praticado no exercício dela. Tal conexão há-de ser suficiente e não ocasional, devendo interpretar-se a noção de acordo com o fundamento da responsabilidade do comitente, qual seja, a de se basear também no benefício que o comitente retira da actividade do comissário, não estando em debate uma mera responsabilidade pela garantia. Nessa medida, o autor sustenta que, quando o artigo 500º/2 CC aponta para “a responsabilidade do comitente por actos praticados pelo comissário ainda que intencionalmente, deve entender-se que a referência aos actos danosos praticados intencionalmente pelo comissário no exercício da sua função se reporta apenas àqueles que sejam previsíveis (...) no quadro geral da função (teoria da causalidade adequada); MOTA PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil...* cit., p. 321

Cf., a este propósito, LARENZ, CANARIS, *Lehrbuch...* II/2, cit., p. 604, adiantando que a este nível temos de ter em conta o âmbito de protecção da norma e ver se o perigo se realizou concretamente e alertando que uma diferença relativamente à responsabilidade subjectiva reside no facto de, segundo o BGH, ser afastado o critério da adequação.

A este propósito, veja-se, também, o artigo 503º CC, a que aludiremos em texto e que nos mostra claramente que a imputação não é estabelecida segundo a lógica causa/efeito, mas de acordo com a identificação dos danos que se integram na esfera de risco encabeçada por quem detém a direcção efectiva do veículo. Sobre o ponto, v. SOUSA RIBEIRO, “O ónus da prova da culpa na responsabilidade civil...”, ... cit., p. 422, considerando que “a ligação à coisa é quanto basta para fazer inscrever [os danos] no círculo de responsabilidade (*Verantwortungsbereich*) do detentor, mesmo que ele não seja o seu directo autor”.

¹⁰¹⁴ A propósito da mobilização dogmática da causalidade no quadro das hipóteses de responsabilidade pelo risco, veja-se ERWIN DEUTSCH, “Gefährdungshaftung: Tatbestand und Schutzbereich”, *Juristische Schulung. Zeitschrift für Studium und Ausbildung*, 21. Jahrgang, Heft 5, 1981, p. 317-325, aqui 322. Considera o autor que ao lado de uma causalidade alicerçada nos dados da natureza, existe uma outra apurada em função da adequação. Nesses termos, consequências de todo improváveis não podem ser imputadas ao agente. E afirma ser relevante a consideração ao nível da causalidade preenchedora da responsabilidade (*haftungsausfüllenden Kausalität*), porque, no quadro da responsabilidade subjectiva, a culpa acabará por cumprir a missão que àquele critério seria confiado a propósito da *haftungsbegründenden Kausalität*. É, portanto, aqui que reside a idiosincrasia da responsabilidade objectiva. Na ausência de sindicância da culpa, avultará como requisito ressarcitório não só o primeiro tipo de causalidade, como também o segundo. É, aliás, a preocupação também denotada pelos juristas pátrios (cf. nota anterior). DEUTSCH considera, então, imprescindível ponderar o âmbito de protecção da norma, porquanto apenas devam ser tidos em conta os que resultam de riscos típicos, pelo que a adequação avultará, enquanto eventual correctivo, como supérflua. Em suma, podemos concluir com o insigne jurista (cf. p. 325) que a causalidade fundamentadora da responsabilidade, ao nível da imputação objectiva, não se baseia na adequação, mas, outrossim, no âmbito de protecção delineado a partir da esfera de risco que foi elevado a hipótese ressarcitória.

Veja-se do mesmo autor, ainda, “Die Haftung des Tierhalters”, *Juristische Schulung. Zeitschrift für Studium und Ausbildung*, 27. Jahrgang, Heft 9, 1987, p. 673-681, aqui p. 674. Tratando-se de uma das hipóteses de responsabilidade objectiva (cf. “Gefährdungshaftung: Tatbestand und Schutzbereich”, ... cit., p. 320 e “Die Haftung des Tierhalters”... cit., p. 681), considera o autor que entre o evento do animal

e a lesão de um dos bens elencados no § 833 BGB há que estabelecer-se um determinado nexos. Entroncam aqui questões tão importantes como aquelas que se prendem com a eventual reacção da vítima (v.g., medo) a estimular o comportamento do animal. Mais se diga, e voltando a acompanhar o pensamento do autor, que, em consonância com o seu testemunho noutros escritos, se afirma ali não se encontrar o sentido da causalidade fundamentadora da responsabilidade na adequação, que se mostra ora desnecessário, ora inaplicável como critério. Resta, pois, a consideração do âmbito de protecção da norma para resolver o problema em apreço. Dito de outro modo, a lesão tem de sobrevir em virtude de um específico impacto daqueles riscos, de tal modo que possa ser assimilada pela intencionalidade da previsão normativa, com o que se afasta o perigo geral da vida. E se de acordo com o BGH o pensamento é extensível à *haftungsausfüllenden Kausalität*, DEUTSCH considera que tal é demasiado. Cindem-se, assim, as duas formas de causalidade por nós tidas em conta. Note-se que DEUTSCH considera que, materialmente, o fundamento da responsabilidade reside na protecção da vítima relativamente às lesões perpetradas por animais, tendo-se determinado a imputação do guardião destes segundo essa óptica. Assim, nem a imprevisibilidade, nem a incalculabilidade do comportamento do ser irracional devem limitar a responsabilidade daquele, porquanto essas sejam exactamente as notas predicativas do modo de actuação deles. Critica, assim, o posicionamento de alguns tribunais tudescos que, originariamente, bipartiam o juízo dito causal segundo as notas da arbitrariedade ou normalidade [Particularmente interessante, ainda, a discussão a que nos conduz, no mesmo ensejo de recortar o âmbito de relevância hipotética da norma em apreço, acerca do tipo de animais por ele abrangido, equacionando assim a “aplicabilidade” do regime aos microorganismos, designadamente virais. Do mesmo autor, cf. “Gefährdungshaftung für Mikroorganism im Labor”, *Neue Juristischen Wochenschrift*, 1990, p. 751-752]. Cf., no mesmo sentido, e com amplo desenvolvimento acerca da responsabilidade por danos causados por animais, UWE RÖTTLER, *Die Tierhalterhaftung und ihre Begrenzung im deutschen, französischen und englischen Recht*, Freiburg, 1994, p. 20. Considera o autor que os pressupostos da responsabilidade por danos causados por animais não-de ser concretizados com recurso à finalidade da norma, sendo ela, desde logo, que nos indica qual o correcto entendimento acerca do que são os perigos típicos daqueles. Não é qualquer dano que tenha tido no comportamento do animal o seu antecedente causal que pode ser, por esta via, indemnizado, pelo que afirma UWE RÖTTLER não estarmos diante de uma responsabilidade puramente causal (cf. p. 7, e nota 37). Segundo o depoimento do autor, a responsabilidade em questão implica a violação de um dos bens jurídicos elencados no sistema delitual germânico. Acerca da distinção entre os animais selvagens e os animais domésticos, cf. p. 4-5, onde o autor salienta que a cisão só ganha relevo no quadro § 833 S. 2. Com o que somos, afinal, remetidos para os dois tipos de responsabilidade ali consagrados, segundo a posição do autor: a) *Gefährdungshaftung* (responsabilidade pelo risco) e a b) responsabilidade por culpa presumida, nos termos do segundo [cf. p. 3]. Em geral, considerando que a responsabilidade objectiva só é aplicável no caso de violação dos bens jurídicos protegidos pelo ordenamento (*Leben, Leib e Eigentum*), não sendo indemnizáveis nessa sede os danos puramente patrimoniais (com excepção do caso do § 22 WHG) cf. LARENZ/CANARIS, *Lehrbuch...* cit., II/2, p. 602 e ss.

Sobre os problemas patenteados pela causalidade no tocante à responsabilidade por danos gerados por animais, cf., em referência à *Common Law*, BASIL MARKESINIS, ANGUS JOHNSTON e SIMON DEAKIN, *Markesinis and Deakin's Tort Law, ...* cit., p. 558 [questionando se, nestes casos, se deve abandonar o teste da *foreseeability* para se dar lugar ao teste da *directness*, significando isso que aquele que tem a guarda do animal deve responder por todos os danos que resultem do *animal's vicious propensity*. Note-se, ademais, a cisão operada com base nas características do animal, restando claro para os autores que, se aquele não aceder à qualificação de perigoso, a indemnização deve ater-se aos danos do tipo que são esperados tendo em conta a natureza do ser irracional. Solução diversa seria proposta, embora de forma não uniforme nos EUA e em Inglaterra, a propósito dos animais ditos perigosos, aventando-se a possibilidade de responsabilização do dono de um tigre pela morte de uma pessoa que, assustando-se com o animal, sofre um ataque cardíaco]. Para uma distinção entre o teste da *foreseeability* e o teste da *directness*, cf. W.V.H. ROGERS, *Winfiel and Jolowicz ...* cit., p. 211 e p. 224 e ss. [apresentam-se duas perspectivas distintas para a concretização do critério da *remoteness of damage, a foreseeability e a directness*. Cf., respectivamente, os precedentes *The Wagon Mound* e *Re Polemis*, citados pelo autor e por nós anteriormente analisados na introdução a esta dissertação e p. 226/227, para um aprofundamento do debate a que ali se assiste. Os termos do problema são nossos conhecidos e não causam espanto. Na verdade, no caso *Re Polemis* parece ter-se acolhido a doutrina do dano directo, tendo a mesma sido rejeitada em *The Wagon Mound*, por ter sido considerada injustificável e pouco equitativa. Em substituição dela, advogou-se a ideia segundo a qual a única via de imputação da responsabilidade teria de passar pela consideração do que era ou não previsível para um homem médio, assumindo, assim, o grau

de previsibilidade daquele uma dupla função, na medida em que é, não só critério de aferição da negligência, como índice de concretização da *remotness*].

Vide, igualmente, SCHMOLLER, “Über den Kausalzusammenhang beim Tierschaden”, *Archiv für die civilistische Praxis*, 98, Heft 1, 1906, p. 1 e ss.; e ZIMMERMANN, *The Law of Obligations...* cit., p. 1095, com referências ao tratamento que a questão mereceu no quadro do direito romano [ensina o autor que os animais comportam certos perigos, mas são úteis para muitas finalidades, não podendo por isso ser proibidos. Simplesmente aqueles que são encarregados da sua guarda devem ser responsabilizados pelos danos que ocorrerem, limitando-se essa responsabilidade aos riscos específicos de cada uma das espécies. Assim, se um gato é usado como projectil e uma pessoa é atingida por ele, ficando ferida, apesar de estar a ser lesada por um animal, não se pode considerar que estamos diante da realização de um risco próprio daquele. Entende, por isso, ZIMMERMANN que a lei lida com a esfera de risco do que guarda o animal. Na base da responsabilidade por danos causados por animais está a *actio pauperie*, sendo certo que a Lei das XII Tábuas já previa uma sanção para o caso de *quadrupes pauperiem fecisse dicitur*. Em Roma, ULPIANUS considerava que o animal não é capaz de cometer um delito, exactamente por estar privado de razão – D. 9,1,1,3. Embora o dono também não tenha cometido qualquer delito, é responsável por estar encarregado de uma potencial fonte de perigo para os outros. Vários eram os pressupostos de aplicação da *actio*: era necessário que se constataste uma lesão da integridade física de crianças, pessoas livres ou danos na propriedade, sendo o proprietário o demandante (embora o não proprietário pudesse também lançar mão dela); o dano teria de ser perpetrado por um quadrúpede, alargando-se, no entanto, a *actio*, por via do labor jurisprudencial, de modo a ser mobilizável também para os danos causados por animais de duas patas (galinhas, patos, etc); dúvidas se levantam quanto à circunscrição do âmbito dela aos animais domésticos ou a sua extensão aos animais selvagens (a responsabilidade dos animais selvagens passa a ser contemplada, sem qualquer margem de dúvida, sob a égide de um *aedilitian edict* – *edictum de feris* – cf. p. 1106). Continuando a acompanhar de muito perto a lição historicamente comprometida de ZIMMERMANN, podemos ver – cf. p. 1102 – que a responsabilidade do proprietário tem de ser mantida dentro de determinados limites razoáveis, impondo-se, para tanto, que houvesse uma acção espontânea por parte do animal (o que não ocorreria quando tivesse havido provocação por parte da vítima). Simplesmente, o critério avançado acaba por se mostrar claudicante em muitas situações, tendo os jurisprudentes romanos adiantado um outro – o critério *contra naturam*. Assim, ter-se-iam em conta as características próprias de qualquer animal: “pretendia designar formas de comportamento que não eram características de um animal doméstico. Um animal doméstico é tido como pacífico e portanto não é suposto um cavalo dar coices. Se o faz é por causa do seu lado inato selvagem ou então agiu *secundum naturam*”, isto é, agride porque é agredido. Segundo ZIMMERMANN é a esta disciplina que o legislador alemão vem beber inspiração. O § 833 BGB prevê, então, que se uma pessoa é morta, ou se o corpo ou a saúde de uma pessoa é lesada ou uma coisa danificada por um animal, a pessoa que mantém o animal tem de compensar o prejuízo. Mais esclarece que, em 1908, “foi introduzida uma alteração: a responsabilidade não existe se o dano foi causado por um animal doméstico que é mantido para fins profissionais, desde que aquele que o mantém tenha exercido o devido cuidado de supervisão do animal ou desde que se prove que o dano teria ocorrido independentemente do cumprimento do dever de cuidado” - § 833, 2 BGB. ZIMMERMANN esclarece, também, que a responsabilidade dos que mantém *luxury animals* foi restringida por via jurisprudencial, exigindo-se que o animal tenha agido de modo espontâneo, arbitrário ou caprichoso, sem ser guiado por uma intenção ou propósito razoável. No entanto, e continuamos a acompanhar os ensinamentos do autor de muito perto, o Supremo Tribunal Federal alterou os critérios: “os comportamentos animais são sempre guiados pelos seus instintos. O risco específico associado à manutenção dos animais reside no carácter imprevisível da sua conduta. Apenas se o dano for a realização desse risco pode ser considerado responsável. Excluídos estão os casos em que o animal apenas efectua um movimento reflexo, como quando um cão narcotizado morde o veterinário que o está a tentar operar, ou quando as acções são inteiramente determinadas por um ser humano. O critério para determinar as esferas de risco respectivas da vítima e de quem mantém o animal é, pois, o da imprevisibilidade do animal”.

Veja-se, ainda, MASSIMO FRANZONI, *La responsabilità oggettiva, I. Il danno da cose e da animali*, I grandi orientamenti della giurisprudenza civile e commerciale, CEDAM, Padova, 1988 e VAZ SERRA, « Responsabilidade pelos danos causados por animais », *Boletim do Ministério da Justiça*, 86, 1959, p.21-99

Cf. CHRISTIAN VON BAR, *The Common European...* cit., p. 480-481. Sustenta o autor, estribado num périplo pelos diversos ordenamentos jurídicos europeus, que no tocante aos casos de responsabilidade pelo risco se tem optado por desconsiderar a ideia de previsibilidade do dano. Designadamente no caso de danos causados por coisas inanimadas, tem-se sustentado, em terras gaulesas, a responsabilidade com base no simples envolvimento directo da coisa no acidente, tendo em mente que o dano gerado se integra

A assunção do risco prefigura o fundamento da imputação que se decide em concreto pela análise da esfera delineada depois de assumido. No fundo, o legislador tipifica uma situação de responsabilidade objectiva tendo em conta um determinado perigo. Sabendo que tal não é suficiente para edificar a hipótese ressarcitória, uma vez que este perigo há-de andar aliado a um benefício que por meio dele se obtém, é a criação e manutenção de uma fonte de risco que justifica a imputação. O perigo de que aqui se fala é, ainda, entendido em termos abstractos. Ao jurista decidente cabe, pois, no confronto analógico entre o âmbito de relevância da norma e o âmbito de relevância do caso, determinar se o perigo concreto que se realiza se insere ou não no círculo de perigos que a norma visava obliterar. Repare-se que o juízo não se confunde com aqueloutro a que somos conduzidos pelo critério da adequação. Pense-se, por exemplo, na situação em que A provoca um acidente de viação, de onde sai ferido B, que assim deixa de poder prestar os serviços acordados com C. Pelo menos de acordo com uma formulação negativa, poder-se-ia dizer que há adequação entre o dano sofrido por C e a esfera de perigo encabeçada por A. Simplesmente, estes danos puramente patrimoniais não são indemnizáveis. Dir-se-ia que o titular do direito subjectivo violado é B e não C. Só que, não só ficamos sem justificação bastante para a limitação, como temos de chamar à colação a ideia de ilicitude, arredada da operacionalidade da responsabilidade pelo risco, porque, ainda que nos pautemos pela perspectiva do resultado, a inexistência de um comportamento humano dita que não se possa apodar de ilícita a consequência. Donde serão outros expedientes a justificar o abandono da tutela a este ensejo. E isso, por seu turno, vem-nos mostrar, ademais, que o que está em causa é a pertinência do dano – concretização do perigo – ao perigo tipificado na norma¹⁰¹⁵.

naqueles que a norma visava proscrever. Mais concretamente, sublinha o contributo do ordenamento jurídico grego, onde se passa a considerar inadmissível a mobilização da doutrina da causalidade adequada a este nível, porquanto ela comportasse um enfraquecimento da responsabilidade objectiva.

In fine, veja-se ERNEST WEINRIB, “Causation and wrongdoing”, *Chicago-Kent Law Review*, 1987, p. 407 e ss., aqui 419, considerando que a necessidade de uma limitação artificial confirma que a *strict liability* não é teoricamente viável [contrariando o entendimento, cf. JANE STAPLETON, “Legal cause...”, ... cit., p. 984, nota 106, que salienta que aquilo que torna a responsabilidade por negligência possível e mobilizável no mundo real são exactamente os mesmos mecanismos doutrinários que tornam a responsabilidade objectiva também possível – combinação entre a *incidence-limiting rules* e *rules limiting the scope of liability for consequences of tortious conduct*].

Cf., ainda, LARENZ, *Hegels zurechungslehre...* cit., p. 103, considerando que nos casos de responsabilidade pelo risco, como por exemplo nas situações danosas causadas por animais, prescinde-se de uma actuação do lesante, pelo que, se não é dispensável a causalidade, a sua prova fica muito facilitada.

¹⁰¹⁵ Veja-se, a este propósito, LARENZ/CANARIS, *Lehrbuch...* II/2, cit., p. 604-605. Referem os autores que, na pressuposição do fundamento imputacional, seria importante, para uma dada posição, a este nível ter em conta uma ideia de inevitabilidade do perigo (*Unausweichlichkeit der Gefahr*), exactamente porque só se tem controlo sobre os riscos que possam ser evitados. A posição maioritariamente acolhida

Jogam-se, seguidamente, critérios específicos de limitação da indemnização¹⁰¹⁶.

Atentamente olhado, o esquema imputacional objectivo que trouxemos a lume permite-nos, então, extrair algumas conclusões, de jeito esquemático, no caminho dialógico que encetamos.

Afasta-se, antes de mais, a possibilidade de imputação judicativa de uma obrigação ressarcitória assente na pura causalidade. Sem que essa fosse, em termos lógicos, uma impossibilidade teórica. Pois que, uma vez delineada a situação abstractamente tida por perigosa e, com isso, justificada a excepção à regra, poder-se-ia aventar que aquele que a encabeça deveria indemnizar os lesados por todos os danos que fossem por ela adequadamente causados¹⁰¹⁷.

generaliza a ideia de que a responsabilidade objectiva envolve o dever de indemnização por todos os riscos associados à coisa ou à actividade. Falam os autores de uma espécie de *preço pela admissão do perigo*. Sobre o ponto, v. a anterior referência feita às págs. citadas da obra dos juristas que nesta nota acompanhamos. Cf., igualmente e uma vez mais, p. 602 e ss.

¹⁰¹⁶ Cf. LARENZ, CANARIS, *Lehrbuch...* II/2, cit., p. 604, falando de tectos de responsabilidade; de hipóteses de restrição da responsabilidade por circunstâncias como a força maior; e do âmbito de protecção da norma.

¹⁰¹⁷ Não esquecemos que alguns autores vêm afirmar que a essência da causalidade adequada está presente na modelação de hipóteses de responsabilidade pelo risco. Assim, cf. FLORENCE G'SELL-MACREZ, *Recherches...* cit., p. 315 e ss. Considerando que a causalidade é colocada no primeiro plano pelo movimento de objectivação da responsabilidade, ocupando o lugar outrora reservado à culpa, a autora adianta que é ela que permite que a responsabilidade pelo risco se distinga de um simples mecanismo de reparação dos danos. Contudo, ela não será suficiente para justificar a imputação da responsabilidade. Analisando o papel da causalidade adequada no seio da responsabilidade pelo risco, vem aduzir (cf. p. 119) que o risco se define como a probabilidade de aparecimento de um dano. Ora, continua a autora, “se a teoria do risco tem por objecto condenar aqueles que tornam prováveis certos danos, então a responsabilidade pelo risco pressupõe a causalidade adequada. Aqueles que preconizam a substituição da causalidade pela noção de risco, ao escreverem que será preferível pesquisar quais as potencialidades do acto inicial, militam, na verdade, pela teoria da causalidade adequada. Neste caso, é lógico que a responsabilidade fundada sobre o risco consagre a teoria” (cf. p. 120).

Não podemos aceitar este entendimento. Na verdade, parte da ideia segundo a qual o juízo do julgador incorpora a adequação, baseando-se na probabilidade certa de ocorrência do dano, isto é, do carácter arriscado da coisa e/ou actividade. Ora, não só podem pesar, na ponderação da prescrição normativa, outros elementos para além da probabilidade segura da ocorrência do dano (rememore-se a este ensejo LARENZ/CANARIS, *Lehrbuch...* II/2, cit., p. 607), como os dois juízos não têm de corresponder. Ou seja, não é pelo facto de o legislador ter tido em conta aquele risco que ele se convola em denominador absoluto. Pense-se, por exemplo, na hipótese de se ter entendido conveniente, independentemente da alta probabilidade de ocorrência do dano, submeter um determinado sujeito às regras ressarcitórias objectivas tendo em conta os interesses dignos de tutela em jogo ou a não estabilização da comunidade de perigo (no fundo, poderiam ser as coordenadas distributivas a ter a última palavra ao nível da previsão da norma). Saliente-se, ainda, que o legislador pode ter-se, de facto, orientado pela probabilidade segura de emergência de um dano e, não obstante, no caso concreto não ser possível, tendo em conta um juízo de prognose póstuma, encetar o juízo de adequação. Imagine-se o caso de A ter sido arranhado mortalmente por um gato. Porventura é normal e adequado que de um ataque de um gato resulte a morte de uma pessoa? E não obstante, em face do artigo 502º CC, não será este dano indemnizável, por se entender que ele resulta do perigo especial que envolve a utilização de um animal?

A responder-se afirmativamente à última questão que suscitámos, teremos de concluir que, afinal, não é a causalidade adequada que marca o seu trilho ao nível da imputação objectiva, mas que o problema de base vem, antes, a redundar na questão da assimilação da intencionalidade problemática do caso concreto pela intencionalidade problemática da norma. E que, por isso, a indagação não pode ser senão pensada em termos normativos.

Só que, prescindindo-se da culpa e da ilicitude, ficaríamos condenados à abrangência fatalista. Ao que acresce a inviabilidade de tal solução sempre que em causa estejam danos provocados por terceiras pessoas ou objectos sem qualquer intervenção humana. É que só forçando a própria noção de causa se tornaria plausível a sua sustentação dogmática.

Eis, pois, a primeira das nossas conclusões. O concreto desenho que a obrigação ressarcitória assume, ao ser comunicado pelo âmbito de relevância da modalidade de responsabilidade que, em concreto, assimila a situação *sub iudice*, vai condicionar a extensão dela. Mais acutilantemente, é o próprio fundamento da responsabilidade objectiva que pesa a este ensejo cumprindo a função que outrora era remetida para a causalidade. Há, portanto, uma clara dimensão de imputação objectiva a este nível¹⁰¹⁸.

Dir-se-á, contudo, que tal só assim é pela irrelevância da culpa a este propósito. Cumpriria ela, ao nível da responsabilidade por factos ilícitos – a dita responsabilidade subjectiva –, a missão que teria de aqui ser acometida à imputação objectiva. Só que, em bom rigor, sabemos que não é a culpa a determinar quem foi o concreto autor do dano, donde continua em aberto a possibilidade de se estabelecer uma ponte comunicante entre as duas modalidades ressarcitórias, ou, mais concretamente, nada contraria que, também ao nível delitual, a causalidade deva ser pensada, afinal, em termos de imputação¹⁰¹⁹.

Note-se que, porque rejeitamos uma interpretação do tipo subjectivista histórico, e porque não deixamos de relevar a dimensão personalística que informa esta modalidade ressarcitória, o cerne do problema há-de passar pelo cotejo comparativo entre as exigências de sentido do caso concreto e a intencionalidade da norma remetida para os princípios em que se louva. Assim sendo, será o recurso à teleologia da norma animada pela consideração do princípio da responsabilidade pessoal que nos ditará as soluções para eventuais dúvidas, permitindo esboçar os contornos de uma esfera de risco que foi, prévia e abstractamente, considerada pelo programador social.

Veja-se, ainda, Cf. A. M. HONORÉ, “Causation and remoteness of damage”, ... cit., p. 6 e 7, questionando por que razão é que o nexa de causalidade, que exprime tradicionalmente a regra da responsabilidade individual pela própria conduta, tem de estar presente quando a pessoa é responsável por um acto de terceiro. Aventa, então, a hipótese de dizermos que há uma conexão indirecta com a conduta do lesante, que cria um risco (por exemplo, usando um carro), que depois se concretiza. Haveria, assim, uma primeira causa – a actividade criada; e uma segunda causa – o acidente; TRIMARCHI, *Rischio*... cit., p. 31 e ss.; ALMEIDA COSTA, “Reflexões sobre a obrigação de indemnização...”, ... cit., p. 293.

¹⁰¹⁸ A propósito do problema da causalidade ou imputação em sede de responsabilidade objectiva, cf. CALIXTO DÍAZ-REGAÑÓN GARCIA-ALCALÁ, “Relación de causalidad e imputación objetiva...”, ... cit., p. 10-11.

¹⁰¹⁹ Dirão, ainda, alguns autores que a inexistência de uma esfera de risco definida, prévia e abstractamente, pelo legislador obsta a que o mesmo raciocínio imputacional possa ter lugar ao nível da responsabilidade delitual. Cremos não ser exacto tal posicionamento. E isto porque julgamos ter bons argumentos no sentido da possibilidade de edificação dela, desde que se parta de uma concepção de acção centrada na pessoalidade livre e responsável. O dado só poderá ser explorado *infra*, pela falta, de momento, de quadros de inteligibilidade da proposta.

Na verdade, a densidade do discurso, tal como o temos apresentado, resulta da natureza complexa com que o nexos de causalidade tem sido abordado e que tantas vezes já denunciámos. Tratamos, embora não nominalizando, da dimensão de imputação que, estamos em crer, aquela categoria é chamada a cumprir, sem que o jurista disso se aperceba a maioria das vezes¹⁰²⁰. E por isso podemos ser acusados da impertinência do raciocínio analógico que encabeçamos na medida em que, ao nível da responsabilidade subjectiva, a culpa e a ilicitude satisfariam tal desiderato. Só que de imediato somos levados a pensar na hipótese da responsabilidade do comitente não ser tratada em termos objectivos mas exigir a culpa. É assim no ordenamento jurídico alemão. Pelo que se pergunta: o que justifica que o acto seja imputado ao comitente e não repouse na esfera do comissário, ainda que o primeiro tenha actuado com culpa? É que, em rigor, o primeiro nunca poderá ser tido como causa do dano. E se o que justifica é a culpa, não poderá ser ela erigida em critério de decisão acerca da recondução do acto à esfera de influência do primeiro. Pelo menos não se se mantivesse o desenho concreto da regulamentação pátria, segundo a qual, e nos termos do 2 do artigo 500º CC, ainda que o agente oblitere ordens expressas do comitente, este é responsável pelo dano que este gerar no exercício das suas funções, contrariando assim a nota de não extraordinariedade e de normalidade comunicada pela escalpelização da adequação causal.

À imputação subjectiva há-de, portanto, associar-se simbioticamente a imputação objectiva. E esta não pode quedar-se num mero juízo causal, na medida em que surge condicionado pela intencionalidade predicativa da juridicidade: plasmada no acervo normativo positivo, no caso da responsabilidade objectiva, em homenagem ao princípio da tipicidade a que esta obedece; contida nos princípios informadores e

Veja-se, não obstante, CHRISTIAN VON BAR, *The Common European...* cit., p. 480, considerando que, no contexto da responsabilidade independente de culpa, a consideração do escopo da norma torna menos onerosa, em regra, a imputação do dano ao agente.

¹⁰²⁰ Cf. CARNEIRO DA FRADA, *Teoria da Confiança...* cit., p. 620, nota 663: “A causalidade da acção humana proporciona pois o esqueleto a toda a responsabilidade (...). A causalidade representa (...) uma base da imputação do dano ao sujeito: é ela que permite a esta ancorar-se na realidade. Mas na sua determinação interferem naturalmente pontos de vista e ponderações especificamente jurídicos. Assim, a decisão por parte do Direito de atribuir a alguém “a competência de suportação do dano” é igualmente um problema de distribuição do risco socialmente justa e adequada”, e, nesse sentido, “uma busca especulativa da causa mais eficiente ou da autêntica causa jurídica de um evento é inútil, porque não conduziria à valoração jurídica que é essencial, impondo-se antes descobrir os argumentos que se escondem por detrás dela”.

enformadores do instituto que redundam na ineliminável dignidade da pessoa humana, livre e responsável, no contexto social que as condiciona¹⁰²¹.

Se alguns tentaram fazer da responsabilidade pelo risco uma *reine kausalhaftung*, mostra-se, pela relação estabelecida entre a imputabilidade e a imputação ao nível da operacionalidade dogmática do *Tatbestand* objectivo, que a própria causalidade acaba por ser despicienda a este ensejo, na medida em que o momento da referida *imputatio* se cumpre pelo juízo analógico de assimilação entre a intencionalidade problemática da hipótese legislativamente consagrada e a intencionalidade problemática do caso: o que o julgador faz é determinar se o dano se integra ou não no círculo de riscos que conduziu à tipificação normativa¹⁰²².

Há que, porém, caminhar um pouco mais no âmbito da responsabilidade objectiva, no claro reconhecimento de que quem pretende alterar – no mínimo que seja – a impostação cristalizada ao longo de décadas acerca de uma temática está onerado com a missão de dialogicamente arredar os alicerces da construção em que se filia a maioria dos autores. Assim, temos consciência de que todos os que se mantêm fiéis à probabilidade comunicada pela ideia de adequação causal verterão sobre o que expendemos a crítica própria de quem, ainda que admita o sentido imputacional a que aludimos, entende ser necessário estabelecer um limite para os danos consequentes a ser indemnizados. É essa, aliás, a *alma mater* da sobrevivência do requisito do nexos de causalidade ou, pelo menos, a razão mais fortemente aduzida em seu amparo^{1023 1024}.

¹⁰²¹ Cf. PABLO SALVADOR CODERCH, “Causalidad y responsabilidad”, ... cit., p. 3. O autor aduz que associar a responsabilidade civil à responsabilidade pela causação de danos é um erro generalizado que não resiste à análise. Para exemplificar a asserção, lança mão da hipótese de responsabilidade dos fabricantes e importadores de produtos defeituosos, sustentando que, contra o que amiúde se entende, não se responde pelo dano sem mais, porque não haverá imputação quando, de acordo com o estado dos conhecimentos no momento da comercialização do produto, não era possível conhecer o defeito.

Aliás, para o autor, a causalidade é “*tomada en vano*”, na medida em que são poucas as disposições que recorrem à causalidade como critério único de imputação, pois ou não a exigem ou exigem mais do que ela. Paradigmático disso, para o jurista, são todos os casos em que os danos são compensados por pessoas diversas daquelas que lhe deram origem ou a quem se contribui causalmente para a realização do evento danoso, sem que haja a acompanhar a situação o dever de indemnizar. Chama, igualmente, à colação decisões jurisprudenciais no âmbito das quais a causalidade nunca chegou a provar-se, tendo-se presumido a partir de indícios (cf. p. 1 e 2).

Em síntese, CODERCH considera ser a causalidade um mau critério de imputação de danos, associando às críticas precedentes a amplitude dele e bem assim a complexidade dos fenómenos tal como se produzem na realidade, o que, *per se*, inviabilizaria a identificação de uma só causa do prejuízo.

¹⁰²² Cf. a este propósito DEUTSCH, *Allgemeines Haftungsrecht*... cit., p. 99, considerando que, ao nível da responsabilidade pelo risco, a adequação não encontra qualquer utilidade, porque o perigo em torno do qual a responsabilidade objectiva se edifica é muito mais específico do que aquele com que se lida ao nível da adequação. Cf., porém, em sentido contrário, KOZIOL, *Österreichisches Haftpflichtrecht*, Band I, *Allgemeiner Teil*, 3. Neubearbeitete Auflage, Manz Verlag, Wien, 1997, p. 144 e ss.

¹⁰²³ Assim, e como referido *supra*, ALMEIDA COSTA, “Reflexões sobre a obrigação de indemnização...”, ... cit., p. 293.

Sendo essa a finalidade do pressuposto – a limitação da indemnização –, importa não esquecer que o modo como se encara a causalidade adequada não é unívoco, bem como que aquele escopo pode ser prosseguido por meio de expedientes vários¹⁰²⁵. Pense-se, por exemplo, na imposição de tectos de responsabilidade que, no que à responsabilidade objectiva diz respeito, e em articulação com o regime securitário que genericamente a acompanha, estão presentes na diversa legislação que tipifica aquelas hipóteses¹⁰²⁶. É claro que os resultados práticos a que se chega não são os mesmos. Não é nossa pretensão tentar argumentar em sentido inverso. Mas, também não ignoramos que a leitura sistemática dos preceitos, ao mesmo tempo que permite a fixação de um *plafond* acima do qual o obrigado à indemnização não tem de responder, nos encaminha para a consideração do tipo de danos susceptíveis de serem imputados àquele¹⁰²⁷.

Na verdade, basta atentarmos nos artigos 504º e 508º do CC, na sua anterior redacção, para percebermos o que pretendemos salientar. Diz-nos o primeiro preceito que “A responsabilidade pelos danos causados por veículos aproveita a terceiros, bem como às pessoas transportadas. No caso de transporte por virtude de contrato, a responsabilidade abrange só os danos que atinjam a própria pessoa e as coisas por ela transportadas. No caso de transporte gratuito, a responsabilidade abrange apenas os danos da pessoa transportada”¹⁰²⁸. E, na mesma senda de limitação da obrigação

¹⁰²⁴ Veja-se, a este propósito, embora em termos mais amplos, o debate estabelecido entre alguns autores anglo-saxónicos. Assim, RICHARD W. WRIGHT, “Causation in tort law”, ... cit., p. 1741, criticando a confusão entre a determinação da causalidade e a atribuição da responsabilidade e insistindo no carácter verdadeiramente factual e causal da *actual causation*. Tal como o autor, também consideramos que é insustentável alicerçar a responsabilidade na causalidade (cf., para o efeito, o que dizemos sobre a posição de VENEZIAN). Contudo, contrariamente ao seu entendimento, estamos em crer que a causalidade mecanicista do mundo natural não é chamada a depor como critério jurídico.

Nesse sentido, embora de modo não concordante com o nosso pensamento, e antes muito distante pelo tipo de racionalidade que o anima, veja-se WEX MALONE, “Ruminations in cause-in-fact...”, ... cit., p. 64.

¹⁰²⁵ Cf., em termos muito amplos, JAAP SPIER (ed.), *The limites of liability – keeping the floodgates shut*, Kluwer Law International, 1996.

Veja-se, novamente, LARENZ/CANARIS, *Lehrbuch*... cit. II/2, p. 604

¹⁰²⁶ Cf., sobre o ponto, LARENZ, “Die Prinzipien der Schadenszurechnung...”, ... cit., p. 374 e ss. Considerando que a responsabilidade pelo risco está ligada, na maioria das situações, à existência de tectos de responsabilidade, explica que “a ideia é permitir àquele que mantém a esfera de risco que faça uma previsão dos potenciais custos em que pode incorrer, tornando viável a securitização”.

Veja-se, ainda, a este propósito, CHRISTOPHE QUÉZEL-AMBRUNAZ, *Essai sur la causalité*... cit., p. 493, considerando que as exclusões da responsabilidade, os *plafonds* de ressarcimento estabelecidos se sobrepõem ou se substituem à causalidade. Para ele, o legislador ou as partes podem modificar as regras de apreciação da causalidade. Nesta medida, seria afectado o *quantum* da pretensão ressarcitória, mas não o princípio da reparação integral do prejuízo causado pelo facto do lesado.

¹⁰²⁷ Cf. LARENZ, *Lehrbuch*... I, p. 551, referindo-se aos máximos de responsabilidade nas situações de responsabilidade pelo risco e integrando a problemática nos factores especiais de diminuição da indemnização (*Haftungshöchstsummen in Fällen der Gefährdungshaftung*).

¹⁰²⁸ O n.º 4 do citado artigo ainda vem consagrar a nulidade das cláusulas de exclusão ou limitação da responsabilidade do transportador pelos acidentes que atinjam a pessoa transportada.

ressarcitória, estabelecia o segundo dos artigos citados tectos patrimoniais máximos que a indemnização não poderá exceder e que implicam um mínimo de incidência física na pessoa ou nas coisas¹⁰²⁹.

Atendendo à hierarquização dos bens jurídicos, parece ser defensável que, depois de resolvido o problema da imputação dos danos ocorridos segundo uma ideia de risco¹⁰³⁰, se afirme que o aludido artigo 508º CC permite considerar que a obrigação

Em geral sobre o problema da validade ou invalidade destas cláusulas acessórias típicas, *vide* PINTO MONTEIRO, *Cláusulas Limitativas ... cit.*

¹⁰²⁹ Veja-se, a este propósito, a decisão da Corte Constitucional Italiana no caso *Socitè Turkish Airlines v. Coccio ed altri*, que considera impossível estabelecer-se um limite ao ressarcimento quando em causa está um dano à pessoa, em homenagem ao direito à saúde que tem assento constitucional. Este limite não poderia funcionar sequer em casos de danos em massa.

¹⁰³⁰ Está, de facto, presente no artigo 503º, nº1, do CC uma ideia de conexão de risco, dado que “aquele que tiver a direcção efectiva” do veículo “responde pelos danos provenientes dos riscos próprios” dele.

Aliás, esse aludido critério de conexão do risco acaba por ser nota dominante em todos os casos de responsabilidade objectiva tipificados no nosso diploma mãe em matéria de direito civil. Assim, no tocante aos danos causados por animais, estabelecem-se dois requisitos para o surgimento da pretensão indemnizatória: a utilização do animal no próprio interesse e o facto dos danos resultarem do especial perigo que envolve a sua utilização (cf. artigo 502º CC). E no que tange às instalações de energia eléctrica ou gás, outro tanto poderia ser dito.

Na verdade, quem detém a direcção efectiva da instalação destinada à condução ou entrega da energia eléctrica ou gás e a utilizar no seu próprio interesse responde pelo prejuízo que derive da condução ou entrega daqueles componentes e pelos danos resultantes da própria instalação. Excluir-se-á tal obrigação quando o dano for causado por um caso de força maior, isto é, por “uma causa exterior independente do funcionamento e utilização da coisa” (cf. artigo 509º, nº2) e bem assim sempre que “ao tempo do acidente esta [*instalação*] estiver de acordo com as regras técnicas em vigor e em perfeito estado de conservação” (artigo 509º, nº1, *in fine*).

Nos preceitos chamados à colação torna-se evidente a tripartição a que já fizemos alusão. Ali é discernível o fundamento do excepcional desvio à regra da culpa – o interesse na utilização do veículo, do animal ou da instalação de energia eléctrica ou gás, fazendo jus ao brocardo *ubi comoda, ubi incomoda*, e abrindo as portas à consideração de preocupações atinentes à justiça distributiva –; a identificação do obrigado à reparação, a coincidir com a pessoa que assume o risco – “quem no seu próprio interesse...”, “aquele que tiver a direcção efectiva de qualquer veículo de circulação terrestre e o utilizar no seu próprio interesse...”, “aquele que tiver a direcção efectiva de instalação destinada à condução ou entrega de energia eléctrica ou de gás e utilizar essa instalação no seu interesse...” –; a imputação do dano no sentido da sua recondução àquela mesma esfera de risco que, uma vez assumida, faz impender esse ónus a quem dela tirar algum proveito.

Ora, o que assim fica dito permite extrair duas conclusões de antemão. Em primeiro lugar, não é uma ideia de probabilidade que joga aqui a limitação da obrigação ressarcitória, resolvendo-se a questão imputacional segundo o âmbito de protecção delineado pela norma, a fazer apelo a uma esfera de risco pré-definida. Em segundo lugar, fica claro que o papel tradicionalmente reservado à causalidade não se colima na resolução de uma mera *quaestio iuris*, mas se biparte. Pois o que aqui se vê é sobretudo a resposta para o problema da recondução de um dano a uma esfera de actuação.

Esse, aliás, o motivo pelo qual parte da doutrina (v.g. o já citado a propósito estudo de ALMEIDA COSTA) entende que, quando houver de lidar com a quantificação da indemnização, se há-de voltar a apelar à adequação.

A questão que resta – embora a residualidade a que se alude seja meramente circunstancial ou não fosse a resposta para este problema uma das chaves de dilucidação do nicho temático em que mergulhámos – é a de saber se existe uma possibilidade de ler os dados sistemáticos próprios da responsabilidade subjectiva à luz destas linhas força ou se elas só se justificam pelo recorte específico a que, em nome da excepcionalidade explicada, somos conduzidos. Indagado de outro modo, haverá um *continuum* entre as diversas modalidades de responsabilidade delitual, a permitir que se colham intrassistematicamente dados próprios da responsabilidade pelo risco para interagir no quadro da responsabilidade subjectiva ou constatarem-se, para lá da renúncia à sindicância da culpa e da ilicitude, cortes abruptos que inviabilizam a

articulação a que se aludia? Isto é, e de uma forma ainda mais directa, implicará a ausência de um juízo de censura ético jurídica e bem assim a inexistência do carácter ilícito da conduta um desvio absoluto relativamente às regras ditas causais?

A resposta a estas inquietações decorrerá da exposição feita em texto e implicará o diálogo com recentes obras como a de NILS JANSEN (cf. NILS JANSEN, *Struktur des Haftungsrechts*. ...cit. e “Estructura de un derecho europeo de daños. Desarrollo histórico y dogmática moderna”, *Indret*, 2/2003, nº128, Barcelona, 2003).

NILS JANSEN contesta a tradicional distinção entre a responsabilidade subjectiva e a responsabilidade objectiva, sustentando, em substituição, uma ideia de uniformização, estribada na inexistência de uma diferença estrutural entre ambas. Adverte, não obstante, que a sua tese não envolve uma alteração do direito positivo, devendo ser encarada sob um prisma de crítica actualista do mesmo.

E adianta, nesse sentido, que o estado actual da doutrina jurídico já evidencia uma transição gradual entre risco e culpa (cf. *Struktur des Haftungsrechts*..., cit., § 9 I 3.1., nota 1), em virtude da criação jurisprudencial de uma série de deveres de segurança no tráfego, a matizar a responsabilidade subjectiva como uma verdadeira responsabilidade de garantia, e da limitação da responsabilidade objectiva pela consideração dos casos de força maior (cf. “Estructura de un derecho europeo de daños...”, ... cit., p. 5-6). Curiosamente, chama à colação a previsão portuguesa da responsabilidade no âmbito das actividades perigosas, referindo-se a ela como uma situação delitual híbrida (cf. “Estructura de un derecho europeo de daños...”, ... cit., p. 6).

Acresce que o autor vem mostrar que as considerações valorativas ínsitas a cada um dos nichos problemáticos – quer do ponto de vista teleológico, quer do ponto de vista normativo – são as mesmas. E aqui tece importantíssimas considerações a propósito do tema que nos tem orientado. São palavras do autor “las sentencias que se basan en la responsabilidad por culpa parten, con carácter general, de consideraciones que son propias de la responsabilidad por riesgo desde un punto de vista dogmático. El derecho de la responsabilidad civil decide con carácter general quién debe asumir un determinado riesgo”. E o testemunho centra-se precisamente no quadro de relevância causal, já que o jurista parte da ideia de que, embora se pergunte se o comportamento do agente foi causa adequada do dano, é imperioso repartir as esferas de riscos (cf. “Estructura de un derecho europeo de daños...”, ... cit., p. 8). No mesmo sentido, cf. *Struktur des Haftungsrechts*... cit., § 9 VI. 3.2. Refere, aí, que paira sobre toda a dogmática da responsabilidade civil a ideia da justa distribuição dos riscos entre lesante e lesado. E sustenta que múltiplos são os factores a sopesar numa concreta decisão atinente a uma pretensão ressarcitória, abrindo as portas à defesa de um sistema móvel de responsabilidade, no qual haveria de considerar-se quer o comportamento da vítima, quer a possibilidade de esta recorrer, *a priori*, à contratação de um seguro contra os danos, a par da sindicância valorativa da conduta do agente (cf. *Struktur des Haftungsrechts*... cit., § 9 IV – VI.).

Assim sendo, contesta abertamente a tese segundo a qual os dois nódulos dogmáticos se relacionariam estanquamente, afirmando, pelo contrário, que a responsabilidade por culpa está contaminada pela ideia de justiça distributiva, normalmente reservada para a responsabilidade pelo risco. Na verdade, “el derecho de la responsabilidad civil está ligado a la justicia compensatoria, lo que significa que la acción de daños se basa en la responsabilidad personal del causante de un determinado perjuicio: uno no responde por los daños que, conforme al principio de justicia compensatoria, no tiene la obligación de asumir. La justicia compensatoria, en este sentido, determina el marco normativo de la responsabilidad civil, que por ejemplo serviría para una decisión frente a la propuesta de sustituir el derecho de la responsabilidad civil mediante un modelo de reforma de un seguro colectivo” (cf. “Estructura de un derecho europeo de daños...”, ... cit., p. 11). Mas, sendo tal inegável, para o autor alemão, a dita justiça compensatória não logra explicar cabalmente o alcance total da responsabilidade delitual (*op. cit.*, *loc. cit.*).

Tendo como pressuposto básico a orientação explicativa do instituto a partir da ideia de distribuição de riscos, interpreta-se a regra da culpa como um mecanismo capaz de cumprir tal desiderato dentro da sociedade. Simetricamente, não se aduz que, ao nível da responsabilidade objectiva, a ideia de compensação fique de todo arredada, já porque há uma nota incontornável de imputação a uma esfera de risco, já porque a total imprevisibilidade do evento pode vir a afastar a obrigação de indemnizar os danos. Onde, conclui “desde el punto de vista de la estructura normativa, tampoco cabe establecer ninguna diferencia entre la responsabilidad por riesgo y la responsabilidad por culpa” (cf. “Estructura de un derecho europeo de daños...”, ... cit., p. 12).

Mas vai mais longe JANSEN para, contundentemente, dizer que a reminiscência da dicotomia se deve à disfuncionalidade de conceitos como a ilicitude e a culpa, fruto de múltiplas transformações – cf. “Estructura de un derecho europeo de daños...”, ... cit., p. 13.

Em conclusão, NILS JANSEN, não negando a tradição histórica, centra a obrigação de reparar o dano na preterição de bens jurídicos alheios, para, em seguida, argumentar que aquela não pode emergir em face

de todo e qualquer prejuízo, pelo que haverá que ponderar uma infinidade de princípios que, no seu todo, constituem o dito sistema móvel de responsabilidade (cf. “Estructura de un derecho europeo de daños...”, ... cit., p. 21 e *Struktur des Haftungsrechts...* cit., § 9 IV – VI). Ou seja, de acordo com o peso de cada um dos arrimos fundacionais mobilizados em face do caso concreto, assim a responsabilidade seria mais ou menos objectiva (cf. *Struktur des Haftungsrechts...* cit., § 9 I.3., V). Com o que o jurista consegue olhar, por exemplo, para a responsabilidade por factos lícitos não como uma “anomalia difícil de entender”, mas enquanto peça de um consequente modelo de responsabilidade que não resulta da sanção de um comportamento, mas da responsabilidade pessoal pelo dano (cf. “Estructura de un derecho europeo de daños...”, ... cit., p. 23).

Saliente-se, ainda, na explicitação da nova abordagem do fenómeno ressarcitório introduzido na dogmática pelo jurista tudesco, que o nódulo central de fundamentação dele se encontra na violação de um dever jurídico e não na protecção de um bem jurídico (cf. *Struktur des Haftungsrechts...* cit., § 1 II. 2.3., § 9 I.4.4. e “Estructura de un derecho europeo de daños...”, ... cit., p. 23. Pode, aí, ler-se que “la responsabilidad no se basa en la confianza legítima en la integridad de determinados bienes jurídicos, como lo son los derechos subjetivos de carácter absoluto, sino en la confianza legítima de que los terceros se comportarán conforme a la ley y no llevarán a cabo actos ilícitos en contra de los intereses ajenos”).

Por agora, limitar-nos-emos a sublinhar que o *continuum* a que se alude, uma vez aceite, não implica um sincretismo em matéria de causalidade. Pois que, ainda que em termos dogmáticos e fundacionais ele seja discernível, há notas de clivagem ao nível do modelo ressarcitório que, justificando-se em termos teleológicos, podem implicar outrossim cambiantes diversos.

Interessante é, também, tentar perceber em que medida se conjuga, num momento em que os autores não hesitam em falar num sistema pluralista de responsabilidade, “caracterizado por casos especiais de responsabilidades” [cf. CASTANHEIRA NEVES, “Pessoa, Direito e Responsabilidade”, ... cit., p. 13. Vide, ainda, quanto ao ponto, CARNEIRO DA FRADA, *Direito civil...*cit.], esta ideia com o hibridismo por vezes denotado na dogmática civilística.

Interessante notar, ainda, a este propósito o estudo de KARL LARENZ, “Die Prinzipien der Schadenszurechnung...”, ... cit., p. 373-379. Fala aí o autor, a propósito do moderno direito obrigacional, de quatro princípios de imputação de danos. A saber: 1) princípio da culpa (*Das Verschuldensprinzip*); 2) Princípio da alocação de um particular risco ao beneficiário dele (*Die Zurechnung eines bestimmten Schadensrisikos an den Nutzniesser dieses Risikos*); 3) Princípio da compensação dos danos pela interferência excepcionalmente lícita em bens alheios (*Der Schadensausgleich bei ausnahmsweise erlaubter Inanspruchnahme fremden Gutes*); 4) Princípio da imputação do dano em virtude de um dever de garante imposto por lei, designadamente nas hipóteses de confiança (*Die Schadenszurechnung auf Grund einer vom Gesetz auferlegten Garantiepflicht, insbesondere wegen der Schaffung eines Vertrauenstatbestandes*) – cf. p. 374.

A propósito do risco, salienta o autor que o mais importante caso de responsabilidade que naquela categoria colhe o seu fundamento é a *Gefährdungshaftung* (responsabilidade objectiva). Sem que, contudo, seja a exclusiva a lidar com o perigo/risco. No que àquela concerne, porém, afirma o autor tratar-se de razões de procura do justo a garantir o acerto das posições plasmadas no ordenamento jurídico. Na verdade, consoante salienta, aquele que encabeça a esfera de risco, apesar de este ter sido lícitamente criado e mantido, é simultaneamente aquele que o domina e que com ele beneficia. Esclarecido o ponto, escarpaliza a não exclusividade já anunciada. São de LARENZ as palavras *Aber die Gefährdungshaftung ist nicht der einzige Fall einer Schadenshaftung, die auf der Zurechnung eines bestimmten Schadensrisikos an den Nutzniesser dieses Risikos beruht* (p. 374). Em determinadas situações, o risco não advém, como na responsabilidade objectiva, do perigo inerente à coisa ou actividade, mas do facto de a clarificação da situação controvertida ficar ainda dependente da sua convocação (cf. p. 375). Ao que acresce não se poder olvidar os casos de lesão de um interesse alheio com base numa determinada actividade. São, pois, três as hipóteses que LARENZ explicita fundadamente com recurso ao risco – cf. p. 376: 1) responsabilidade objectiva (*in der Gefährdungshaftung*); 2) (*in der Risikohaftung, die denjenigen trifft, der erlaubterweise vorläufige Vollstreckungs- oder Sicherungsmassnahmen durchführen lässt*); c) alocação de um determinado risco de lesão associado a uma actividade às pessoas no interesse da qual ela é levada a cabo (*in der Zurechnung des mit einer bestimmten Tätigkeit verbundenen Schadensrisikos an denjenigen, der diese Tätigkeit in seinem Interesse durch einen anderen ausführen lässt*).

Mais se diga que, a partir da análise do jogo entre os diversos princípios autonomizados enquanto fundamento da imputação delitual, LARENZ conclui não ser possível olhar para o modelo de responsabilidade civil segundo o crivo da lógica axiomática, concebendo-o, outrossim, como um sistema móvel e aberto – cf. p. 379 (“*Das sich so ergebende Haftungssystem ist kein logischaxiomatisches*

ressarcitória se restringe aos danos físicos, deixando de lado danos em cascata. Na verdade, ao não se prever nenhum montante máximo para danos de outro tipo somos confrontados, *prima facie*, com múltiplas alternativas interpretativas, que vão desde a inexistência desses tectos em relação a eles até à presunção do legislador de que não podem ocorrer em conexão com a esfera de riscos delineada.

A primeira impostação falece, contudo, não só em virtude da imprestabilidade de uma interpretação subjectivista de tipo histórico, como perante a constatação da incoerência valorativa a que seríamos condenados se a sustentássemos. Pelo que é no segundo item hipoteticamente traçado que haveremos de concentrar esforços.

Algumas notas ressaltam a partir daí.

Desde logo, ainda que o contrário se pudesse deduzir da forma como enunciamos a questão, a verdade é que recusamos uma vez mais qualquer objectivo da interpretação que assente na consideração hermenêutica da norma texto para nos quedarmos na contemplação, não autista, da norma problema com o caso concreto que a mobiliza e prosseguirmos, então, enquanto finalidade interpretativa, uma interpretação teleológica e dogmática, na complementaridade que as predica.

Ora, se assim é, faz sentido partir-se do pressuposto fundado de que aqueles danos não físicos não serão chamados à liça na exacta medida em que os mesmos não se ligam funcionalmente ao domínio do perigo encabeçado e assumido como pólo de imputação delitual¹⁰³¹. Não ignoramos, é certo, que o artigo citado conhece desde 2004 uma nova redacção, da qual é excluída qualquer referência ao tipo de danos indemnizáveis. Mas não menos esquecemos que a mesma foi ditada pela necessidade de evitar que a legislação pátria previsse um montante máximo de danos inferior aos

System, das aus einem einzigen Grundsatz abzuleiten wäre und das von vornherein nur eine eng begrenzte Zahl von Möglichkeiten in sich schliesse, sondern ein bewegliches offenes System“).

A compreensão do que é um sistema móvel não é possível sem olharmos para o pensamento de WILBURG e sem mergulharmos mais profundamente em algumas das ideias aqui avançadas. Relegamos, contudo, para um momento posterior essa tarefa.

¹⁰³¹ Cf. LARENZ, CANARIS, *Lehrbuch...* II/2 cit., p. 602, considerando a importância, ao nível da responsabilidade pelo risco, do *Beschränkung des Kreises der geschützten Rechtsgüter* (restrição do círculo de bens jurídicos protegidos): de acordo com as regras da responsabilidade pelo risco, explicitam os autores, só são indemnizados os danos físicos, excluindo-se do seu âmbito os danos puramente patrimoniais. A excepção encontra-se no §22 WHG, que os autores não consideram ser uma derrogação do sistema, mas uma modificação pontual, tendo em conta os interesses envolvidos. Esclarecem, ademais, que tal não se trata de um mero acaso, por terem sido edificadas as situações de responsabilidade pelo risco para proteger os bens jurídicos tutelados ao nível do § 823 BGB.

Veja-se, ainda, LARENZ, *Lehrbuch...* I, p. 701, considerando os limites imanentes à imputação pelo risco: a) circunscrição pela negativa da esfera de risco; b) conteúdo da esfera de risco; c) âmbito de tutela da norma que impõe a responsabilidade.

montantes mínimos de garantia estabelecidos pelos diplomas comunitários¹⁰³² e que a recusa da interpretação subjectivista histórica não pode ser de molde a apagar do referente argumentativo do jurista a consideração das versões pretéritas das normas que mobiliza, sobretudo quando o acervo histórico corrobora a ideia que a intencionalidade normativa, sistemática e teleologicamente recortada, oferece^{1033 1034}.

¹⁰³² Cf. Directiva 84/5/CEE, do Conselho, de 30 de Dezembro de 1983, relativa à aproximação das legislações dos Estados Membros respeitantes ao seguro de responsabilidade civil que resulta da circulação de veículos automóveis – veja-se, em especial, o artigo 1º, nº2.

¹⁰³³ O artigo 508º CC foi alterado pelo Decreto-Lei nº59/2004, de 19 de Março, que modifica, ainda, a redacção do artigo 510º do nosso diploma mãe em matéria civilística. Pode ler-se agora que “1. a indemnização fundada em acidente de viação, quando não haja culpa do responsável, tem como limite máximo o capital mínimo do seguro obrigatório de responsabilidade civil automóvel; 2. Se o acidente for causado por veículo utilizado em transporte colectivo, a indemnização tem como limite máximo o capital mínimo do seguro obrigatório de responsabilidade civil automóvel estabelecido para os transportes colectivos; 3. Se o acidente for causado por veículo utilizado em transporte ferroviário, a indemnização tem como limite máximo o capital mínimo do seguro obrigatório de responsabilidade civil estabelecido para essa situação em legislação especial”. Cf., ainda, Decreto-lei nº291/2007, de 21 de Agosto e a Portaria nº377/2008, de 26 de Maio.

Já antes da alteração do preceito se discutia se o mesmo teria sido revogado tacitamente pelo Decreto-lei nº522/85, de 31 de Dezembro, na redacção introduzida pelo Decreto-lei nº3/96, de 25 de Janeiro. Veja-se, quanto ao ponto, MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações...* cit., I, p. 394; CALVÃO DA SILVA, “Anotação ao Ac. STJ de 1 de Março de 2001”, *Revista de Legislação e Jurisprudência*, ano 134º, nº3924, p. 102 e ss., em especial p. 118 e ss. (v. p. 123, considerando que a solução do problema, nos casos de responsabilidade independentemente de culpa, não pode deixar de ter em conta quer a directiva comunitária citada, quer o Acórdão de 14 de Setembro de 2000 do Tribunal de Justiça das Comunidades, segundo o qual não seria possível que a legislação nacional mantivesse a previsão de montantes máximos de indemnização inferiores ao quantitativo mínimo fixado comunitariamente); ALBUQUERQUE MATOS, “O contrato de seguro obrigatório de responsabilidade civil automóvel”, *Boletim da Faculdade de Direito*, nº77, 2001, p. 377 e ss., em especial p. 402 e ss.; PAULO MOTA PINTO, *Interesse contratual negativo...* cit., p. 553, nota 1599; NUNO MANUEL PINTO DE OLIVEIRA, “Em tema de revogação do artigo 508º do Código Civil – Ac. Do STJ de 13-2-2003, Rev. 4591/02”, *Cadernos de Direito Privado*, nº4, 2003, p. 47 e ss. (considerando que o preceito não tinha sido revogado tacitamente).

¹⁰³⁴ Acresce que a actual redacção do preceito impõe a remissão para legislação avulsa, sem a qual o critério de limitação previsto se torna ininteligível. Na verdade, e como vimos, o actual artigo 508º CC estabelece que, nos casos de responsabilidade independente de culpa, o limite máximo da indemnização é igual ao capital mínimo do seguro obrigatório de responsabilidade civil automóvel. Nos termos do artigo 1º, nº2, da Directiva 84/5/CEE, do Conselho, de 30 de Dezembro, o montante mínimo daquele seguro há-de ser, em cada Estado-membro, de “350 000 ECUs, relativamente aos danos corporais, quando haja apenas uma vítima, devendo tal montante ser multiplicado pelo número de vítimas, sempre que haja mais do que uma vítima em consequência de um mesmo sinistro” e de “100 000 ECUs por sinistro, relativamente a danos materiais seja qual for o número de vítimas”. Quer isto dizer, e sem embargo de outras previsões expressas do diploma comunitário, bem como sem embargo da possibilidade de os Estados-membros aumentarem esta garantia, que ela se refere exclusivamente a danos físicos, na pessoa ou na propriedade, excluindo-se, à partida, a possibilidade de se indemnizarem prejuízos sem uma incidência material na coisa ou num sujeito. Donde, pese embora tenha havido a alteração legislativa, os dados do problema não se alteram sobremaneira, nada obstando a que a interpretação sistemática por nós proposta continue a ser defendida face ao actual normativo. Sobre o ponto, cf., entre nós, decreto-lei nº291/2007, de 21 de Agosto (em especial artigo 12º), que veio transpor a Directiva 2005/14/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de Maio, que altera as Directivas 72/166/CEE, 84/5/CEE, 88/357/CEE e 90/232/CEE, do Conselho, e a Directiva 2000/26/CE, relativas ao seguro de responsabilidade civil resultante da circulação de veículos automóveis.

Ora, isso permite arredar do discurso – mesmo neste segundo patamar dialógico em que nos concentramos na determinação do *quantum* indemnizatório – a nota da adequação que domina o tratamento do dito nexa causal.

Pensemos numa hipótese prática. A é atropelado por B no dia em que vai assinar um contrato milionário que, dessa feita, não se concretiza.

B, detendo a direcção efectiva do veículo e utilizando-o no seu próprio interesse, responde pelos danos provenientes dos riscos próprios daquele. Pela sua natureza, o risco de colisão ou atropelamento é-lhe intrínseco e liga-se funcionalmente à esfera de perigo delineada. Dito de outro modo, o atropelamento é um dos danos que normativamente a tipificação daquela hipótese de responsabilidade objectiva visa evitar e, como tal, cai no âmbito de protecção da norma. Mas o atropelamento em si não é indemnizável. Ou melhor, a lesão da integridade física que ele acarreta refracta-se numa série de danos consequentes, que se podem multiplicar *ad infinitum*. Eis, pois, o segundo nível de sindicância causal a que os autores se referem e que remetem para a causalidade adequada.

Só que, bem vistas as coisas, um dano pode ser causado adequadamente pelo atropelamento sem que seja, em concreto, indemnizável. Imagine-se que A, no dia em que foi atropelado, ia actuar num espectáculo promovido pela empresa X, que com isto tem de cancelar o evento, sofrendo avultados prejuízos. Se B conhecesse as circunstâncias que coloram a situação *sub iudice*, segundo um juízo de prognose póstuma, seria normal e adequado que aquele dano resultasse dela. Simplesmente, ele não é indemnizável em concreto, configurando uma das hipóteses de surgimento de um dano puramente patrimonial^{1035 1036}.

¹⁰³⁵ A propósito da relação entre a causalidade, ou o que tradicionalmente era entendido como tal, e os *pure economic losses*, cf. BASIL MARKESINIS, ANGUS JOHNSTON e SIMON DEAKIN, *Markesinis and Deakin's Tort Law*, ... cit., p. 211 e ss. [mostrando, concomitantemente, que nos sistemas da *Common Law* sobre a categoria da *remoteness of damage* se faz impender alguns funções que entre nós podem ser cumpridas pela ilicitude].

Veja-se, ainda, PEDRO ROMANO MARTINEZ, “Responsabilidade civil em direito do trabalho”, *Estudos em honra de Ruy de Albuquerque*, vol. I, Coimbra Editora, Coimbra, 2006, p. 599-652, em especial p. 601 e ss.

¹⁰³⁶ O argumento prático-normativo mobilizado importa que se tenham esclarecimentos adicionais. Em primeiro lugar, é de notar que, pese embora estejamos inseridos no domínio da responsabilidade objectiva, onde a ilicitude está ausente, a verdade é que os autores continuam a apontar para a tutela, por esta via, dos bens jurídicos protegidos ao nível do § 823 BGB. Vimos isso no testemunho de autores já citados. Em segundo lugar, urge referir que, pela inexistência desse ponto charneira que é a ilicitude aferida pelo resultado (o qual se pode verificar, inexistindo, contudo, o mínimo exigível para se falar de ilicitude, qual seja a presença de um comportamento humano), esbate-se a cisão entre os dois patamares de indagação causal a que anteriormente fizemos referência e a partir da qual circunscrevemos o nosso âmbito de análise. Na verdade, como veremos, será a consideração do direito absoluto violado que garantirá a analítica por nós proposta, interessando-nos, em especial, saber como é possível reconduzir a

Como justificar tal exclusão? Pela polarização na morte ou lesão da integridade física a que somos conduzidos pela interpretação sistemática das regras ressarcitórias. Não se traduz esta na ilicitude, pois que a ausência de um comportamento voluntário do agente impede, ainda que não se sufrague a teoria do desvalor da conduta, a sua consideração.

Com isto, conseguimos avançar na elucidação de mais duas conclusões prévias.

Por um lado, a não sindicância do carácter ilícito do acto importa a necessidade de reelaboração da norma que impõe tectos de responsabilidade, retirando dela pólos aos quais se hão-de reconduzir aqueles danos subsequentes. Com o que percebemos que, afinal, na circunscrição destes é, ao nível da responsabilidade subjectiva, a ilicitude que joga o papel determinante nesse ensejo. E se assim é, é o âmbito dela – teleonomológica e teleologicamente compreendido – que vai delimitar o *quantum* indemnizatório¹⁰³⁷.

Acresce que, diante da inexistência de um comportamento humano, a concatenação a estabelecer queda-se entre uma esfera de risco assumido e o dano. Ora, como aquela é tipificada *a priori* pelo legislador, o mesmo será dizer que a concatenação a estabelecer se reconduz a uma previsão abstracta e normativa operada por via legislativa. O apelo à experiência de vida já não se estriba no juízo de um hipotético observador experiente, mas no preenchimento de um âmbito normativo mobilizado diante de um concreto nódulo problemático, atentas que sejam as finalidades protectivas da norma^{1038 1039 1040}.

lesão ao comportamento do pretense lesante, pelo que o nexa que intentamos erigir se há-de, sem dúvida, afirmar como um nexa de ilicitude ou nexa de imputação objectiva.

¹⁰³⁷ O nosso discurso só se torna inteligível se inscrevermos duas advertências. Em primeiro lugar, a ausência de ilicitude fica, no domínio da responsabilidade pelo risco, a dever-se à inexistência de uma conduta humana, dado que é assumido mesmo por quem não defenda uma concepção de ilícito estribado na conduta, mas sim no resultado; em segundo lugar, nada do que adiantamos nesta interpretação contende com a possibilidade de, por via desta modalidade ressarcitória, se indemnizarem os chamados danos não patrimoniais. É que a incidência física que se reclama apenas pretende identificar uma limitação e não responder, globalmente, à questão do *cálculo da indemnização*. Ora, nesta serão contabilizados todos os prejuízos que se reconduzam àquelas lesões físicas autonomizadas.

O dado será, posteriormente, abordado em termos genéricos, no momento em que, afastando-nos do cerne das nossas lucubrações, nos detivermos, *brevi momenta*, na contemplação do modo como devem ser tratados os danos subsequentes.

¹⁰³⁸ Cf. GERT BÜGGERMEIER, *Haftungsrechts...* cit., p. 112. Afirma o autor que, também ao nível da responsabilidade pelo risco, se levanta o problema da imputação de lesões distantes (*Fernverletzungen*), tendo de se indagar se o dano se integra ou não na conexão de risco (*Risikozusammenhang*), levando o RG a falar de esferas de risco (*Risikosphären*). Cf., ainda, p. 114, onde o autor adianta que a abordagem metodológica para o tratamento do problema da imputação de danos (*Fernschäden*), no quadro da responsabilidade objectiva, é comparável à definição do âmbito de protecção que deve ser levada a cabo no caso de lesões indirectas no seio da responsabilidade por negligência. Fala-se, então, de um nexa de

A questão da causalidade transmuta-se, afinal, num problema normativo. Na sua dupla vertente: enquanto requisito de recondução do evento lesivo a uma esfera de risco – cumprindo, portanto, a dimensão imputacional primária; enquanto critério de delimitação dos danos indemnizáveis.

Esclarecida que fica a natureza normativa da *causalidade* quando em jogo esteja a responsabilidade pelo risco¹⁰⁴¹, importa, não obstante, saber se os mesmos resultados podem ser defensáveis no quadro geral de imputação delitual^{1042 1043}.

imputação ou de uma conexão de risco (*Zurechnungs- oder Risikozusammenhang*), em qualquer uma das modalidades delituais.

A questão que se coloca – continuando a acompanhar o pensamento do autor – é a de saber se é justo e razoável, atentas as circunstâncias, imputar os danos concretos à finalidade de protecção da norma que consagra a responsabilidade pelo risco: que interesses estão protegidos e contra que riscos? Note-se, porém, que, no exemplo que fornece, o autor parece ainda fazer apelo a uma ideia de adequação.

¹⁰³⁹ Veja-se, a este propósito, num sentido diverso daquele que é intencionado no nosso texto, novamente, FLORENCE G'SELL-MACREZ, *Recherches...* cit., p. 119, considerando que, se o risco se define como a probabilidade de aparecimento de um dano e se a teoria do risco tem por objectivo condenar aqueles que tornam prováveis certos danos, então a responsabilidade pelo risco pressupõe a causalidade adequada”. Mais acrescenta a autora francesa que “aqueles que preconizam a substituição da causalidade pela noção de risco, ao escreverem que será preferível pesquisar quais as potencialidades do acto inicial, militam, na verdade, pela teoria da causalidade adequada. Neste caso é lógico que a responsabilidade fundada sobre o risco consagre a teoria”.

¹⁰⁴⁰ Cf. HANS STOLL, “Adäquanz und normative Zurechnung ...”, ... cit., p. 184 e ss.

¹⁰⁴¹ Cf., com grande importância, ERWIN DEUTSCH, *Allgemeines Haftungsrecht...* cit., p. 433 e ss. O autor começa por afirmar que a responsabilidade pelo risco exige um nexo de causalidade entre a actividade (*Betrieb*), ou a acção no quadro de uma actividade, a lesão e o dano. Mas entende-se, no quadro da estrita responsabilidade pelo risco, que a causalidade adequada não teria qualquer lugar. Mais concretamente “isso significa que não importa se o dano foi ou não previsto no passado, mas somente se ele é o resultado do perigo em relação ao qual se edificou a responsabilidade”, até porque “as consequências normais das actividades, que têm a ver com a ameaça, não são outra coisa senão as consequências previsíveis”. Note-se, não obstante, que o autor alerta para o facto de a adequação não ser eficaz quando esteja em causa o fundamento da responsabilidade. O perigo específico que está na base da previsão de situações de responsabilidade pelo risco é mais apertado que o risco geral que está na base da adequação. DEUTSCH chega mesmo a afirmar que, no caso da *Kausalvermutungshaftung* (de que é exemplo a responsabilidade ambiental e a responsabilidade no quadro da engenharia genética), a causalidade adequada é absorvida pela presunção.

Continuando a acompanhar os ensinamentos do autor, podemos dizer que “o nexo de causalidade se transforma essencialmente num momento de imputação” (p. 435).

DEUTSCH relembra que, ao prescindir da ilicitude, a responsabilidade pelo risco trabalha com uma *Rechtsfolgenorm*, que tem um âmbito de protecção pessoal e objectivo. O grupo de pessoas protegidas é composto pelos titulares dos interesses em nome dos quais a protecção foi edificada, pelo que, se for lesado um terceiro, ele não será indemnizado. O âmbito de protecção objectivo fica dependente do tipo de responsabilidade objectiva, podendo, contudo, adiantar-se que o dano se situa no âmbito de protecção da norma quando existe uma conexão de risco (*Risikozusammenhang*) – cf. p. 436. Fulcral passa, portanto, a ser a qualificação da responsabilidade como uma responsabilidade pelo risco estrita ou como uma responsabilidade pelo risco em sentido amplo. No tocante à *enge Gefährdungshaftung*, a lesão e o dano têm de representar-se de qualquer forma como realização do especial perigo – *Verwirklichung der besonderen Gefahr*. Na hipótese de responsabilidade pelo risco em sentido amplo (*weite Gefährdungshaftung*) é suficiente que exista uma fraca conexão entre o fundamento da responsabilidade e a lesão.

¹⁰⁴² Cf. CHRISTIAN VON BAR, *The Common European Law of Torts...* cit., p. 449, afirmando o sentido normativo da causalidade, a implicar o diálogo com a violação do dever e os danos e a pressupor um processo valorativo que convoca uma variedade de critérios de atribuição de responsabilidade.

¹⁰⁴³ Não se nega, é certo, que a tarefa surge facilitada ao nível da responsabilidade objectiva. Na verdade, e tal como se referiu anteriormente, com apelo ao testemunho de insignes civilistas, a existência de uma

Ora, temos boas razões para, agora em termos dogmáticos, afirmar que sim. No que concerne à delimitação dos danos indemnizáveis, vimos que as dificuldades no quadro da tipificação do risco se prendem com a ausência de um resultado qualificável como ilícito, a apontar, então, no sentido da possibilidade de esta, quando existir, dar resposta ao problema. No que tange ao problema da imputação, se ela é cumprida pela pressuposição de uma esfera de risco – desenhada pela interpretação teleológica da norma no cotejo com o âmbito de relevância do caso concreto –, ao nível da responsabilidade por culpa há-de ser, em parte, realizado o desiderato pela nota da subjectivação a que se aliarão outros dados que permitam orientar o decidente diante da convergência de plúrimas eventuais causas dos danos. Para confirmar a suposição não basta a consideração da teleologia do instituto. Torna-se, ao invés, urgente a ponderação da teleonomia que atrás determinámos e, a partir dela, a consideração da projecção dogmática da pressuposição de validade que se afirma¹⁰⁴⁴.

esfera de risco pré-definida pelo legislador desonera o decidente da necessidade de, em concreto, desenhar os seus contornos. Diz-se, aliás, que é a ausência dela que impede o abandono da doutrina da causalidade adequada ao nível da responsabilidade subjectiva. Ora, como veremos, não só ela pode ser edificada como temos de a considerar se quisermos ser consonantes com os fundamentos de que partimos.¹⁰⁴⁴ Adiantando um pouco aquilo que serão as nossas conclusões, a escalpelização do sentido teleológico, quer primário, quer último, da responsabilidade civil permitir-nos-á orientar o discurso num duplo sentido.

Por um lado, ao viabilizar a percepção – no apelo a um pensamento de segundo grau – do papel desempenhado pela culpa e a ilicitude na arquitectura do quadro regra de imputação delitual, permitirá dar resposta à dúvida plantada no ponto expositivo precedente. Ou seja, é ou não possível mobilizar os argumentos que justificam a natureza normativa da *causalidade* ao nível da responsabilidade objectiva para estender esse carácter ao mundo da subjectividade.

Por outro turno, permitindo traçar o desenho da intencionalidade predicativa da obrigação de indemnização, a intelecção anunciada garantirá – na articulação dialógica com o pensamento de outros autores – perceber quais os princípios nevrálgicos que, preenchendo o conteúdo valorativo da categoria arvorada em requisito da responsabilidade, nos podem orientar na dilucidação de uma proposta de re-compreensão materialmente densificada do problema causal.

Ao mesmo tempo – e a esse nível – ficarão feridas todas as propostas que, não obstante importarem uma problematização diversa da tradicional, se orientem por uma matriz axiológica diferente.

Por último, é toda a teleologia primeira a depor no sentido da resposta que não faça o decidente resvalar numa solução que ultrapasse a compensação.

Risco, lido numa perspectiva de polarização pessoal e desnudado de qualquer tecnocracia; recusa de uma mera adstrição de resultados (já que a pureza da ideia de responsabilidade, ancorada na liberdade de que é indissociável, não se pode contentar com uma simples relação causal, pelo que também por aí a doutrina tradicional parece falecer, ainda que os resultados práticos a que chegue possam ser eventualmente não divergentes) e comutatividade serão, pois, conceitos dialecticamente articulados daqui em diante.

O risco aqui quererá significar que vamos resolver o problema da causalidade no sentido da conexão do risco ou do cotejo de esferas de acção, encontrando como justificação o plano axiológico da liberdade de cada um e o cotejo de esferas pela constatação da complexidade da interacção social. Simultaneamente, a recusa da ideia de mera adstrição de resultados implica a rejeição quer de uma ideia de pura adequação, quer de uma ideia de *outcomes* de responsabilidade.

Por último, a comutatividade anunciada, a impelir o decidente na busca da solução que não o aliene na realidade nem o faça resvalar no critério de pura sanção, implicará a ponte com o problema do dano.

22. Breves conclusões. Ordem de sequência.

A tipificação de uma hipótese de responsabilidade independente de culpa, chamando a depor a justiça distributiva, não se projecta – na sua concretização judicativa – no proferimento de um simples juízo causal. Não só em termos intencionais a causalidade não é fundamento bastante para se impor uma obrigação ressarcitória a um sujeito, como, em termos dogmáticos, a operacionalidade dos modelos consagrados pelo legislador parte do desenho de uma esfera de risco que se assume, tornando dispensável a resposta ao quesito da causalidade.

A assunção daquela esfera, desligada da indagação da culpabilidade e temporalmente reportada a um momento anterior ao da ocorrência da lesão, permite vincar o sentido imputacional da responsabilidade objectiva, assim ligada a uma ideia de pessoalidade que alicerça todo o ordenamento jurídico. O recorte concreto que apresenta permite determinar se o evento danoso se integra ou não entre aqueles que o legislador pretendeu sancionar com a prescrição normativa. Já não é a adequação que é chamada a depor, não se baseando a decisão judicativa na prognose póstuma do observador médio. Pelo contrário, ela redundará num juízo analógico de assimilação da intencionalidade problemática do caso pela intencionalidade problemática da norma. O anterior nexos de causalidade transforma-se num verdadeiro nexos de imputação e adquire carácter normativo.

Por isso, e recorrendo a um exemplo pedido de empréstimo e já anteriormente referido, se A atira um gato à cabeça de B, nem por isso ele será responsabilizado por via do artigo 502º CC, na medida em que a lesão não é o resultado de um dos riscos próprios dos animais. É aqui evidente – pese embora o aspecto caricatural da sugestão – que o cerne do problema se joga na determinação de quais são os perigos próprios do ser vivo, assim se esgotando o primeiro plano de indagação causal.

Note-se que, contra o que se poderia supor pela autonomização desse prévio segmento de inquirição, o critério da adequação mostra-se igualmente desajustado para lidar com os chamados danos subsequentes. Constatando isso através de situações concretas, explicitámos como se pode operar, em alternativa, a limitação do *quantum* indemnizatório, por via da circunscrição do que – no quadro da regra ressarcitória – vem conhecido por danos consequenciais ou subsequentes. É claro que a solução aventada fica totalmente dependente da modelação normativa com que se haja de lidar por referência a cada hipótese de responsabilidade objectiva.

Tudo isto mostra que a estrutura dogmática da modalidade de responsabilidade em causa interfere na solução do nosso problema de base, condicionando-a. Por outro lado, se a condicionante estrutural a que aludimos passa também pelo modo como é normativamente tipificada uma esfera de risco e se esta implica a pressuposição de uma personalidade livre e responsável (porque única capaz de a assumir), podemos concluir que a intencionalidade predicativa da responsabilidade acaba por influir igualmente na resposta à questão causal.

Se assim é, então, impõe-se um olhar atento sobre a responsabilidade subjectiva que, investigando as mesmas nervuras, nos ofereça pistas de solução na descoberta do(s) critério(s) de tratamento do que tradicionalmente vinha conhecido por nexos de causalidade. Na verdade, sublinhou-se que o juízo imputacional existe independentemente da culpa e constatou-se que ele se alicerça na esfera de risco que é delimitada, a montante, pelo legislador e assumida pelo sujeito responsável. Há que, portanto, responder a uma dúvida: a presença da culpa torna ou não despicando o nexo de imputação a que nos referimos¹⁰⁴⁵? E poderá ele ser edificado movendo-nos no quadro dos contactos gerais da vida?

¹⁰⁴⁵ Cf., a este propósito, *inter alia*, SINDE MONTEIRO, *Relatório sobre o programa, conteúdo e métodos de uma disciplina de responsabilidade civil (curso de mestrado)*, Coimbra, 2001, policopiado, p. 30 e ss. e p. 40 e ss. O autor, aí, de um nexo de imputação, reduzindo-o, contudo, à ligação subjectiva entre o agente e a violação do direito, traduzida na culpa. Diferentemente, o nexo de imputação a que nos referimos implica a consideração de uma ligação objectiva que deverá estar presente, independentemente da ligação culpabilística apurada.

Capítulo V

Os referentes teleológicos, teleonomológicos, metodológicos e dogmáticos de compreensão do requisito causal (cont.): a responsabilidade subjectiva

23. A liberdade humana como raiz fundamentante da normatividade e, concomitantemente, da responsabilidade

Mergulhando na regra delitual – a responsabilização do lesante com base na culpa –, haveremos de procurar aprofundar, em primeira linha e em consonância com algumas das conclusões pretéritas, o fundamento do instituto com que lidamos. A preocupação com a liberdade humana torna-se, então, central.

Afirma KAUFMANN que “a justiça social, os direitos humanos, a dignidade humana, bem como a responsabilidade e a culpa radicam na liberdade do Homem”¹⁰⁴⁶.

A asserção incontestável importa, contudo, um risco próprio de todas as afirmações de princípio que, se não devidamente assumidas, podem resvalar para uma fórmula voraz e, como tal, vazia de conteúdo, mobilizada como pano de fundo embelezador do discurso, mas insusceptível de marcar devidamente as consequências que sinepeicamente daquele se pretendam extrair.

Várias foram as vezes em que, ao longo do nosso caminho dialógico, tivemos oportunidade de chamar à colação o princípio da liberdade como fórmula de

¹⁰⁴⁶ Cf. ARTHUR KAUFMANN, *Filosofia...* cit., p. 352.

fundamentação de algumas das soluções avançadas. É chegado, porém, o momento de assumir detidamente esse pressuposto básico de inteligibilidade do nosso trabalho.

Para o fazermos, três etapas têm de ser logradamente cumpridas. Por um lado, é a própria coloração do que entendemos por liberdade que há-de ser explicitada^{1047 1048}. Por outro, impor-se-á a justificação – em termos metodológicos – para a contaminação de todo o domínio legal e doutrinário por aquele dado fundamentador da juridicidade, a pressupor, previamente, uma tomada de posição acerca da imprestabilidade de uma concepção formalista de direito que nos encaminhe para o positivismo jurídico, nas suas diversas formulações^{1049 1050}.

¹⁰⁴⁷ Cf., novamente, KAUFMANN, *Filosofia ... cit.*, p. 352. Afirma o autor que “nem a liberdade nem a falta de liberdade podem ser conclusivamente provadas. O que há, em última instância, é uma decisão sobre o modo como pretendemos ver as pessoas – como seres livres ou não livres – e qual a hipótese em que pretendemos basear o direito (...)”.

Mais do que o binómio autonomia-heteronomia que KAUFMANN nos coloca à consideração, pesará a conformação exacta da liberdade tal como a vemos pensada. Pois que, em bom rigor, a articulação entre ela e a responsabilidade nada tem de novo. Pelo contrário, a liberdade marcou, desde o momento da edificação dos grandes sistemas ressarcitórios, a sua presença a este nível. A novidade – colimada nos ensinamentos de múltiplos pensadores – está, portanto, no modo como olhamos para ela e daí extraímos as conclusões tidas por pertinentes.

¹⁰⁴⁸ Cf. LARENZ/CANARIS, *Lehrbuch...* II/2, cit., p. 350 e ss. Consideram os autores que o problema fundamental do direito delitual é a tensão entre a protecção de bens jurídicos e a liberdade de acção (*Spannungsverhältnis zwischen Güterschutz und Handlungsfreiheit*), concitando a dogmática civilística, a este ensejo, inúmeros problemas: a) conflito entre a perspectiva do lesante e a perspectiva do lesado; b) perigo de desincentivo de algumas actividades que são socialmente vantajosas; c) conflito entre direitos fundamentais, a implicar um exercício de concordância prática. Sustentam, nesta linha, que o direito da responsabilidade civil configura um paradigma da visão kantiana acerca do direito, ao estabelecer as condições do encontro de duas vontades por meio da lei de liberdade.

Parece, pois, denotar-se aqui uma visão ainda conflitual da liberdade humana. É claro que o direito pressupõe um litígio, um conflito. Só que ao ajuizá-lo não tem de basear-se nele, convertendo-o, a um tempo, em objecto e critério de si mesmo. Esse foi, aliás, o erro da Jurisprudência dos Interesses.

Veja-se, a este propósito, JÖRN ECKERT, “Der Begriff Freiheit im Recht der unerlaubten Handlungen”, *Juristische Schulung. Zeitschrift für Studium und praktische Ausbildung*, 34. Jahrgang, Heft 8, 1994, p. 625 e ss., questionando o conceito de liberdade ao nível do direito delitual. De notar, contudo, que a perspectiva aí encabeçada é diametralmente oposta àquela que trazemos a lume em texto. Na verdade, se nos centramos na liberdade do lesante, o autor indaga qual a conformação da liberdade enquanto bem jurídico tutelado por força do § 823 I BGB (designadamente, questiona se ela abrange só a liberdade de movimentos ou se deve ser olhada com maior amplitude). Colhem-se, não obstante, importantes contributos acerca do modo como a liberdade foi historicamente entendida.

¹⁰⁴⁹ Sem que, com isto, pretendamos sustentar uma impostação jusnaturalista da normatividade. Cf., para maiores desenvolvimentos acerca da não condenação daquele que recusa o positivismo ao jusnaturalismo, *inter alia*, PINTO BRONZE, *A metodonomologia entre a semelhança e a diferença. Reflexão problematizante dos pólos da radical matriz analógica do discurso jurídico*, Coimbra Editora, Coimbra, 1994, p. 319 e ss. (em especial, p. 325)

¹⁰⁵⁰ Situar-nos-emos a este nível do discurso no plano principiológico, dos fundamentos da normatividade, diversos dos critérios em que se projectam. Alerta-se, contudo, que a ideia de liberdade pode e deve ser tematizada a outros níveis, tanto mais que a mesma, na sua subjectivação, coloca problemas respeitantes ao próprio direito subjectivo. Veremos, aliás, que no âmbito do problema que ousamos tratar se torna, em dado momento, imprescindível a tematização do direito subjectivo, quer especificamente o direito à liberdade, quer, mais amplamente, o direito subjectivo propriamente dito, para o que serão tidas em conta, embora não tão desenvolvidamente, algumas das considerações que aqui se expendem.

In fine, uma terceira etapa em que são, de um ponto de vista dogmaticamente densificado, assumidas todas as conclusões que se afigurem pertinentes tendo em conta a pressuposição de que se parte. Pois se, devidamente, considerarmos que a liberdade informadora e enformadora da juridicidade não é um mero pano de fundo que paira sobre o sistema, mas o fundamenta no sentido mais profundo do termo, então não poderão ficar intocáveis as soluções que vêm pensadas para os concretos problemas. Sem que, repare-se, se lance mão de um qualquer esquema de dedução, a quadrar mal com a necessidade de contemplação – também ela comprometida – do caso concreto e do problema por ele patenteado.

24. Da liberdade negativa à liberdade positiva

A memória disponível das lições de grandes mestres do direito e a constatação da insusceptibilidade de resolução concludente dos problemas se e quando nos ativermos ao plano do direito que é levam-nos, embora não antinomicamente, a lançar mão de pressupostos de inteligibilidade postos em andamento pelo próprio saber filosófico.

Chegamos, quase que intuitivamente – aqui tomado o advérbio no sentido de antes de um processo reflexivo de racionalização do caminho percorrido para chegar a um dado resultado, tido como materialmente justo e normativamente adequado –, à contemplação da liberdade humana, para percebermos, então, que também aí a relação entretecida entre ela e a responsabilidade civil pode vestir figurinos vários.

Desde logo, é a própria ideia de culpa a clamar por tal conexão, em total oposição ao determinismo e, portanto, a um entendimento causal do mundo. Explicitemos o dado: se partirmos da ideia metafísica de total determinismo – à boa maneira da pressuposição do destino na antiga Grécia e de que o protestantismo ainda bebeu alguns frutos¹⁰⁵¹ – do acontecer na realidade, somos conduzidos à exclusão da responsabilidade^{1052 1053}. Percebe-se facilmente a articulação operada. Se tudo acontece

¹⁰⁵¹ Sobre a ideia de predestinação no pensamento de LUTERO e de CALVINO, cf. ISABEL BANOND, “Notas acerca da liberdade e o livre-arbítrio no pensamento setecentista oitocentista”, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, vol., XLIX, nº1 e 2, 2008, p. 15 e ss.

¹⁰⁵² Cf., para maiores desenvolvimentos, JEAN-LOUIS GENARD, *La grammaire de la responsabilité*, Les éditions du Cerf, Paris, 1999, p. 21 a 36. Pese embora o autor filie o surgimento do que apelida por « modelo responsabilizante de interpretação da acção » na modernidade, sustenta que as investigações históricas acerca do seu sentido devem buscar-se, retrospectivamente, na Antiguidade. E, se aí ela não tem lugar – pelo determinismo a que estão submetidas as personagens de Homero –, é, paradoxalmente, no âmago da tragédia grega que se pode encontrar o embrião daquela, pela contraposição entre o

determinismo explicativo da tragédia e o papel do herói com a sua força, viabilizadora da mudança no rumo dos acontecimentos (cf. p. 25). Com o que o autor adianta, no entanto, que o modelo de responsabilização só foi possível com o desenvolvimento da prática social e o processo reflexivo que o acompanhou.

¹⁰⁵³ Sobre o ponto e para maiores esclarecimentos, cf. LUCAS, *Responsibility*, Clarendon Press, Oxford, 1993, p. 13. Sustenta o autor que o determinismo acaba por afectar a responsabilidade, pelo menos quando confrontados com teorias estritas que o abraçam. Na verdade, ao advogarem que aquilo que fazemos é uma inevitável consequência causal de algo que aconteceu, mesmo que temporalmente distante, acabam por conduzir à ideia de que as nossas acções não são verdadeiramente nossas. E com isto eram as noções de culpa, liberdade e responsabilidade a perecer.

Supõem, no entanto, alguns autores que o determinismo não é incompatível com a responsabilidade, porque a liberdade que esta implica apenas importa a ausência de coacção. Sem que LUCAS concorde com a impostação apresentada. A páginas 29, afirma que “o determinismo é incompatível com a tomada de decisões racionais”, pelo que a sua defesa implica a transformação do homem “num agente passivo de uma força cosmológica superior, irresistível e inexorável”.

Só que o que na aparência poderia conduzir-nos à simplicidade discursiva ganha contornos de complexidade quando nos confrontamos com o segundo termo do sentido do determinismo que o problema da causalidade responsabilizante comporta. Uma vez tomada a decisão – pergunta o autor – não se desencadearão efeitos, consequencialmente, que escapam à vontade motriz que os desencadeou.

Abre-se, assim, a porta à consideração de dois modos de perspectivar o agir humano?

Um, consequencialista, para o qual o curso da acção é avaliado inteira e exclusivamente à luz das suas consequências, no qual se filia o utilitarismo. (cf. p. 37); outro ancorado na análise do valor ou desvalor da própria acção.

Mostra-se o autor particularmente crítico da primeira impostação da realidade, assentando a sua visão em algumas notas dignas de registo: 1) ao focarmo-nos exclusivamente nas consequências, obliteramos a distinção entre acções e inacções, tornando-nos tão responsáveis pelo que fazemos como pelo que não fazemos, conduzindo a formas de responsabilidade hiperbólicas; 2) nem sempre é fácil determinar quais as consequências das nossas acções e torna-se particularmente difícil afirmar quais os efeitos do nada fazer; 3) um mínimo de valoração há-de ser feita, quanto mais não seja pela necessidade de decidir se as consequências a ter em conta são as previsíveis ou as actuais (cf. p. 39-40).

Sublinhe-se que a oposição clara a uma perspectiva consequencialista não implica, *mutatis mutandi*, a adesão incondicional a um entendimento que desvalorize os resultados da acção. Partindo da natureza homeostática dela, LUCAS afirma que “as consequências são parte constitutiva da própria acção” (cf. p. 48). Mas nem todas as consequências poderão relevar, pelo que se afigura importante a filiação num posicionamento não consequencialista que nos liberte da “simples e isolada consideração dos resultados que, em última instância, nos conduz à equiparação entre as consequências das acções e das omissões” (cf. p. 53).

Ou seja, e dito de outro modo, abreviando o longo excursão dialógico oferecido pelo autor, urge interpretar as acções e o seu significado, já que a “responsabilidade não é um conceito físico sujeito ao standard das coordenadas temporais e espaciais anteriores” (cf. p. 277).

Note-se que, partindo da questão do determinismo, o autor acaba por mostrar em que medida, negando-o e viabilizando, com isso, a responsabilização do agente, podemos ainda ficar presos a uma leitura causalmente determinada do mundo, a implicar – embora não apodicticamente – uma posição consequencialista que, atendo-se exclusivamente aos resultados da acção, se mostre, afinal, incapaz de justificar a responsabilidade por eles. Em sentido não totalmente concordante com o seu depoimento, mas comungando algumas das suas conclusões, cf. *infra* o debate que travaremos com a posição de HONORÉ e o seu modelo explicativo da responsabilidade.

Veja-se, ainda, a propósito da questão da liberdade e autonomia, na sua articulação com os problemas do determinismo e da concepção causal do mundo, KEITH LEHRER, “Freedom, preference and autonomy”, *The Journal of Ethics*, vol. 1, 1997, p. 3 a 25; FRANKFURT, “Responses”, *The Journal of Ethics*, vol. 3, 1999, p. 367-372; ID., “Freedom of the will and the concept of a person”, *Journal of Philosophy*, 68, 1971, p. 5-20; GREENSPAN, “Impulse and self-reflection: Frankfurtian responsibility versus free will”, *The Journal of Ethics*, vol. 3, 1999, p. 325-340; ELEONORE STUMP, “Alternative possibilities and moral responsibility: the flicker of freedom”, *The Journal of Ethics*, vol. 3, 1999, p. 299-324; PETER INWAGEN, “Moral responsibility, determinism and the ability to do otherwise”, *The Journal of Ethics*, vol. 3, 1999, p. 341-350.

Cf., ainda, a propósito da referência contida nesta nota à responsabilidade por omissões, entendida no plano ético, JOHN FISCHER, “Responsibility, control and omissions”, *The journal of ethics*, vol. 1, 1997, p. 45 a 64 (concluindo que há uma simetria entre a responsabilidade pelas primeiras e pelas segundas e

porque tem de acontecer, como se estivesse escrito no devir cósmico, retira-se a liberdade ao ser humano e nessa medida ele torna-se insusceptível de culpa e de qualquer imputação.

Nessa medida, a causalidade ditaria as regras do acontecer real e situar-se-ia nos antípodas da liberdade. E desse modo tornar-se-ia imprestável do ponto de vista jurídico. Na verdade, como conceber que ela seja erigida em pressuposto da responsabilidade – e em particular da responsabilidade civil – se a virmos como contrária à própria responsabilização?

O aparente paradoxo supera-se, contudo, segundo a bipolarização – herdeira do pensamento kantiano a que nos referimos, mas sem que se possa afirmar contundentemente que a mesma não encontra o seu gérmen em pensadores pretéritos¹⁰⁵⁴ – entre uma causalidade livre e uma causalidade natural. Ou seja, a percepção das marcas predicativas do ser humano e da liberdade que o acompanha determinariam o reconhecimento da sua capacidade de sobredeterminação, isto é, da possibilidade de, através da conduta posta em marcha exclusivamente pela sua vontade, criar a sinergia necessária para inverter o fluxo dos acontecimentos e gerar na natureza um processo causal, esse sim operante, a partir desse corte epistémico, segundo aquelas leis deterministas ou quase deterministas¹⁰⁵⁵.

Poder-se-ia, portanto, a partir de então, e sempre que se quisesse ligar um dado resultado ao concreto agir humano, configurar uma sequência causal e fazer emergir o

depondo no sentido da não oposição entre os termos da responsabilidade e uma impostação causal e determinista do mundo. Veja-se do autor, igualmente, “Responsibility and self-expression”, *The journal of ethics*, vol. 3, nº4, 1999, p. 277-297, onde expõe e concretiza os dois modelos da *moral responsibility*) para concluir que ela não co-envolve diversas alternativas de acção, aderindo ao que designa ser *a self-expression view*).

¹⁰⁵⁴ Dir-se-ia mesmo que neste ponto terá sido determinante o influxo das ideias cristãs e da liberdade que, por meio delas, é reconhecida ao ser humano.

¹⁰⁵⁵ Sobre o ponto, cf., ainda, THIMOTHY O’CONNOR, “Free Will”, *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, www.plato.stanford.edu/archives/spr2006/entries/freewill, 2006. Questionando o verdadeiro sentido da liberdade e do livre arbítrio, o autor entra em diálogo com as posições deterministas e indeterministas acerca do mundo. Assim, enquanto alguns consideram que a liberdade é compatível com o determinismo, outros sustentam que ela só é realizável num contexto indeterminista, isto é, num contexto em que seja possível pressupor uma actuação diversa tendo em conta o passado exactamente como ele é. Entra, pois, em cena a ideia de causalidade, porquanto ela implique a problematização da existência ou não de influências causais externas nas escolhas de cada um. Sistematizando o largo espectro de pensadores que se debruçaram sobre a temática, O’CONNOR sumariza três grandes posições: 1) *noncausal account* (controlo a minha vontade pelo simples facto de ser minha, pelo que, pese embora possa haver interferências externas, elas não são determinantes); 2) *event-causal account* (as razões influenciam as escolhas porque as causam, sendo por isso, na ausência de determinismo causal, livres); 3) *agent causation* (a liberdade consiste numa forma de causalidade do próprio ser humano).

Sobre o ponto, veja-se, igualmente, ISABEL BANOND, “Notas acerca da liberdade e o livre-arbítrio no pensamento setecentista oitocentista”, ... cit., p. 8, considerando o pensamento de HOBBS e a compatibilização que o autor opera entre a liberdade e o determinismo.

nexo de causalidade como um dos pressupostos de procedência de uma pretensão levada a juízo, segundo um esquema dogmático que juridicamente mais não fazia do que beber os postulados filosóficos que estamos – em moldes impressionistas¹⁰⁵⁶ – a descrever¹⁰⁵⁷.

E eis que surge, então, a liberdade como fundamento da responsabilidade^{1058 1059}

1060

¹⁰⁵⁶ Corremos, como tal, o risco de não ser totalmente fiéis à sincronia do pensamento filosoficamente cunhado na matéria. Julgamos, contudo, que o objectivo a que nos propomos, agora, justifica a abordagem preconizada.

¹⁰⁵⁷ Cf. ANTONY HONORÉ, “Principles and values underlying the concept of causation in law”, *Causation in Law and Medicine*, edited by IAN FREKELTON and DANUTA MENDELSON, Ashgate, Dartmouth, 2002, p. 3-13. O autor fala de três diferentes valores: 1) *causation*, operativa no mundo externo; 2) *responsibility*, que tem a ver com a identidade pessoal; 3) *liability*, que lida com a *adjudication*. Segundo ele, a responsabilidade humana permite operar a ligação da causalidade à lei. O conceito de causa vem, neste quadro, decidir o que é que a conduta da pessoa modifica, mostrando-se, no seu entendimento, imprescindível, já que permite reconduzir os *outcomes* à história pessoal de cada um, garantindo, dessa forma, que o indivíduo ganhe sentido enquanto tal. Saliencia, porém, HONORÉ que nem toda a causação de um dano gera responsabilidade, sendo diferentes os valores que lhe subjazem relativamente àqueles que informam a *liability* [cf. p. 7-10]. Esta surge imbuída do sentido de justiça, impondo-se a verificação de três condições: a) conhecimento da possibilidade de sanção; b) proporcionalidade dela em relação à falta cometida; c) prova da conexão entre o dano e a conduta. Com o que redundamos, no quadro da explicitação oferecida pelo autor, novamente na causalidade, interessando, então, segundo o seu pensamento, saber em que medida o conceito causal juridicamente relevante se afasta ou não daquelo outro homologamente utilizado no seio das ciências ditas exactas e mais especificamente da medicina, dado o diálogo entretido nas páginas que se citam.

Veremos, posteriormente, em que medida se torna criticável a bipartição que implicitamente vai ínsita no discurso do autor.

Sobre a ideia de *responsibility for outcomes* (p. 4), cf., *infra*, com maior desenvolvimento, o pensamento dos autores que a forjam.

Por ora, v., ainda, para uma compreensão dos diversos sentidos com que a expressão pode ser encarada e os diferentes fundamentos que a alicerçam, STEPHEN PERRY, “Tort Law”, ... cit., p. 76 e ss. Duas são as principais concepções postas em diálogo: a) *libertarian conception*, a redundar numa doutrina de *strict liability*, porquanto o fundamento da responsabilidade seja tão-só a ideia de que, se uma pessoa decide actuar, ela obtém todos os proventos dessa conduta e é totalmente responsável pelos danos que sofra ou possa causar (o nóculo central dos autores que propõem esta visão é a ilegitimidade de uma redistribuição forçada dos ganhos, e os danos gerados passam a ser entendidos como custos da actuação), que estaria, segundo o autor, no epicentro argumentativo da posição de EPSTEIN; b) *avoidability-based conception of responsibility for outcomes*, a implicar a previsibilidade do resultado e a controlabilidade do mesmo e, a par disso, um juízo de valoração acerca da conduta do agente (cf. p. 77).

Sobre o ponto, veja-se, ainda, STEPHEN PERRY, “The moral foundations of tort law”, ... cit., p. 494 e ss.; “Responsibility for outcomes, risks, and the law of torts”, *Philosophy & U.S. Tort Law*, G. POSTEMA (Ed.), Cambridge University Press, Cambridge, 1999, p. 57-79

Para uma análise comparatística entre a ideia dos *outcomes responsibility* e uma ideia causalista de responsabilidade, cf. ARTHUR RIPSTEIN, *Equality, Responsibility and the Law...* cit., p. 98. Aspecto comum entre ambas é focarem-se no modo como as coisas acontecem no exterior (a *exterioridade* que apontámos noutra parte e que obsta a algumas das soluções que iremos forjar); entre os aspectos dissonantes encontramos o pendor ético do raciocínio baseado nos *outcomes*, na medida em que as consequências da acção passam a ser parte integrante da conduta humana, e a particularidade de, para alguns autores como PERRY, a previsibilidade assumir um papel cimeiro no modelo delitual, convocando-se, em simultâneo, uma ideia de controlabilidade dos eventos.

Veja-se, ainda, na obra citada, p. 105, o testemunho do autor vincando a sua perspectiva relacional dos *outcomes responsibility* a impor a consideração da previsibilidade em termos de razoabilidade (tal explicaria, por exemplo, por que razão pode haver responsabilidade do agente diante das vítimas particularmente sensíveis, considerando que só essa visão relacional combinada com a ideia de *risk ownership* – a justificar que certos interesses alheios devam ser considerados pela conduta pessoal – permite explicar porque é que as fronteiras da razoabilidade podem ser dadas pelas capacidades alheias).

Mas esta era uma liberdade concebida do ponto de vista exterior, como ausência de qualquer constrição ou vinculação. Herdeiros do tempo em que foram edificados, os sistemas positivos de responsabilidade civil pressupunham-na como liberdade negativa e relegavam-na, tal como pórtico de justificação da arquitectura traçada, para um plano etéreo não conformador da real normatividade. Mais do que isso, ela era o *a priori* que, consciente ou inconscientemente, tornava pensável a responsabilidade. Mas, uma vez admitida esta em termos macroscópicos, na polarização individualista, acabaria por funcionar como um limite à própria liberdade, então vista em moldes meramente negativos.

Havia, portanto, um antes e um depois na racionalização responsabilizante. Na exacta medida em que, uma vez postulada aquela liberdade, ela contaminava a juridicidade daquele prisma negativista. Garantida sob a forma de direitos de liberdade, estes passam a ser vistos como direitos em face de e a isolar o homem no seu reduto intransponível. E a responsabilidade tematiza-se segundo o prisma da salvaguarda desses bens essenciais, deixados livres de qualquer interferência exterior. O *neminem laedere* na sua expressão jusracionalista outra coisa não representa senão a afirmação do que aqui vem patenteado. E quando, aliado ao iluminismo, coloca o acento tónico na legalidade formal e resvala no positivismo, a ideia central passa a ser a da liberdade – negativa, entenda-se –, pelo que a responsabilidade, só pensável através daquela, é então encarada como um limite que se lhe impõe, em nome da liberdade do outro^{1061 1062}.

¹⁰⁵⁸ Numa referência a outros contextos culturais, nos quais a responsabilidade vai pensada de forma desencarnada da liberdade, avultando num mundo totalmente determinado, cf. HENRI ATLAN, “Os níveis da ética”, *Uma mesma ética para todos?*, (dir. JEAN-PIERRE CHANGEUX), Instituto Piaget, 1997: “é elucidativo confrontar a filosofia moral clássica, em que a responsabilidade se não concebe sem livre arbítrio, filosofias antigas mais complexas, como o estoicismo ou o espinosismo, em que uma ética da responsabilidade e mesmo da liberdade permanece concebível, se bem que diferentemente, num mundo totalmente determinado, onde o livre arbítrio não seria no limite senão uma ilusão”.

Cf., ainda, a este propósito, MANUEL CRUZ, “Los filósofos y la responsabilidad moral”, *Responsabilidad en el derecho, Anuário da Faculdade de Direito da Universidade Autónoma de Madrid*, 4, 2000

¹⁰⁵⁹ Cf. JUDITH MARTINS-COSTA, “Bioética e Dignidade da Pessoa Humana: Rumo à Construção do Biodireito”, *Estudos de Direito da Bioética*, vol. 2, Almedina, Coimbra, 2008, p. 99. Analisando o impacto da pressuposição da Pessoa no mundo do Direito, a autora salienta a centralidade dogmática do princípio da dignidade da pessoa humana e evidencia diversas projecções dele, entre as quais encontramos o “princípio da responsabilidade como necessária contrapartida da autodeterminação”, propondo que, por essa via, se re-equacionem “os casos de responsabilidade médica, por exemplo, por danos derivados da indevida divulgação de dados relativos ao paciente (...)”.

¹⁰⁶⁰ De forma ampla, acerca da ligação entre a liberdade e a responsabilidade, cf., *inter alia*, YVONNE LAMBERT-FAIVRE, “L’éthique...”, ... cit., p. 2 e ss.; SAVATIER, “Le dommage et la personne”, *Recueil Dalloz*, 1955, chr., p. 5 e ss.; PHILIPPE LE TOURNEAU, “La verdeur de la faute ...”, ... cit., p. 505; CHRISTOPHE QUÉZEL-AMBRUNAZ, *Essai sur la causalité...*...cit., p. 239 e ss.; CASTANHEIRA NEVES, “Pessoa, Direito e Responsabilidade”... cit.;

¹⁰⁶¹ Cf., neste sentido, a impressiva resenha legada por CASTANHEIRA NEVES, “Pessoa, Direito e Responsabilidade”, ... cit., p. 21.

E assim se percebe a fragilidade dos alicerces da construção moderna. Pois que ela esquece por completo o fundamento onde se louva e transforma, sem apelo a uma concreta dialéctica que o justifique, o fundamentado em limite do próprio fundamento. Ao que se alia o ficcionismo da impositação individualista, obnubiladora do contexto de realização plena do homem enquanto tal¹⁰⁶³.

Com o que se afigura pertinente a dúvida magistralmente transposta para a fórmula escrita por KAUFMANN, quando indaga “não se deverá optar afirmando ou que o homem é livre ou que o homem não é livre, *tertium non datur?*”^{1064 1065}.

¹⁰⁶² Considerando errado o discurso que simbioticamente liga o problema da oposição entre liberdade e determinismo no plano do ser ao problema da liberdade social e civil, de que a liberdade política seria expressão e, em certa medida, como decorrência dela, a liberdade civil, cf. STUART MILL, *Sobre a liberdade*, Edições 70, Lisboa, 2006, p. 27.

Distinguindo a vontade filosófica da vontade política, cf., ainda, HANNAH ARENDT, *Responsabilidade e Juízo*, Dom Quixote, Lisboa, 2004, tradução de MIGUEL SERRAS PEREIRA, p. 103.

Vide, igualmente, CABRAL DE MONCADA, *Filosofia do Direito e do Estado, II – Doutrina e Crítica*, Coimbra Editora, Coimbra, 1995, p. 37. Afirma o autor que não pode haver valores, nem normas, nem dever-ser sem haver liberdade. “Só para uma consciência livre faz sentido dizer que uma coisa vale e deve ser”. Mas alerta que, com esta verdade apodíctica, não pretende tomar partido em questões tão complexas como a liberdade moral (ou livre arbítrio) ou a liberdade política.

Não cremos, porém, cometer nenhuma incorrecção ao articularmos o pensamento da forma que o fizemos. De facto, uma das características do período moderno a que perfunctoriamente aludimos é a mudança do radical *humús* da *realitas*. Como diz CASTANHEIRA NEVES, “Pessoa, Direito e Responsabilidade”, ... cit., p. 21, “o contexto deixa de ser axiológico-ético para ser político (o político também então libertado que encarnaria em il *stato*) e o quadro determinante, como a racionalidade prática, passaram naturalmente a ser jurídicos – o homem voltou-se em *homo juridicus*”.

¹⁰⁶³ Cf. CASTANHEIRA NEVES, “Pessoa, Direito e Responsabilidade”, ... cit., p. 17: “depois que foi abandonada a integração comunitária, o homem moderno viu-se solitário e vazio (...), viu-se na posse de uma liberdade de pensamento e de acção de que não sabia usar, porque referida a nada para além de si, e então o que sentiu foi medo dessa liberdade e não tardaria a procurar mecanismos de fuga que o desonerassem, fosse o autoritarismo, fosse o anonimato dissolvente das diversas socializações, decerto não integrantes mas racionalmente organizativas e funcionalmente eficazes”.

Cf., ainda, FARIA COSTA, “A linha. Algumas reflexões sobre a responsabilidade em um tempo de técnica e de bio-ética”, *Liber Amicorum para Miguel Baptista Pereira*, Fundação Eng.º António de Almeida, Porto, 1999, p. 403 e ss. Fala o autor de um modelo de responsabilidade clássico, assente na causalidade e individualidade e constituído por três elementos (sujeito responsável, instância moral ou institucional perante a qual se responde e a natureza do nexa de responsabilidade que liga aqueles dois domínios), impondo-se a presença de um “nexa de causalidade entre o agir ou omitir humanos, que se estrutura, necessariamente, em uma vontade livre, e o resultado desvalioso ou valioso que se queria evitar ou prosseguir (...). O centro de imputação é o homem na sua mais pura e descarnada individualidade” (p. 404). E contrapõem-no a um modelo actual, porquanto seja impossível continuar a defender o passado: “não só a individualidade se estilhaçou em plúrimas individualidades com dignidades iguais como, por outro lado, os resultados se não cristalizam em efeitos imediatamente visíveis no futuro presente” (p. 405).

Sublinhe-se, portanto, a não perfeita coincidência entre a superação do individualismo tal como a concebemos e o posicionamento de FARIA COSTA na matéria, tanto mais que, em nota de rodapé, acrescenta não ter o *individuus* deixado de o ser onto-antropologicamente.

¹⁰⁶⁴ KAUFMANN, *Filosofia...* cit., p. 352.

¹⁰⁶⁵ Cf., SARAH BUSS, “Personal Autonomy”, *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, www.plato.stanford.edu/archives/win2002/entries/personal-autonomy, 2002. A autora apresenta diversos requisitos para que se possa falar de autonomia. Entre eles, considera a *responsiveness to reasons*, o qual levanta, segundo o seu testemunho, inúmeros problemas. Assim, se A matar B está a actuar autonomamente? É esta a pergunta que serve de pórtico de entrada a uma série de desenvolvimentos. Diz SARAH BUSS que não há aqui *responsiveness*, posto não ter havido legitimação dos motivos. Trata-se de

É que, se quisermos idealizar – em termos injustificadamente simplistas, reconhece-se – o processo cultural, poder-se-ia supor que, aceite a liberdade como contrapeso do determinismo, ela viria a ser realçada pela vertente negativa de ausência de coacção externa. Só que, contrariamente ao postulado pelo pensamento iluminista que, a tantos ensejos, ainda domina o espectro do pensamento ocidental, não temos de ser condenados a essa dualidade primariamente patenteada.

Ou, e voltando a KAUFMANN, “a questão está mal colocada. Na distinção livre/não livre não estão em causa dois contrários ou uma disjunção excludente (“ou... ou...”), mas sim uma disjunção não excludente, que admite um “terceiro”, um termo intermédio”, pois que “a liberdade como autonomia, (...) no sentido de uma liberdade de agir segundo o imperativo, não exclui e antes pressupõe uma determinação”.

E em certo sentido o autor vai mais longe, sustentando que determinismo e indeterminismo não são antagónicos, mas dois modos de perspectivar o que acontece¹⁰⁶⁶. É que, para ele, a liberdade totalmente negativa, mais do que irrelevante em termos jurídicos, afigura-se sem sentido. “Mesmo onde existe uma escolha livre, ela é sempre uma escolha motivada e não sem quaisquer fundamentos”, diz-nos¹⁰⁶⁷. E mais acutilantemente refere que “essa liberdade absoluta seria totalmente indeterminada e sem valor, excluindo por isso *a limine* o agir ético, a responsabilidade e a culpa”^{1068 1069}.

uma *reasons-responsive conception*, nos termos da qual, e continuando a acompanhar a lição da autora, uma pessoa não se governa a si mesma, excepto se os seus motivos forem caracterizados pela *responsiveness*, implicando uma capacidade para analisar os seus motivos e de auto-transformação se se encontrarem boas razões para tal. Opõe-se, desta feita, ao que a autora cunhou de *coherentist conception*, a envolver uma atitude reflexiva e a aceitação dos motivos pessoais, com os quais o agente se identifica, acreditando que fazem sentido.

Duas notas se impõem. Uma, para sublinhar que para a autora nenhuma particular atitude é essencial para a acção autónoma, prescindindo-se, inclusivamente, de um princípio de autonomia para guiar o agente. Outra para lançar uma interrogação. Será que podemos dizer que a responsabilidade é uma forma de actualização da responsividade? Nesta medida não existiria uma limitação da liberdade, mas uma mutação de um dos seus predicados, em ordem a garantir a sua própria autonomia.

Veja-se, ainda, para outros desenvolvimentos, THIMOTHY O’CONNOR, “Free Will”, ... cit.. O autor entende que o livre arbítrio visto como a possibilidade de escolher entre várias alternativas de acção é insuficiente, porque ao alcance do comportamento de animais, isto é, agentes não moralmente responsáveis, propondo por isso a substituição da tese minimalista baseada na mera *voluntas* e aduzindo a imperiosa consideração da capacidade de ajuizamento dos fins como característica predicativa do ser humano. Adianta, mesmo, que para alguns pensadores a liberdade envolve a libertação dos desejos. Assim no pensamento cristão, onde a liberdade só é pensável na abdicação do desejo individual para se abraçar a vontade divina. SÃO TOMÁS DE AQUINO terá mesmo sustentado que a natureza humana determina que o homem aja para assumir certos fins ordenados ao bem, consistindo a liberdade na possibilidade de eleger de entre vários caminhos para os alcançar.

¹⁰⁶⁶ Cf. KAUFMANN, *Filosofia...*, cit., p. 359, nota 5.

Cf., ainda, acerca do diálogo entre determinismo/indeterminismo e responsabilidade, PETER CANE, *Responsibility in law and morality*, ... cit., p. 23 e ss.

¹⁰⁶⁷ KAUFMANN, *Filosofia...*, cit., p. 359.

¹⁰⁶⁸ KAUFMANN, *Filosofia...*, cit., p. 359. O autor chega mesmo a equipará-la com a “total falta de referência, a despreocupação pelo destino, o isolamento, o desamparo, o alheamento do mundo”. E afirma

Há no pensamento do autor uma directa inspiração na filosofia kantiana, que o próprio aliás expressamente revela. Com efeito, para o filósofo idealista germânico, a liberdade é posta na dependência do cumprimento do imperativo categórico. O homem é livre não quando, à deriva, vai agindo instintivamente, mas quando, guiado pela razão prática, faz da sua vontade a instância que dita as regras de conduta¹⁰⁷⁰. Acontece que a vontade a que se alude está sujeita, para que essa liberdade seja alcançada, à moralidade, ou dito de outro modo, deve agir segundo a sua máxima de tal modo que ela possa ser convertida em lei universal^{1071 1072 1073}.

impressivamente “chamamos sim livre àquele que, por força da sua razão, decidiu reflectidamente. A liberdade é liberdade para a autodeterminação responsável, é autonomia”.

¹⁰⁶⁹ Sobre o conceito de liberdade, para além das referências bibliográficas citadas em particular, sempre que tal se afigure pertinente na condução do discurso, cf., *inter alia*, ISAIAH BERLIN, “Dois conceitos de liberdade”, *A Busca do Ideal: Uma antologia de ensaios*, Editorial Bizâncio, Lisboa, 1998, p. 243 e ss.; JONATHAN WOLFF, “O lugar da liberdade”, *Introdução à Filosofia Política*, Gradiva, Lisboa, 2004, capítulo 4; H. FRANKFURT, “Freedom of the will and the concept of a person”, *Journal of Philosophy*, 68, 1971, p. 5-20; GERALD DOPPET, “Is Rawls’s Kantian Liberalism Coherent and Defensible?”, *Ethics*, 99, 1989, p. 815-851.

¹⁰⁷⁰ Criticando a tradição alemã de polarização da liberdade na vontade do homem, cf. ANTÓNIO BRAZ TEIXEIRA, *Sentido e valor do direito. Introdução à filosofia jurídica*, 3ª edição, revista e aumentada, Imprensa Nacional Casa da Moeda, Lisboa, 2006, p. 132 e ss. Afirma, aí, o autor que, “diversamente do que tende a pensar a filosofia germânica, fruto da identificação secular de alma e espírito, da esfera do psíquico e do mundo espiritual, a liberdade não pode confundir-se ou identificar-se com a vontade, já que esta é mera condição ou meio de expressão, actuação ou projecção exterior da liberdade ou de certos aspectos ou formas de liberdade, do mesmo modo que esta não pode reduzir-se a possibilidade de escolha, de opção ou de decisão. Como actividade do espírito, a liberdade tem dois vectores ou dois sentidos essenciais: o do conhecimento, orientado para a verdade, e o do agir, norteado pela Justiça, pelo Bem e pelos demais valores éticos. (...) O espírito caracteriza-se assim, antes de mais, pela sua radical e essencial liberdade, entendida esta no sentido do conhecimento e da avaliação, escolha e decisão”.

A propósito da posição expendida pelo autor, importa considerar algumas notas.

Em primeiro lugar, saliente-se o pendor filosófico estrito das palavras de BRAZ TEIXEIRA, a justificar que não tomemos posição – porque estranha à perspectiva por nós assumida – acerca da querela que divide a compreensão da liberdade colimada na vontade ou no espírito.

Por facilidade argumentativa, referir-nos-emos à vontade, tornando de certo modo mais compreensível o discurso. Sem que tal, porém, nos condene a uma mera ponderação entre alternativas de acção para aí encontrarmos a essência da liberdade. Pois que, como veremos, a opção em que aquela se projecta não poderá deixar de ser animada pela pressuposição de um sentido de valor que materialmente a fundamente. Onde, afinal, quer se remeta a liberdade para a vontade, quer se compreenda a mesma por referência ao espírito, a concepção que abraçamos se afasta da impostação moderna do tema.

¹⁰⁷¹ Cf. KANT, *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*, Textos Filosóficos, Edições 70, 1992, tradução de PAULO QUINTELA.

Interpretando o pensamento kantiano no sentido de dele extrair o suporte da afirmação de uma liberdade positiva, isto é, positivamente fundada na razão prática, “ou seja, como condição da moralidade da intenção prática”, cf. KAUFMANN, *Filosofia...* cit., p. 361. Refira-se, aliás, que, na exposição da sua concepção de liberdade, o autor afirma expressamente não ser a liberdade aquilo que os modernos pensaram.

Para o pensamento moderno, arauto do liberalismo, a liberdade – estribada no indivíduo – era vista de um prisma meramente negativo (cf., a este propósito, Lucien Jaume, *L’individu effacé ou le paradoxe du libéralisme français*, Fayard, Paris, 1997 e *La liberté et la loi. Les origines philosophiques du libéralisme*, Fayard, Paris, 2000). Mas a visão libertária da liberdade não se confina ao passado, apresentando, actualmente, um peso específico grande. Teremos oportunidade de, em texto, questionar a impertinência de tal impostação. Salientem-se, por ora, meras referências paradigmáticas dessa visão, sem que elas mesmas esgotem o elenco do quadro teórico de tematização da *libertas*.

Assim, STUART MILL, *Sobre a liberdade...* cit., p. 106, onde transparece a ideia da liberdade apenas limitada pelo confronto com a esfera de liberdade alheia (“A liberdade do indivíduo tem de ter essa limitação; não pode prejudicar as outras pessoas”). Aliás, o objectivo primacial da obra do autor é argumentar no sentido de que o Estado só tem legitimidade para actuar quando em causa esteja a necessidade de evitar que alguém cause um dano a outro indivíduo (cf. p. 159 “(...) o indivíduo não é responsável perante a sociedade pelas suas acções caso estas não digam respeito aos interesses de qualquer outro indivíduo senão ele mesmo”). E adiante – p. 160 – refere que “o indivíduo é responsável pelas acções que são prejudiciais para os interesses dos outros”, mas “de modo algum se deve supor que, dado que só o dano – ou a probabilidade elevada de haver dano – pode justificar a interferência da sociedade, isso significa que justifique sempre tal interferência”).

Por aqui se vê, desde já, que em termos jurídicos o conceito de liberdade negativa se mostra imprestável para compreender a normatividade. Não é ele que se desvela, de facto, em soluções plasmadas pelo legislador como sejam as que se prendem com os limites impostos à validade do consentimento em caso de limitação voluntária dos direitos de personalidade. Nesse sentido, cf. artigo 81º CC. A apurada intelecção da relação entretecida entre o conceito de direito subjectivo e a de liberdade será considerada *infra*. Por ora, e como já explicitámos, consideraremos a liberdade enquanto princípio normativo.

Refira-se, apenas, que a limitação da responsabilidade a que o autor alude não é por nós inconsiderada. Há razões fortíssimas para, através da adequada compreensão do peso específico de certos princípios modeladores do sistema, se advogar tal restrição. Designadamente pensamos em todos aqueles que modelam a própria sociedade e o mercado de livre concorrência. Mas tal não nos faz resvalar no pólo oposto da configuração do sistema delitual com base no cotejo de esferas de acção contraditórias. Sobre o ponto, e para se compreender algumas das implicações que uma diversa coloração do pressuposto fundamentante do instituto pode ter em termos práticos, cf. MAFALDA MIRANDA BARBOSA, *Liberdade versus responsabilidade...* cit., p. 86 e ss. Se aí explicitámos a importância prático-normativa da transcendência da norma pelos princípios em que se louva em sede de ilicitude, quedar-nos-emos agora na matéria da causalidade, onde, salvo erro, estaremos em condições de argumentativamente mostrar que as *nuances* com que cobrimos a liberdade e a ela acedemos metodologicamente não deixam intocáveis o recorte concreto do requisito indemnizatório.

Também se afigura, como se percebe desde já mas se compreenderá mais profundamente quando concatenarmos a essência da liberdade positiva com a pessoalidade do ser humano, errónea a mensagem veiculada por FERNANDO PESSOA no seu *Livro do desassossego*. De facto, não pode ser a liberdade vista como a possibilidade de isolamento, ao ponto de fazer do ermitão humilde um ser maior que os reis.

A este propósito, cf. CASTANHEIRA NEVES, *O “jurisprudencialismo” – proposta de uma reconstituição crítica do sentido do direito* (inédito), p. 24 e ss.: todas as civilizações conheceram “capitais polaridades referenciais” que são “os agónicos matizes culturais dessas épocas e de compreensão do homem nelas”. Para os gregos, a determinante polaridade cultural era a de o Ser e a tragédia; para o homem medieval (e também para todo o bíblico Cristianismo e também o actual) foi a de Deus e do pecado; a da modernidade a do homem e a ciência; e a nossa actual, a da liberdade e o sentido. O nosso tempo é, segundo o diagnóstico do pensador, caracterizado por diferentes mortes: a morte de Deus (Nietzsche), a morte da história (Fukuyama), a morte da responsabilidade (Perry Anderson), a morte da consciência na sua explicativa redução bio-psicológica (Freud), a morte do próprio homem (Foucault). E isso leva-o a questionar (p. 27): “mortes todas essas para que viva o quê?” Para que viva a liberdade. Só que “essa liberdade consequente ao vazio não pode ser ela mesma uma abertura vazia - o que seria uma liberdade de absurdo e que desse modo a si mesma se negaria – assim como não será, em alternativa, a da vontade absoluta da autonomia incondicional que em si mesma assuma o infinito (...), já que nessa liberdade (...) também menos o homem autenticamente se reconheceria, pois o homem só o é na sua existência, no ser e na história, pelo transcender-se a algo convocante com que dialogue na procura da resposta às perguntas fundamentais”. Mais explicitamente, CASTANHEIRA NEVES diz-nos que “a liberdade não a podemos compreender hoje como a mera disponibilidade de um vazio residual e redutor que como tal nos anulasse, mas como a abertura convocada e responsabilizada por referências transcendentais que nos realizem na nossa humanidade. Pela proclamação das mortes referidas, e seja ou não fundada essa proclamação, não se pretenderá que regressemos radicalmente a nós para aí ficarmos vazios e sim para nos abriremos sem obstáculos à possibilidade dessa nossa realização (...). O sentido e os sentidos não os temos de compreender como meras criações humanas e de que o homem de todo disponha (...), antes o vemos (...) como respostas humanas histórico-culturais humanas, ao apelo absoluto da Transcendência”.

Sobre a impossibilidade psíquico-vital de o homem viver no isolamento atomista, cf. REIS MARQUES, *Introdução ao Direito...* cit., p. 17 e ss. (“Daí que ser homem seja viver entre os outros homens, seja viver dentro da sociedade como concidadão. A necessidade de entendimento e a interdependência recíproca exigem uma cooperação mútua que é o resultado de um processo social dinâmico”). Não vai por

Nem só em KANT, porém, se alicerça a dimensão positiva da liberdade^{1074 1075}. Se, na divisão entre o fenoménico e o numénico, ela fica reservada para o segundo e se realiza na prossecução de máximas que se transformem em leis universais, com a dialéctica hegeliana, a liberdade – positivamente entendida – encontra a sua expressão nas instituições culturais – família, sociedade civil, Estado – em que se efectiva. Conforme salienta SCHAPP, na explicitação da categoria ética no pensamento do autor, “à pessoa oferece-se, nas instituições, uma multiplicidade de possibilidades de escolha, de tal maneira que a orientação valorativa das acções nas instituições é acompanhada pela liberdade de eleição”¹⁰⁷⁶.

nós pensada esta inserção comunitária em termos de adjacência de individualidades opostas, mas de abertura dialogante entre iguais. Para o autor, “existe uma natural tensão entre a individualidade e a sociabilidade, entre um impulso dirigido à livre expansão da personalidade e um conjunto de condições que determinam aquela comunhão de vida regulada”).

Para uma qualificação da posição de STUART MILL no quadro do liberalismo utilitarista, cf. KAUFMANN, *Filosofia...* cit., p. 258 e ss.

¹⁰⁷² Explicitando não só a dicotomia encontrada no pensamento Kantiano entre liberdade em sentido positivo e liberdade em sentido negativo como também a forma como as duas dimensões se imbricam no pensamento do autor, cf. JAN SCHAPP, *Derecho Civil ...* cit., p. 33 e ss. Salienta-se, aí, a partir da distinção entre a dimensão animal e racional do homem, que, enquanto o primeiro está sujeito à lei da causalidade, pelos seus instintos, o segundo age segundo os seus fins, orientado pela máxima da sua razão, de tal forma que ela se converta em lei universal, sendo por isso livre. A liberdade em sentido negativo apenas representa a liberdade de arbítrio e de coacção dos demais. Mas, quem é negativamente livre é também destinatário do imperativo categórico e com isso livre em sentido positivo.

E num outro prisma, segundo SCHAPP, a liberdade moral kantiana é, também, uma liberdade negativa, na medida em que independente da determinação através dos instintos sensíveis.

Cf., também, do autor “Über die Freiheit im Recht”, *Archiv für die civilistische Praxis*, 192, Heft 5, 1992, p. 355 e “Über Freiheit, Moral und Recht”, *Juristenzeitung*, 50, Heft 1, 1995, p. 15 e ss.

Cf., para maiores desenvolvimentos sobre o ponto, BERTRAM KIENZLE, “Una concepción kantiana de la causalidad a partir de la libertad”, *Seminário da Escuela de Derecho de La Universidad Di Tella el 24 de marzo de 1997*, 1998, p. 20 e ss.

¹⁰⁷³ Referindo-se ao imperativo categórico kantiano e negando que ele possa fundar uma ordem de justiça normativa, cf. KELSEN, *A Justiça e o Direito Natural...* cit., p. 56 e ss.

¹⁰⁷⁴ Para uma análise da influência da concepção de liberdade kantiana na modelação do Estado moderno e na juridificação do direito à liberdade, cf. WRIGHT, “Right, Justice and Tort Law”, ... cit., p. 164-165.

Cf., ainda, acerca da importância do pensamento kantiano na compreensão moderna da responsabilidade, SIMONE GOYARD-FABRE, « Responsabilité morale et responsabilité juridique selon Kant », *Archives de Philosophie du droit*, nº22, *La responsabilité*, Editions Sirey, 1977, p. 113-129

¹⁰⁷⁵ Cf., a este ensejo, G.C. MACCALLUM, “Negative and Positive Freedom”, *Philosophical Review*, 76, 1967, p. 314 e ss.

¹⁰⁷⁶ Cf. JAN SCHAPP, *Derecho Civil...* cit., p. 40. Cf., também, do autor, “Die Grenzen der Freiheit”, *Juristenzeitung*, 12, 61. Jahrgang, 2006, p. 581 e ss. A controvérsia entre KANT e HEGEL acaba por resvalar na actual oposição entre liberalismo e comunitarismo, sendo importante, segundo a visão de SCHAPP, procurar compreender outros contributos, designadamente o modelo platónico de limitação da liberdade e a doutrina cristã. Aquele modelo platónico implica que seja dada atenção à limitação do desejo e da razão. Segundo PLATÃO, o desejo e a paixão tendem para o excesso, dominados que são pela vontade de se ter sempre mais, competindo à razão a missão de prevenir e combater tais consequências, para o que chama a depor a virtude da prudência, que só se atinge com a sabedoria. Este modelo acaba por se dissolver noutros. Com o Cristianismo, a Pessoa é transformada pela Fé, passando o homem a ser livre em Deus e por meio de Deus.

A estrutura dialéctica do pensamento hegeliano afasta-nos da negatividade do agir livre, para nos encaminhar para a afirmação da liberdade como indissociável de uma conduta orientada valorativamente.

E é esta nota de orientação valorativa da conduta que não podemos deixar de sublinhar, exactamente porque é ela que nos permitirá afastar decisivamente da concepção de liberdade tal como ela vinha pensada pelos modernos^{1077 1078}.

Na verdade, quer se colime na vontade, quer se imbrique no espírito, a liberdade positiva concretiza-se, não pelo afastamento dos demais relativamente à nossa esfera de domínio, mas pela possibilidade de autodeterminação, isto é, de, optando entre diversas alternativas de acção, elevarmo-nos ao estatuto de definidores do rumo que seguimos. Dito de um modo mais directo, damos a nós mesmos as nossas regras, que, em última

¹⁰⁷⁷ Advirta-se, porém, que no período moderno a liberdade não vinha pensada em termos de puro arbítrio. Como alerta CASTANHEIRA NEVES (cf. “Pessoa, Direito e Responsabilidade”, ... cit., p. 20), ela “assimilaria a razão e se especificaria em direitos naturais”, sendo, portanto, vista como “categoria nova que à autonomia identificava o livre arbítrio, a autodeterminação em último termo da *res cogitans*”.

A entrada em cena do sujeito transcendental kantiano – com a conseqüente desvinculação dos condicionamentos do mundo físico – não depõe, portanto, por si só no sentido da matização eticamente conformada da liberdade a que o autor alude, tudo dependendo, como se perceberá, da interpretação que se derrame sobre o seu pensamento. Pessoa ou indivíduo serão pois os pólos de dilucidação do modo como olhamos para o ser livre. E a verdade é que, tal como aduz CASTANHEIRA NEVES (cf. “Pessoa, Direito e Responsabilidade”, ... cit., p. 33), KANT não distingue o sujeito da pessoa e “o primeiro é uma entidade antropológica, o segundo é uma aquisição axiológica”.

A este propósito, veja-se, ainda, RENÉ DESCARTES, *Meditações sobre Filosofia Primeira*, Almedina, Coimbra, 1992, p. 172. O autor define o livre arbítrio como o poder de “fazer ou não fazer uma coisa (isto é, afirmar ou negar, seguir ou evitar), ou melhor, apenas em que para afirmar ou negar, seguir ou evitar, aquilo que o entendimento nos propõe, nos comportamos de modo a não nos sentirmos determinados a isso por nenhuma força exterior”. Mas acrescenta que “porque não é preciso, para que eu seja livre, que me possa inclinar pró e contra cada um dos dois lados, mas ao contrário, quanto mais propendo para um, ou porque conheço com evidência que nele se encontra o verdadeiro e o bem, ou porque Deus dispõe assim o íntimo do meu pensamento, tanto mais livremente elejo” (cf. p. 173).

Analisando o pensamento do filósofo a propósito do conceito de liberdade, cf. ISABEL BANOND, “Notas acerca da liberdade...”, ... cit., p. 13: “(...) apreciando e defendendo no início a liberdade indiferente, [acaba] por entender que nem mesmo será necessário o recurso à mesma, na medida em que no pressuposto de se saber *a priori* o que é bom ou mau, a escolha nem tão pouco se justifica. O grau de Liberdade ultrapassaria os limites da indiferença, que nem sequer teria sentido em existir. Tomar consciência é impor um sentido; por isso a consciência humana é a terra natal da Liberdade, aí acantonada e por essa via incompleta. Deus e apenas Ele pode ser completamente livre”.

Da autora, apreciando no mesmo ensejo o pensamento de PUFENDORF, cf. p. 28 e ss.

¹⁰⁷⁸ Advirta-se, ainda, que com a asserção inscrita em texto não pretendemos anunciar qualquer abertura ao acolhimento globalizante das doutrinas neo-hegelianas, de que o ordinalismo concreto é expressão, para o qual o direito é perspectivado como uma ordem concreta, expressão sintética e ontológica da normatividade e da realidade. Afirma, simultaneamente, quer a dimensão histórica do direito, quer a sua dimensão axiológica. Consegue-o pela superação hegeliana da dualidade entre ser e dever ser, a permitir a definitiva problematização do jurídico como a ideia ética imanente a uma comunidade concreta. No fundo, a própria realidade levava ínsita uma determinada norma que vincularia o comportamento dos indivíduos.

Percebe-se, na enunciação exageradamente simplista que aqui trouxemos, que os termos dialécticos em que se louva a perspectiva outra coisa não podem ditar senão a sua imprestabilidade. Na verdade, a mesma realidade seria objecto e norma de valoração, transformando-se o direito numa metafísica. Para maiores desenvolvimentos, cf. CASTANHEIRA NEVES, *Questão-de-facto...* cit., p. 670 e ss.

instância, mobilizamos diante do dilema ou mais amplamente da necessidade de escolha.

Simplesmente, e fazendo agora a ponte para o plano jurídico – aquele que realmente nos importa –, não há-de ser qualquer critério optativo que pode ascender ao estatuto de móbil orientador de condutas a ser chancelado pelo direito. Ao admitir-se tal impositação do mundo, facilmente resvalaríamos na afirmação do direito como uma pura forma, desnudada que qualquer intenção material subjacente, e bem assim na afirmação do seu modo-de-ser totalmente dependente da prescrição legislativa.

Ou seja, a afirmação de uma liberdade positiva desarraigada de um sentido ético subjacente que a vivifique só poderia ser logicamente aceite se, *a priori*, aderíssemos uma de duas teses redutivistas.

A primeira a sustentar um arquétipo jurídico meramente formal, dado que a tutela da liberdade como mera possibilidade de escolha pessoal – independentemente da materialidade que subjaza ao critério mobilizado pelo agente – só é configurável se e na medida em que o direito se contentasse com a mera ordenação de condutas que aparentemente cairiam sob a chancela da liberdade.

Donde, uma segunda tese redutivista teria de necessariamente ser abençoada: aquela que reduzisse a juridicidade a um acervo de normas postas pelo órgão legitimado politicamente para o fazer. Pois que, só assim seria pensável *a posteriori* a eliminação da problematicidade do agir, como se tudo redundasse no binómio: a lei proíbe e há uma restrição à liberdade; a lei não o proíbe pelo que o comportamento é permitido, sendo tutelado pela nota do valor – embora desvalioso – que se assumia como cimeiro.

É que, ao pressupormos que a juridicidade é mais ampla que a legalidade, somos instados a estender o nosso raciocínio de forma congruente e levados a pensar que, diante de uma dada situação que, colocando um problema de partilha do mundo, convoque a cobertura do direito, ela só pode ser solucionada com apelo a um mínimo de eticidade que, em primeira instância, nos vai permitir relevar o seu cunho jurídico¹⁰⁷⁹.

A decide, dentro do leque de opções que o seu agir livre (em termos formais, entenda-se) lhe viabiliza, ouvir música altíssimo todos os dias, desde as oito da manhã até às dez da noite. Cumpre, assim, escrupulosamente as prescrições impostas pela lei do ruído, perturbando, contudo, seriamente B, seu vizinho de cima, que, por

¹⁰⁷⁹ Cf. MARIA BROCHADO, *Directo e ética: a eticidade do fenómeno jurídico*, Landy, São Paulo, 2006. Cf., também, GERMANO MARQUES DA SILVA, « Justiça, liberdade, direito e ética – diferença na unidade », *Direito e Justiça, Revista da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa*, vol. XI, tomo I, 1997, p. 5 a 13.

especificidades da vida profissional, exerce a sua actividade no escritório situado em casa. A escolha entre alternativas de acção – ouvir música àquela altura, não ouvir música, ouvir música mais baixo – configurará, no caso concreto, o exercício de uma liberdade?

Dir-se-á, segundo uma perspectiva ultra positivista, que, cumprindo-se os estritos crivos da lei, o comportamento de A deve ser permitido, ou, de outro modo, que, não estando o caso previsto na hipótese normativa, ela cai no espaço livre do direito, agradando, portanto, a uma visão liberal de recondução do papel do Estado – em que se polariza, afinal, segundo esta lógica o direito – ao seu mínimo.

Só que qualquer uma das posições – complementares no seu funcionamento cognitivo-argumentativo – se mostra, afinal, insustentável.

E para o afirmarmos nem precisamos de sair do círculo delineado por um pensamento metódico tradicional. Pois que ultrapassada que foi a fase da fé cega no poder legiferante e na sua omnisciência, aqueles que continuam arreigados a um pensamento de tipo normativista acabam por admitir a existência de lacunas da lei. E pergunta-se, então, como decidir se o caso hipotizado configura um não direito ou um caso omissio senão pressupondo um critério material que elucide o espírito do decidente? E não estaremos, nessa indagação, a questionar, afinal, se o exercício daquela liberdade formal é ou não legítimo, redundando a inquirição no chamamento à colação de um conceito de liberdade materialmente densificado¹⁰⁸⁰?

E mesmo que – o que só por facilidade argumentativa aceitamos – admitamos o raciocínio do tipo *o que não é proibido por lei é permitido*¹⁰⁸¹, como justificar a opção do legislador de salvaguardar uma dada posição em detrimento de uma antagónica, sem

¹⁰⁸⁰ Ao traçar o diagnóstico da crise do direito, CASTANHEIRA NEVES fala, como resultado do influxo das ideias positivistas – com o seu agnosticismo axiológico –, do “desaparecimento dos resíduos metafísicos das ideias de justiça e culpa, de responsabilidade moral e pena, de liberdade e autonomia pessoal, em que os valores se reduziram a estados emocionais psicologicamente utilizáveis como estímulos” – cf. *Questão de facto*, ... cit., p. 595 e ss.

¹⁰⁸¹ A verdade é que as novas teorias contratualistas acabam por só ser pensáveis, na sua congruência interna, em moldes que desembocam num princípio de legalidade estrita. Nesse sentido, cf. CASTANHEIRA NEVES, “Pessoa, Direito e Responsabilidade”, ... cit., p. 25.

Com tudo o que isso implica em termos de concepção de responsabilidade. O individualismo levado ao extremo leva os autores neo-liberais a aliarem-se ao neocontratualismo. “O contrato social é uma constituição económica e forma assim um Estado-de-direito que é simultaneamente um economia de mercado – o Estado de um *homo oeconomicus* apenas. Estado simplesmente protector que não actua, mas só executa”, pelo que “a responsabilidade só pode resultar da violação das regras do jogo que as leis definem numa imputação que, decerto, a invocação da liberdade de acção justifique” (cf. CASTANHEIRA NEVES, “Pessoa, Direito e Responsabilidade”, ... cit., p. 26).

A liberdade conduz, também no quadro do pensamento liberal pós-moderno, à responsabilidade, mas não uma responsabilidade pensável no quadro da pessoalidade. Cf. p. 27.

a pressuposição de um valor ético que, transcendendo a situação concreta, a permita ajuizar¹⁰⁸²?

E se tudo isto depõe no sentido da imprestabilidade da compreensão do direito como pura forma, na total dependência da *voluntas* do legislador, sempre tendencialmente arbitrária, implica também a impossibilidade de a liberdade – no direito – ser ancorada na pura vontade subjectiva do agente decisor^{1083 1084 1085}, sob pena de se

¹⁰⁸² A dúvida não é exclusivamente nossa, tendo sido colocada anteriormente por diversos autores. Nesse sentido, cf. CASTANHEIRA NEVES, “Pessoa, Direito e Responsabilidade”, ... cit., p. 27: “a responsabilidade jurídica é unicamente perspectivável pela liberdade que actue interesses e titule direitos individuais? Questão esta – a básica – que nos põe perante a aporia última de todos os contratualismos e liberalismos radicais, tanto os modernos como os contemporâneos: pois se tudo parte e se funda nos interesses do indivíduo natural – pré-social, pré-ordenado e dessolidário – em recusa de todos os deuses (sejam eles eleutéricas transcendências ou valores trans-individuais), e em termos de nessa linha se dizer inclusivamente que acreditar em direitos fundamentais é o mesmo que acreditar nas bruxas (não sendo eles senão interesses e determinados por interesses), como constituir e fundamentar então o vínculo social, supra-individual e normativo? (...) Com a consequência de ser a própria responsabilidade que fica assim sem fundamento”.

Cf., ainda, OWEN, “Philosophical foundations of fault in tort law”, *Philosophical Foundations of Tort Law*, DAVID G. OWEN ed., Clarendon Press, Oxford, 1996, p.201-227, aqui p.216, ao referir-se à necessidade de estabelecer uma hierarquia valorativa para ajuizar. Na verdade, colocando frente a frente dois modelos hipoteticamente aptos a fundar a juridicidade, mostra que, consoante a axiologia de que se parte, assim será diversa a conclusão a que se chega.

Veja-se, numa linha procedimentalista diversa, CHAÏM PERELMAN, *Ética e direito*, Instituto Piaget, 1990, tradução de JOÃO DUARTE, p. 65, que, ao afirmar que, “quanto ao valor que funda o sistema normativo, não se pode submetê-lo a nenhum critério racional”, sendo, portanto, “perfeitamente arbitrário e logicamente indeterminado”, está, no fundo e aos nossos olhos, a abdicar de toda a juridicidade que matiza a normatividade e faz dela um desiderato do homem a cumprir a sua própria pessoalidade.

¹⁰⁸³ Não pretendemos aqui, voltemos a sublinhá-lo, entrar no debate profundíssimo – e não menos complexo – acerca da real ancoragem da liberdade humana na vontade ou na razão humana.

Dir-se-á, apenas, que o nosso discurso pretende afastar uma impositação daquela que a olhe na pura subjectividade do querer instintivo.

Se atentarmos no que nos diz HANNAH ARENDT acerca do conceito (cf. HANNAH ARENDT, *Responsabilidade e Juízo*, Dom Quixote, Lisboa, 2004, tradução de MIGUEL SERRAS PEREIRA, p. 102 e ss.), vemos que a autora caracteriza a vontade como “o árbitro entre a razão e o desejo e, como tal, só a vontade é livre. Além disso, enquanto a razão revela o que é comum a todos os homens, e o desejo o que é comum a todos os organismos vivos, só a vontade é inteiramente própria”. De uma forma mais acintosa, os seus escritos filosóficos acabam por deixar transparecer a íntima conexão entre a vontade – raiz da liberdade – e uma dimensão de justo a que os seres humanos não são alheios. Ao afastar-se da afirmação clássica da liberdade assente no *Eu Quero*, ARENDT sustenta que a razão se comanda a si própria para controlar os desejos (cf. p. 104, nota 1) pelo que, lançando mão da dúvida filosófica mais profunda, questiona, aproximando a liberdade ao justo, “porque me teria dado Deus uma vontade?”, “Porque nos foi dada uma vontade livre se através dela podemos pecar?”, “Porque não nos foi dada uma outra faculdade? Uma faculdade como a justiça, que ninguém pode usar erradamente?”, para, em seguida, responder que “não pode haver rectidão no agir, excepto através da livre escolha da vontade”, ou, “só através da força da vontade somos nós próprios”.

Mais à frente, ARENDT volta a sublinhar a sua ideia, reiterando que, sendo “a vontade compreendida como o árbitro entre os desejos ou como o árbitro entre a razão e os desejos”, ela tem de ser “livre de determinação tanto pela razão como pelo desejo”. Ou mais concretamente, e num plano funcional, “a última função é, de facto, a mesma coisa que o juízo; a vontade é chamada a julgar entre proposições diferentes e opostas”.

Trata-se, portanto, este de um ponto importantíssimo. É certo que nos atemos, aqui, ao puro conceito filosófico da liberdade. Mas não é menos seguro que já afirmámos a comunicação estreita entre o direito e a ética, legitimando-nos assim, na pressuposição daquele como uma realidade cultural que apela a uma axiologia informadora do seu modo de ser, a estabelecer o presente diálogo.

E se a liberdade se estriba na vontade, entendida, não como querer arbitrário, mas como juízo, parece fazer sentido a nossa exposição em texto, através da qual pretendemos mostrar a insustentabilidade de conceber a liberdade – ainda que positiva – no puro plano da decisão pessoal. Mais do que isso, convertendo-se a liberdade num juízo livre desencadeador da acção, ela implicará um critério orientador da judicatura que lhe é confiada, pelo que, em última instância – e agora no puro plano jurídico – é ele que buscamos encontrar.

¹⁰⁸⁴ Da exposição, que pretendemos que seja concludente apenas do ponto de vista do que seja útil para a nossa indagação em matéria causal, resultam algumas notas de não pequena importância que urge salientar, mostrando a estreita ligação que a este nível a liberdade – entendida como princípio normativo – mantém com a própria fundamentação da juridicidade.

Na verdade, inspirados no formalismo kantiano – e numa interpretação do pensamento do autor que resvalou nesse impositivo formalista – e diante da complexidade social, aqui vista no sentido do relativismo que hodiernamente eiva a comunidade, muitos autores vêm defender a prioridade do justo sobre o bom, lançando as bases do pensamento liberal [a propósito da defesa absoluta do relativismo como expressão do pluralismo, não resistimos a lançar mão de CASTANHEIRA NEVES, “O direito interrogado pelo tempo presente na perspectiva do futuro”, *Boletim da Faculdade de Direito*, LXXXIII, 2007, p. 28 – “No que se refere ao argumento do pluralismo, a sua estrita coerência não só postulará que as leis sejam fórmulas vazias de conteúdo – um seu conteúdo implicará necessariamente opção entre possibilidades diversas – como teria de renunciar ao vínculo normativo e à integração comunitária – que sempre transcenderão e limitarão a estrita alteridade pluralista – e renunciando-se a tal renuncia-se pura e simplesmente ao direito. Pelo que o pluralismo radical é juridicamente contraditório e acaba por pôr um problema a exigir uma solução para além e mesmo contra ele. Problema com que, por exemplo, Rawls se debateu no seu *Political Liberalism* e procurou resolver com o apelo ao *overlapping consensus*, a exigir uma intencional integração que ficou por esclarecer totalmente”].

Referindo-se ao liberalismo deontológico, que desafia, MICHAEL SANDEL, *O liberalismo e os limites da justiça*, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 2005, tradução de CARLOS PACHECO DO AMARAL, p. 21, afirma que “a sua tese nuclear poderá ser apresentada da seguinte forma: sendo a sociedade composta por uma pluralidade de pessoas, cada uma com os seus objectivos, interesses e concepções do bem, estará mais bem organizada quando for governada segundo princípios que, em si mesmos, não pressupõem uma qualquer concepção do bem”.

Não esgota esta forma deontológica todo o manancial liberal com que somos confrontados. De um lado, ele opor-se-á frontalmente ao liberalismo que desemboca no utilitarismo, na medida em que não afirme a prioridade do justo por ser este uma virtude privilegiada em face das demais e, como tal, permita ao consequencialismo ocupar o seu espaço e com ele preferir a justiça diante de casos concretos nos quais avulte um valor cimeiro (cf. MICHAEL SANDEL, *O liberalismo...* cit., p. 26). Sem que com isto se proclame a defesa do primeiro, pois que, a justiça, desapegada de qualquer referente material que a estime, redundará num conceito vazio e como tal insusceptível de servir de filão orientador de condutas éticas. Ao que acresce que a justificação avançada em sua defesa, a salvaguarda dos valores e concepções de vida de todos, se revela aproblematicamente insatisfatória, posto que, não só a neutralidade valorativa – caso ela fosse alcançável (cf. p. 33 e ss.) – é já em si mesmo um valor, como, qualquer que seja a opção positivada pelo critério de justiça, ela implicará uma escolha e, portanto, a imposição de uma mundividência que se oporá à dos demais. [Note-se o alerta que SANDEL nos faz, a páginas 34: “A objecção sociológica não consegue entender a força da perspectiva deontológica. (...) Não compreende a neutralidade que o liberalismo se propõe oferecer. A neutralidade que enforma os princípios da justiça não emerge do facto de admitir todos os valores e todos os fins possíveis, mas antes do facto de tais princípios serem derivados de um modo que não depende de quaisquer valores ou fins particulares (...). A sua neutralidade descreve o seu fundamento, não o seu efeito”. Mas pergunta-se, outrossim, como pode o fundamento ser neutro. Ou seja, se se admite que, uma vez fixados os princípios, eles excluem certos fins porque injustos, concita-se a dúvida que desde sempre nos acompanha quando postos diante de um pensamento deste tipo: como arvoram determinados fins em injustos?].

À questão de saber qual o fundamento da justiça assim pensada respondem os cultores de tal pensamento que é o sujeito autónomo (cf. MICHAEL SANDEL, *O liberalismo...* cit., p. 27). Com o que parecem esquecer que o indivíduo que postulam mais não é do que uma categoria forjada pelo pensamento que, abstraindo da convivência social – dimensão sem a qual o homem não se realiza plenamente –, não tem qualquer apego no mundo concreto.

Compreende-se, no quadro da filosofia kantiana, a noção de sujeito transcendental: aquele que, não estando sujeito às leis causais, não pode ser visto como mero fenómeno empírico, pelo que anterior a quaisquer fins. Atermo-nos a ele, porém, é ficar enredado no formalismo de que o idealista alemão já foi tantas vezes acusado e desembocar na aporia já denunciada em texto. Como admitir a chancela favorável

do ordenamento – enquanto normativo posto em marcha pelo todo social – diante de toda e qualquer escolha, porque feita sob a capa formal da liberdade, se não podemos lançar mão de um critério material de sindicância da bondade delas?

Percebe-se a preocupação de RAWLS de situar a justiça a montante das demais virtudes. Para ele, qualquer lei deve ser rejeitada se for injusta, opondo-se assim a uma perspectiva utilitarista, que coloca o bem-estar geral acima dela. Só que, tal como explicita SANDEL, esta prioridade moral da justiça, que nós louvamos, é nos liberais complementada por outra – de cariz epistémico – na medida em que precisamos de um ponto a partir do qual possamos ajuizar o que é justo e o que é injusto (cf. MICHAEL SANDEL, *O liberalismo ... cit.*, p. 41). E somos conduzidos, então, à aporia, porque a falta de pressuposição de um sentido axiológico primeiro que nos forneça o critério de sindicância dessa justiça que se almeja transforma-a, afinal, numa intenção de princípio, valiosa, é certo, mas inoperante.

O erro de RAWLS está, aos nossos olhos, em não ter percebido a subtilidade da existência de um *tertium genus*, a mediar a posição utilitarista, prefigurada por aquilo que SANDEL designa por liberalismo teológico (e caracterizado pela busca do fim, da felicidade), e a posição deontológica, e que se queda, afinal, na *nuance* do *teleonomológico*. Erro esse encimado por uma incorrecta percepção da liberdade humana, tal como ela deve ser entendida. Na exacta medida em que os postulados da prioridade do justo sobre o bom se podem estender à própria concepção do eu como sujeito autónomo. Centrado na escolha individual da acção, RAWLS predica o ser livre como aquele que é capaz de eleger os seus próprios fins sem qualquer nota de heteronomia. Só que também aqui somos, na unitária precedência do eu, levados à dúvida plantada ao longo do nosso diálogo – tantas vezes mediatizado pela obra de SANDEL –: *como é possível que, sob a capa da liberdade, se aceite como valiosa uma actuação do ser humano se ela contende com valores éticos essenciais?* Claro que, no círculo argumentativo do autor, a inquietação é superada pela nota da prioridade sublinhada. Resvalando, contudo, na dificuldade salientada: *na impossibilidade de recuar ad infinitum, como podemos evitar a arbitrariedade?* É o tal ponto de Arquimedes de que fala SANDEL (cf. *O liberalismo... cit.*, p. 49), a motivar noutros autores o salto para a metafísica e em RAWLS a construção de um modelo ideal e originário – mas até por isso ficcional – de consenso obtido numa situação de ignorância temporária e chamando à colação uma noção restrita de bem (cf. MICHAEL SANDEL, *O liberalismo... cit.*, p. 50 e ss.).

Acerca da teoria rawlsiana da justiça, alicerçada num consenso *a priori* obtido numa situação de ignorância e perante uma ideia restritiva de bens, cf. MICHAEL SANDEL, *O liberalismo... cit.*, p. 57. Se a ideia de justiça se alcança à luz dos conhecimentos gerais e numa posição original, por que razão não há uma forma coincidente de justiça para todos os tempos e todos os lugares? E a dúvida só cessa se percebermos que a posição original é definida teoricamente, como um mero expediente heurístico (cf. p. 70), donde se reforça a ideia do ficcionismo a que nos conduz a posição liberal deontológica, a lembrar, em certa medida, o consenso geral e universal que, na doutrina clássica do contrato social, jogou um papel essencial [Nesse sentido, cf. KAUFMANN, *Filosofia... cit.*, p. 37].

[Para uma análise do contributo do pensamento de RAWLS na construção de modelos de responsabilidade civil, cf. BENJAMIN C. ZIPURSKY, “Rawls in tort theory: themes and counter-themes”, *Fordham Law Review*, 72, 2004, p. 1923 e ss. Cita, entre outras, a obra de GREGORY KEATING, para quem o conceito de justiça usado pelo autor oferece uma perspectiva interpretativa sobre o direito delitual, designadamente no tocante ao entendimento específico sobre a responsabilidade objectiva. E cita, igualmente, como não podia deixar de ser, RIPSTEIN. Tivemos oportunidade de, *supra*, referir a importância que este atribui à ideia de *reasonableness*, por oposição à *rationality* (cf., a este propósito, FELDMAN, « Science, reason and tort law. Looking for the reasonable person », *Law and Science*, Edited by Helen Reece, Oxford University Press, 1998, p. 35 a 54). Para além de a relevar, ZIPURSKY sublinha o papel que o construtivismo kantiano, mediatizado por RAWLS, exerce no pensamento de RIPSTEIN, para quem, como também já sublinhámos, cada um tem um igual interesse na liberdade e na segurança, funcionando o direito delitual como instrumento imprescindível na delimitação das fronteiras dos interesses primários. Para um diálogo entre RAWLS e RIPSTEIN, cf. ARTHUR RIPSTEIN, “The division of responsibility and the law of torts”, *University of Toronto, Faculty of Law, Research Paper 04-02*, www.ssrn.com/abstract=541522. Afirma RIPSTEIN que é a RAWLS que devemos um persuasivo entendimento acerca do significado normativo do direito delitual e da justiça correctiva, propondo, neste quadro, uma compatibilização harmónica entre ela e a justiça distributiva. Na verdade, consoante explicita, RAWLS, ao apelar à ideia de divisão da responsabilidade entre a sociedade e o indivíduo, consegue a sintonia que noutros horizontes parece perdida. A sociedade como um todo tem uma especial responsabilidade de garantir que todos os cidadãos tenham acesso aos bens primários de que necessitam para realizar a sua própria concepção de vida. Edificada a distribuição, cada um é, por seu turno, responsável pelo modo como desenvolve a sua vida e prossegue o plano auto-desenhado. E se a vertente marcadamente constitucional do pensamento de RAWLS nos poderia constringer, RIPSTEIN é explícito em

mostrar que “as relações entre o estado e o indivíduo não esgotam o espaço normativo de liberdade de RAWLS”, pelo que, se somos responsáveis pela consecução daquele projecto individual, somos também responsáveis pelo impacto que as nossas acções têm no projecto alheio. Acompanhemos, um pouco mais de perto, o desenvolvimento que o autor nos oferece acerca da adequada compreensão do direito delitual. A sociedade aceita a responsabilidade de manter as bases da liberdade e igualdade de oportunidades enquanto os indivíduos aceitam a responsabilidade de as ajustar aos seus fins. Desde que cada um tenha suficientes oportunidades e recursos, cada um é livre de desenvolver a sua vida como bem entender. Trata-se, segundo RIPSTEIN, de um “modelo de responsabilidade pela própria vida do tipo da relação entre Deus e cada um que existe na religião protestante”. Contudo, como se depreende, o individualismo de RAWLS não rejeita uma qualquer forma de distribuição, porquanto ela seja pressuposto da consecução do plano privado. Não só esta implica a existência de recursos suficientes, como o desenvolvimento da vida individual requer, as mais das vezes, a presença do outro e a colaboração dele. Acresce a isto um terceiro segmento problemático: o da compatibilização da liberdade de cada um com a liberdade alheia, a justificar limitações ordenadas por um imperativo de justiça, umas de ordem positiva, estabelecidas pelo Estado, outras de ordem negativa, a impedir a utilização dos bens primários alheios sem a prévia autorização do seu titular, uma vez que tal envolveria uma interferência ilegítima com o plano de vida do outro. Ou seja, e continuando a acompanhar de perto a exposição de RIPSTEIN, “a divisão da responsabilidade requer que eu tenha em conta o outro, de tal modo que cada um tem para com os demais deveres para evitar o uso ou a lesão do que lhe pertence” (cf. p. 21). Estamos, portanto, em condições de sintetizar algumas ideias chave. RAWLS parte, como se sabe, do conceito de contrato social, com base no qual se edifica a estrutura da sociedade, o qual surge fundado numa ideia de consenso *a priori*, isto é, numa situação originária as pessoas racionais, preocupadas com os seus interesses, mas desconhecedoras do exacto conteúdo deles, aceitariam dois princípios básicos de máxima justiça e de igual liberdade. Deixando amplo espaço de modelação para os concretos termos do direito, a ideia de contrato social seria complementada pelos termos da divisão da responsabilidade e, bem assim, pelo construtivismo de cariz kantiano que definiria os bens primários a que cada um teria acesso – sobre o ponto, cf., novamente, ZIPURSKY, “Rawls in tort theory...”, ... cit., p. 1925 e ss. Ora, assim sendo, compreende-se que a justiça correctiva que o direito delitual implica pressuponha a prévia realização da justiça distributiva, porquanto ela estará sempre dependente da definição individualista dos bens primários cujo equilíbrio é posto em causa, fazendo-o entrar em cena. A harmonia reclamada entre a justiça correctiva e a justiça distributiva cumpre-se portanto numa equação inversa à que é ponderada por outros autores como JANSEN. E sendo certo que o funcionamento do contrato social, nos termos do qual cada um, razoavelmente, irá depor no sentido do seu interesse na segurança e na liberdade – ou mais especificamente no sentido do tríptico interesse em não ser lesado, em não lesar e em receber uma compensação pela lesão eventualmente sofrida, donde não se desconta o interesse em gastar o menos possível com a compensação do outro –, convoca um sentido normativo de pessoa, não se pode esquecer que, ultrapassada que esteja a situação de ignorância originária, se exclui a dimensão ética do encontro com o outro, ao ponto de ser legítimo indagar se ele efectivamente ocorre ou se simplesmente se verifica uma justaposição de existências. O que, descontada que seja a aporética fundamentação da juridicidade – já que o ficcionismo inicial parece só justificar a estrutura deontológica dos institutos e não a sua modelação particular –, sempre redundaria em problemas mais ou menos complexos do ponto de vista criteriológico. A essas dificuldades não foi imune RIPSTEIN que admite serem as razões para a limitação da responsabilidade extrínsecas à posição originária, ao mesmo tempo que alerta para o facto de se tornar difícil a distinção entre uma acção e uma omissão – cf. p. 12 –, problema que contorna com a diferenciação entre os efeitos colaterais e a actuação sobre os bens primários alheios. Em suma, com RAWLS continuamos presos ao individualismo liberal e a convocação da pessoa não tem outro impacto senão o da modelação explicativa do plano societário global. A propósito da ideia de a justiça correctiva pressupor um fundamento distributivo de forma incontornável, cf. HANOCH DAGAN, “The distributive foundations of corrective justice”, ... cit., p. 10, onde também nos confronta com duas perspectivas diversas de encarar o direito delitual: uma que analisa o direito privado à luz do seu significado cultural, económico e político – *social values school* – e outra que insiste no adjectivo *private*, isolando-o do contexto mais amplo de inserção. Cf., ainda, BENJAMIM ZIPURSKY, “Philosophy of tort law: between the esoteric and the banal”, ... cit.

O pós-modernismo não se reduz, porém, como já aflorámos, a esta ideia liberal. Duas linhas são discerníveis no pensamento contemporâneo. Dando a palavra a CASTANHEIRA NEVES (cf. “Pessoa, Direito e Responsabilidade”, ... cit., p. 24), podemos dizer que são elas: “um sistema de autonomia e de retracção (se não mesmo de negação) do social pela exasperação do individual – e é a que oferece o neoliberalismo” e “um sistema de natureza e estrutura constitutivamente social por retracção do individual e exasperação do social”. A primeira identificada com as novas doutrinas contratualistas surge, para os seus cultores, nos antípodas das perspectivas sistémicas, sem que percebam o que as une: uma

incompreensão enraizada e pírrica acerca da essência fundamentante da pessoa e da juridicidade enquanto ordem normativa [quanto ao ponto, cf., também, JULES COLEMAN e ARTHUR RIPSTEIN, “Mischief and Misfortune”, ... cit., p. 94 e ss., onde nos deteremos por breves instantes. Na verdade, os autores, procurando caracterizar as duas vias de interpretação do princípio da justiça, segundo o qual, cada um deve suportar os custos das suas actividades, sustentam que as diferentes formas de liberalismo providenciam respostas diversas para o problema de saber quem deve suportar o custo de um dano verificado. À posição libertária opor-se-ia a posição igualitária. Uma e outra estariam unidas pela concepção comum do princípio da justiça e de custo de actividade, reunindo-se em torno da atribuição da responsabilidade por meio de conceitos como causa, acção e controlo. Para lá da convergência racional, discrepam na interpretação que dispensam à magna interrogação. A primeira sustenta que, porque o custo da minha actividade é o custo do que causa ao outro, deve ser anulado qualquer dano assim potenciado, encaminhando-se para um sistema de responsabilidade estrita, de que é arauto EPSTEIN, porquanto a adesão à culpa significaria que outros iam suportar parte das consequências da actividade pessoal, pelo que, no caso de *misfortune*, quem sofre suporta. A segunda, ao invés, considera que o custo da actividade é o resultado das escolhas que cada um opera, tendo em conta a sua esfera de recursos disponível e a cisão denotada, se bem que subtil, é suficiente para determinar que na mesmíssima situação referida se sustente que todos devem suportar o dano. Contra qualquer delas muitas são as críticas que podem ser dirigidas, já porque se apartam de uma referência ética da responsabilidade, apagando-a, em última instância, já porque se mostram irrealizáveis em muitos pontos. Teremos oportunidade de sobre elas, dispersamente, tecer alguns comentários. Em bom rigor, muitos já foram expendidos, por impulso dialógico da doutrina veneziana *supra* aflorada. Importa, sim, por ora, mostrar como não anda, contra o que sustenta um radical afastamento entre o direito público e o direito privado, divorciado o modo como se pensa o papel do Estado da compreensão dos problemas que envolvem a responsabilidade civil. Basta, para cumprir o desiderato, pensar que os mesmos autores que advogam a *strict liability* são aqueles que, neste contexto particular, se opõem a qualquer forma de redistribuição social. É que, “do mesmo modo que a responsabilidade causal é suficiente para impor os custos da *misfortune*, a ausência dela é bastante para bloquear a distribuição, já que ela implicaria impor aos outros o custo do nosso azar”. Afastam-se de uma e outra perspectiva COLEMAN e RIPSTEIN, por entenderem que o *custo da actividade* há-de assentar num critério normativo, a envolver mais do que conceitos neutrais como causa, acção e escolha].

Para uma outra impoção do pensamento jurídico moderno, conhecido pelo seu funcionalismo, e com grande eco ao nível da doutrina da responsabilidade civil, cf. RICHARD POSNER e WILLIAM LANDES, *The economic structure ...*, cit. e, entre outros escritos do autor, “Wealth maximization and tort law: a philosophical inquiry”, *Philosophical Foundations of Tort Law*, DAVID G. OWEN ed., Clarendon Press, Oxford, 1996, p. 99 e ss.

Apesar de tantas vezes já termos entrado em diálogo crítico com a perspectiva agora referida, não será demais voltar a tecer algumas palavras sobre ela no momento em que, especificamente, nos debruçamos sobre o fundamento último da responsabilidade civil enquanto instituto dogmático. Na verdade, o autor aduz no último artigo uma redefinição dos termos da sua proposta em articulação com uma perspectiva filosófica de fundamentação do mundo delitual. A sua pretensão é mostrar em que medida um sistema ressarcitório ancorado na ideia de maximização da riqueza (entendida em termos amplos, para abranger o conjunto de todos os bens e serviços, quer sejam económicos, quer não sejam – cf. p. 99) é compatível com a tradição moral das sociedades ocidentais.

POSNER dialoga, portanto, com diferentes concepções filosóficas, opondo-se abertamente quer a uma perspectiva não instrumentalista, quer a uma perspectiva utilitarista. Na base da sua construção está a constatação da impossibilidade explicativa das doutrinas que foram emergindo ao longo dos tempos, designadamente no que diz respeito à incapacidade para, sem incongruências, fundar um alicerce firme de ancoragem da responsabilidade civil.

Repare-se na *nuance* com base na qual o autor se afasta do utilitarismo: a utilidade não pode ser mensurável na realidade. Contrapõe-lhe, por isso, uma *common sense rule utilitarianism*.

Uma última nota para esclarecer eventuais faltas de entendimento. Na verdade, pese embora a conexão estabelecida, não ignoramos que os paradigmas de direito a que incidentalmente fizemos referência, ligando-se intimamente ao modo como vai pensada a juridicidade, não se confundem com elas nem se lhes equivalem, posto situarem-se em planos intencionais diversos. Acentuando isso, cf. CASTANHEIRA NEVES, “O funcionalismo jurídico”, ... cit., p. 8.

A este ensejo e a título também exemplificativo, pense-se, no quadro liberal, também em NOZICK – cf. RIPSTEIN, “The division of responsibility...”, ... cit., p. 4 e ss., mostrando como RAWLS se afasta do radicalismo de NOZICK, inserido no quadro do libertarismo. Mais do que liberal, NOZICK assumir-se-ia como um libertário, olhando para a propriedade como o conceito básico e fundamental, à luz da qual os próprios bens da pessoalidade deveriam ser captados, e considerando como injusta qualquer forma de

redistribuição daquela [no fundo, e se quisermos fazer a ponte para os quadros dogmáticos do direito civil com que nos habituámos a lidar, diríamos que NOZICK não se mostra capaz de distinguir o direito real, de natureza dominial, do direito pessoal, intrinsecamente não dominial. Sobre a distinção, ver, por todos, CAPELO DE SOUSA, *Teoria Geral do Direito Civil...* cit., p. 190. Cf. NOZICK, *Anarchy State and Utopia*, Basic Books, New York, 1974]. Veja-se, ainda, para uma apurada compreensão da diferença que se pretende frisar, RIPSTEIN, *op. cit.*, p. 6, onde se lê: “Rawls responde quer aos utilitaristas, quer aos igualitaristas, quer aos libertários. A capacidade de prosseguir a própria concepção de bem é mais uma preocupação ética/moral do que algo derivado da preocupação com a maximização do bem-estar (utilitarismo), a igualização das esferas de recursos (igualitarismo) ou a minimização dos limites legais que conformam a nossa conduta (libertarismo)”.

Uma breve nota para salientar que, contra o que procuravam alguns autores, a conformação dos termos da interacção acaba por ter consequências de monta na concepção de responsabilidade civil a que se chega, assim se justificando a discrepância entre as visões, *inter alia*, de RIPSTEIN e EPSTEIN [curiosamente, e retomamos assim considerações pretéritas, isso acaba por depor contra o próprio sentido da fundamentação do instituto na ideia de justiça de RAWLS, pois que, se se comprova a penetração do plano do *quid iuris* pelo plano do *quid ius*, sempre fica por explicar por que razão a pressuposição da pessoa se retrai a uma situação originária fictícia].

No quadro do pensamento liberal, cf., igualmente, para uma análise da liberdade em HAYEK, MANUEL FONTAINE CAMPOS, *O direito e a moral no pensamento de Friedrich Hayek*, Publicações Universidade Católica, Porto, 2000, em especial, p. 85 e ss. Definindo a liberdade individual como “aquele estado em que os indivíduos podem usar os seus conhecimentos para prosseguir os seus próprios fins ou propósitos” (cf. p. 87), segundo o autor, HAYEK acaba por considerar que no contexto actual esse fim, do qual os fins últimos estão dependentes, é a obtenção do dinheiro, defendendo o desenho das sociedades liberais como aquelas que garantem a melhor prossecução daqueles. Por isso, HAYEK preocupa-se fortemente em limitar a possibilidade de imposição de uma mundividência moral através da ordem normativa estadual. A imposição de regras morais só se afigura justificável quando “necessária para a manutenção da ordem espontânea”. O que se “pede essencialmente às normas da ordem liberal é que possibilitem a determinação de domínios protegidos de cada indivíduo, de conjuntos de bens cuja disposição está em absoluto confiada a cada indivíduo, a salvo da intervenção alheia” (cf. p. 110. V., ainda, p. 94-96). Para o arauto do liberalismo, as regras morais só devem ser impostas quando estejam ao serviço do interesse público, identificado com “a manutenção e desenvolvimento da ordem social” (p. 111). No fundo, só serão legítimas as normas que “possibilitem a determinação de domínios protegidos de cada indivíduo, de conjuntos de bens cuja disposição está em absoluto confiada a cada indivíduo” (p. 110). É que, para HAYEK, a ordem liberal é “aquela que garante a máxima possibilidade de cumprimento do maior número de planos de vida individuais e que, portanto, garante a maior liberdade positiva”, dependendo para isso da “existência de liberdade negativa” (p. 112).

Ambivalentemente, HAYEK parece fundar a liberdade humana simultaneamente em “considerações deontológicas (segundo as quais a liberdade seria uma exigência da dignidade humana), como em considerações consequencialistas (segundo as quais a liberdade deve ser protegida por causa dos benefícios que traz para a ordem social)” (cf. p. 203).

No necessário recurso às fontes, v. HAYEK, *The constitution of liberty*, Routledge, London, 1993.

Note-se que quer a pressuposição de uma ordem espontânea, a coincidir com a ordem liberal, quer a predicação individualista da liberdade impedem a adequada fundamentação da normatividade.

Para um aprofundamento da visão liberal da responsabilidade civil e das aporias a que a mesma conduz, cf. JOHN FABIAN WITT, “Toward a new history of american accident law: classical tort law and the cooperative first-party insurance movement”, ...cit., p. 733 e ss. Saliente-se, *in fine*, a p. 737, onde, na descrição explicativa da conformação individualista da liberdade humana, se oferecem dados atinentes ao refluxo causal da actividade do sujeito na realidade. Assim, pode ler-se que classicamente se entendia que cada um podia exercer os seus direitos desde que tal não contendesse com o livre exercício dos direitos dos outros. Para logo em seguida se lançar o alerta “*but therein lay an insuperable dilemma*”, explicado pelo facto de “the free exercise of a person’s rights could and did generate causal ripples outside one’s own sphere of autonomous action. Often these causal effects caused injury to others, despite the exercise of reasonable prudence and care to avoid such injuries (...). On the other hand, a person freely exercising his rights could himself be the victim of injury caused by the reasonable and prudent exercise of the rights of others”. Evidencia-se aqui a matriz negativa da liberdade que se convoca e bem assim, imagetivamente, a exterioridade de um nexa causal que a partir dela se desenha.

Veja-se, ainda, com inspiração directa em RAWLS, a doutrina de GEORGE FLETCHER, “Fairness and utility in tort theory”, ... cit., p. 537 e ss. Como ponto de partida, FLETCHER constata que a *tort law* tradicional cedeu lugar a paradigmas utilitaristas, que se orientavam pelas consequências sociais das decisões

chancelar como valiosa uma conduta materialmente desvaliosa só porque vestida com a capa formal da liberdade e, com isso, se contrariar a intencionalidade do próprio jurídico.

Concita-se, então, uma dúvida: como pensar a liberdade, essa liberdade positiva – compreendida como autodeterminação – preenchendo o seu conteúdo com a nota do valor?

O mesmo é – num outro plano – questionar qual o fundamento material da juridicidade se não se quiser ficar preso ao formalismo de que somos herdeiros directos, e sem que com isso se resvale na impositação jusnaturalista do direito, pouco consentânea, no seu dedutivismo, com a especificidade das exigências que são colocadas ao direito, e arredada da historicidade e complexidade informadoras do mundo tal como o concebemos¹⁰⁸⁶.

Encontrada a resposta para esta *vexata quaestio*, dir-se-á que fica respondida a primeira das cogitações, dado que o direito só pode cobrir com o seu manto aquilo que

judiciais. Inspirado em RAWLS, e na sua luta anti-utilitarismo, passa a defender a reconstituição do clássico modelo, para o que convoca um princípio de reciprocidade agregador e fundamentador das diversas hipóteses de responsabilidade civil.

¹⁰⁸⁵ Ligando o modo como concebemos a liberdade a uma dada concepção de juridicidade, cf. CASTANHEIRA NEVES, “Pessoa, Direito e Responsabilidade”, ... cit., p. 17. O autor parte da constatação do que é a liberdade do prisma do homem da modernidade para, e uma vez que ela o condena ao vazio solitário, questionar “não se poderá ver as coisas de outro modo e reconhecer simplesmente na situação caracterizada uma restaurada, mas agora radical, separação e autonomia entre direito e a ética? (...) Não se viverá assim melhor, sem metafísicas exigências, cada um e todos mais tranquilos na administração apenas dos seus interesses (...)? (...) E porque não – terceira perspectiva possível – a superação inclusive do próprio direito (...) numa terminal evolução da *social engineering* (...)?”.

No fundo, o autor, ao tentar olhar para perspectivas hermenêuticas de abertura dialógica à pergunta maior – como entender hoje a juridicidade colimada na pessoalidade –, mostra que uma dada concepção negativa da liberdade só é pensável no quadro de um sistema jurídico que prescindia de uma ancoragem ética e axiológica, secundando, por isso, a nossa exposição em texto.

Se ali nos cingimos ao formalismo tipicamente referenciado quando, ao nível do direito, o jurista se quer apartar de impositações positivistas, CASTANHEIRA NEVES acaba por, de uma forma alargada, questionar a (im)pertinência não só das aporias modernas, como também pós-modernas.

Com o que, aliás, funciona como um ponto de apoio seguro para, numa chamada à colação do outrora relevantíssimo princípio da autoridade, nos escudarmos nos seus ensinamentos para justificar as pontes dialógicas plantadas ao longo da nossa dissertação com correntes metódico metodológicas como a *law and economics*, ou o liberalismo recuperado dos nossos dias.

Dito de uma forma mais directa, há uma íntima conexão entre o modo como a juridicidade vem pensada e o olhar derramado sobre a liberdade. Donde, não bastará, no nosso percurso reflexivo, afastar o niilismo e cepticismo contaminadores da concepção do mundo e carrascos condenadores do homem ao empobrecimento da concepção ontológica que de si mesmo colhe. Haverá que perceber quais as exigências hodiernamente dirigidas ao pensamento jurídico. De umas passaremos às outras e vice-versa, num refluxo argumentativo que reforça a nota de interpenetração com base na qual construímos o nosso pensamento.

¹⁰⁸⁶ Cf., para além de outras referências ao pensamento do autor, CASTANHEIRA NEVES, “O Direito como alternativa humana. Notas de reflexão sobre o problema actual do direito”, *Digesta, Escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outrovol.* I, Coimbra Editora, Coimbra, 1995, p. 287 a 310 ; ID., *O problema actual do direito. Um curso de Filosofia do Direito*, Coimbra-Lisboa, 1994

for reconhecido, ao extrapolar-se do sistema positivo, como juridicamente valioso¹⁰⁸⁷
1088

Deixamos, portanto, de postular uma pura forma para eivarmos a normatividade com a nota da eticidade sem a qual ele não pode ser reconhecido como ordem justa, de direito e do direito.

A acção livre não pode, pois, continuar a ser vista na solidão atomizante do homem-vazio que atende à sua vontade no sentido instintivo do seu ser. O posso, quero e mando em que ela se vem a traduzir desvirtua a dimensão em que se polariza e converte um valor num não-valor. A escolha livre deve, então, ser vista como a decisão que, na autodeterminação pessoal, não olvida a essência predicativa do ser pessoa¹⁰⁸⁹.

Ou dito de outro modo, a liberdade só o é verdadeiramente, enquanto dimensão ontológica da pessoa, se ela não se descaracterizar, isto é, se for e enquanto for a manifestação da pessoalidade de quem a reivindica¹⁰⁹⁰.

¹⁰⁸⁷ Ligando a ideia de direito, à qual é inerente um sentido ou um conteúdo axiológico, à ideia de liberdade, cf. ANTÓNIO BRAZ TEIXEIRA, *Sentido e valor...* cit., p. 150. Afirma o autor que, “porque o direito se reporta à ordenação da conduta humana na convivência e na coexistência social, pressupõe, naturalmente, a liberdade, porquanto só enquanto o homem é livre no seu agir, quando pode escolher o seu comportamento e optar entre diversas condutas possíveis, tem sentido que se lhe ordene que aja de certo modo e se responsabilize e puna pelo desrespeito pela ordem recebida e imposta”. A fundamentação do autor – acabando por ser coincidente – desvia-se daquilo que nós deixámos inscrito em texto. Embora preste a devida atenção à ideia de pessoa e matize a liberdade com os contornos éticos que lhe hão-de ser reconhecidos, a verdade é que o excerto transcrito parece denotar uma fundamentação directa da juridicidade na liberdade, em nome da função reservada ao direito enquanto realidade cultural, enquanto nós – tendo o referido alicerce na liberdade – assumimos, na esteira do ensinamento de insígnies filósofos e metodólogos do direito, a necessária dimensão ética da fundamentação normativa na pessoalidade, donde decorrem, então, as notas da liberdade e da responsabilidade sem as quais ela não é pensável.

Salientando, porém, o papel da pessoa no contexto ético-cultural e jurídico, pela impossibilidade de realização plena do ser humano no isolamento do seu ser, cf. ANTÓNIO BRAZ TEIXEIRA, *Sentido e valor...* cit., p. 138-139.

¹⁰⁸⁸ Cf. CASTANHEIRA NEVES, *Questão-de-facto e questão-de-direito...* cit. No seu denso diálogo filosófico, fornece pistas incontornáveis de inteligibilidade do direito enquanto tal.

¹⁰⁸⁹ Cf. CABRAL DE MONCADA, *Filosofia do direito...* cit., p. 38-39: “A liberdade só existe na pessoa e esta só pode ser pessoa se for livre. As duas ideias pressupõem-se uma à outra. São elementos de significação contidos no mesmo noema (...)”.

¹⁰⁹⁰ No fundo, o que se pretende salientar é que a liberdade não se reduz a um decidir no vago entre duas possibilidades de acção, porque isso não distinguiria, verdadeiramente, o homem de qualquer outro animal. A decisão livre implica – não sendo possível nunca a redução da complexidade da eleição pelo absoluto conhecimento das consequências da acção – um salto qualitativo que, na sua radicalidade, e com toda a angústia mínima ou máxima que carrega, não pode ser dado no vazio, antes implicando uma referência de sentido: a pressuposição de algo, numa perspectiva empírica do tipo analógico, que, transcendendo a própria vontade arbitrária (ou a dimensão instintiva do desejo), o sustente. É por isso que uma decisão – qualquer que ela seja – pode ser explicada e fundamentada, havendo infundáveis – e quantas vezes insindicáveis – motivos para cumprir tal desiderato. Só que, do ponto de vista ético e jurídico – já que este faz apelo ao primeiro –, torna-se im procedente o acolhimento da panóplia global de motivações individuais, na medida em que tal implicaria desconsiderar o cerne da pessoalidade em que ambas as ordens normativas se colimam. Donde resultam duas consequências. Do ponto de vista da liberdade, se esta é um atributo essencial da pessoa, o seu uso em contradição com a eticidade que a enforma implica uma degradação da própria liberdade.

Pelo que é, afinal, na caracterização do modo como o homem se concebe a si, no momento histórico-cultural que nos situa e condiciona, que vamos encontrar a matriz enformadora daquela, a partir da qual devemos pautar a nossa análise judicativa.

Esta é a única via – do nosso prisma – viável para tematizar a liberdade do ponto de vista filosoficamente cunhado¹⁰⁹¹. Mas é, igualmente, o único modo de a caracterizar enquanto princípio fundamentante de toda a juridicidade. E assim da própria responsabilidade que, pela ligação estreita que com ela mantém, ascende, também, à categoria de princípio normativo suprapositivo e transpositivo¹⁰⁹².

Por outro turno, do prisma da fundamentação do jurídico e da judicativa realização em que ele se cumpre, o desvalioso – porque contrário à dignidade da pessoa humana – não pode ser chancelado, num autismo obnubilador da axiologia fundamentante, como valioso por mero apelo a uma carapaça formal.

Cf. CASTANHEIRA NEVES, *Questão de facto ... cit.*, p. 472 a 474. Afirma o autor que, “no comportamento ético, o ego é pessoa, realidade axiológica, que se constitui pela referência e na vivência de uma ordem de valores, que não são objecto a apreender teoricamente, pois são a constitutiva dimensão axiológica da pessoa a revelar-se no seu próprio comportamento”. E mais à frente sustenta, impressivamente, que “o sujeito pode ter de abster-se de concluir cognitivamente, mas já não pode haver abstenção ética. A abstenção, a suspensão da acção e do juízo, é sempre no domínio ético ou farisaísmo [sendo o fariseu aquele que “se fecha à compreensão, que corta a comunicação da co-responsabilidade, isolando-se do outro, através de um véu de suposta pureza] ou imoral abdicação [própria do desinteresse ou da indiferença ética, que rompe a comunicação e se recusa à humana solidariedade]”.

CASTANHEIRA NEVES sublinha, portanto, a natureza do ser humano como um “ser com os outros numa co-responsabilidade moral”.

¹⁰⁹¹ Em sentido algo diverso, embora não prescindida da indagação filosófica, cf. DAVID G. OWEN, “Philosophical Foundations of Fault in Tort Law”, ... cit., p. 254. Na verdade, o autor salienta que a liberdade, olhada segundo o prisma da dignidade da pessoa, permite a cada humano definir o seu próprio plano de vida, distinto de qualquer outro. Tal implica a assunção de uma responsabilidade. Mas aduz que, enquanto filósofos e teólogos questionam o que constitui a última virtude e a vida boa, cada ser humano tem o privilégio moral de escolher os seus fins e orientar as acções de acordo com eles. Mas o que podia parecer uma liberdade colimada na pura vontade tendencialmente arbitrária cede lugar a um juízo materialmente densificado, porquanto o autor chama à colação uma outra ideia – a verdade. Princípio básico da acção, leva OWEN a defender que o dano gerado intencionalmente baseia-se numa subversão da verdade. Daí que conclua que uma pessoa que causa um dano dolosamente não actua culposamente porque causou o dano, mas porque converteu a vítima num objecto, olvidando o seu estatuto de pessoa autónoma. Do mesmo modo, a conduta negligente pode ser encarada como o resultado de uma falha cognitiva da verdade. Tudo isto a permitir ao autor a conclusão segundo a qual “both causation and fault are rooted in the failure of one or both of the parties to possess the truth” (cf. p. 204-205).

A verdade, na sua bipolaridade – como condição de protecção do sujeito contra o sofrimento de danos, como critério densificador da culpa delitual –, surge intrinsecamente ligada à liberdade que, não obstante, continua a ser vista por OWEN segundo um prisma conflitual (cf. p. 207).

Importa, contudo, salientar os princípios da acção elencados pelo autor: 1) a pessoa pode prosseguir os seus próprios interesses, sem que com isso interfira com os direitos dos outros, situados num plano de igualdade (*choice-end principle*); 2) nenhuma prioridade valorativa deve ser dada ao interesse da vítima na segurança relativamente ao interesse do lesante, em nome da autonomia e da igualdade que é privilegiada numa sociedade onde a interacção que a conforma necessariamente redundará na ocorrência de danos (*choice-harm principle*); 3) na escolha efectuada, a pessoa actuará culposamente se actuar sem uma boa razão e com isso lesar uma pessoa ou a expuser a um risco desnecessário, na medida em que lhe nega o estatuto de igualdade humana que se lhe deve reconhecer (*choice-blame principle*) – cf. p. 207 a 209.

¹⁰⁹² Cf. KAUFMANN, *Filosofia... cit.*, p. 364: „Dizer que uma pessoa tem de assumir as consequências e ser responsabilizada é porém uma forma de exprimir a liberdade”.

Aqui chegados, importa fazer uma suspensão no discurso para nos determos momentaneamente na forma de compreensão da personalidade^{1093 1094}. Só depois disso

¹⁰⁹³ A propósito da compreensão do homem no âmbito do pensamento jurídico, cf. KAUFMANN, *Filosofia...* cit., p. 274 e ss. Sustenta o autor que só com a fenomenologia de HUSSERL se torna possível uma verdadeira antropologia jurídica, pois até aí – mesmo referindo-se ao homem emancipado do cosmo ou da transcendência – os filósofos perspectivavam-no como sujeito do conhecimento. (cf. HUSSERL, *Recht und Zeit*, 1955, p. 14 e ss.)

Fala, então, o autor de duas correntes de pensamento acerca do modo como se encara a antropologia. Uma que dá “à antropologia jurídica uma acentuação marcadamente jusfilosófica” e que tenta “legitimar o direito a partir da determinação do que o homem é”; outra que “vê na antropologia jurídica uma disciplina puramente empírica”

Sobre a questão da antropologia, *vide*, igualmente, MARTIN BUBER, *Qué es el Hombre?*, México, 1949, tradução de EUGÉNIO IMAZ; ORTEGA Y GASSET, *El Hombre y la Gente*, Madrid, 1957; WOLFGANG FIKENTSCHER, *Modes of Thought: A study in the Antropology of Law and Religion*, 1995; MAIHOFFER, “Anthropologie der Koexistenz”, *Mensch und Recht. Festschrift für Erik Wolf zum 70. Geburtstag*, 1972, p. 163 e ss.

Sobre o papel da fenomenologia no quadro do pensamento jurídico, cf. CASTANHEIRA NEVES, *Questão de facto...* cit., p. 635 e ss. Salienta o filósofo do direito português, contudo, que não é possível a defesa de um pensamento jurídico exclusivamente assente na fenomenologia, porque, com a sua dupla redução – fenomenológica e eidética –, acaba por se preocupar com o ideal, cortando com a intenção concreta da juridicidade (cf. p. 640).

Saliente-se que o facto de só com ela se ter olhado para o homem como criatura justifica que no nosso – sincopado – discurso acerca da compreensão dele nos centremos no quadro filosófico mais recente, abdicando de tecer considerações desenvolvidas acerca do entendimento clássico e moderno que sobre ele era vazado. Mas mais se diga que a referência à “criatura” (cf. KAUFMANN, *Filosofia...* cit., p. 275) não significa que se olhe para o homem no puro plano daquilo que, em KANT, poderia ser designado por fenomenal, importando, outrossim, a percepção da natureza ética que o informa. Só que ela, contrariamente ao que poderia decorrer de uma visão intelectualizada do mundo, não resulta de um *constructo*, mas da consciência exacta das relações de personalidade sem as quais a sua própria existência perde sentido.

O contributo decisivo da fenomenologia na matéria reside, então, na importância da intencionalidade e da intersubjectividade, denotada pela abertura ao mundo e ao outro como meio de captação da essência do ser.

Não será, porém, possível, como veremos, atermo-nos a um puro saber fenomenológico – procurando através dele a essência do ser humano –, abdicando de ulteriormente darmos o salto em frente no sentido da busca da fundamentação axiológica.

Donde se conclui que o ponto de vista aqui encabeçado a propósito da responsabilidade civil não há-de quedar-se numa visão antropológica estrita.

Veja-se, ainda, SIMONE GOYARD-FABRE, *Os fundamentos da ordem jurídica*, ... cit., p. 277 e ss.

Sobre a importância da fenomenologia no quadro jurídico, mostrando que a mesma não está condenada a um subjectivismo arbitrário, antes permitindo a abertura quer à objectividade, quer a um sentido ético, cf. JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *O Direito. Introdução e Teoria Geral. Uma perspectiva luso-brasileira*, 10ª edição, Almedina, Coimbra, 1997, p. 181 e ss. Denuncia à corrente jus-filosófica o enviesamento da perspectiva a que conduz, condenando o jurista, as mais das vezes, a um enfoque nos direitos do homem, com obnubilação dos deveres, e bem assim a um individualismo espúrio. Tal seria o resultado de um reducionismo eidético e da polarização da pessoa, categoria central da análise, como um dado da consciência.

Ora, pensamos que o salto operado do plano ontológico para o plano axiológico – e o mesmo é dizer, a abertura do subjectivismo a uma objectividade de sentido ético que OLIVEIRA ASCENSÃO não deixa de reconhecer – nos resguarda, não obstante a importância que possamos reconhecer ao pensamento fenomenológico, da crítica subjacente ao pensamento de OLIVEIRA ASCENSÃO.

Do autor, veja-se, ainda, para maiores desenvolvimentos no que à fundamentação da responsabilidade diz respeito, pese embora o enquadramento penalístico das lucubrações aí expendidas, *Acção finalista e nexa causal*, ... cit., p. 13. Distinguindo claramente uma perspectiva fenomenológica daqueloutra ontológica, lamenta que “as realidades ontológicas não tenham sido ainda assumidas verdadeiramente como elemento dinâmico do sistema” e critica o posicionamento de autores como REINACH que, com um apontamento estritamente fenomenológico, chega à intelecção das leis do ser, do que este é em si e para si e não do que é justo. Assumida a investigação como caminho de procura do valor e da ordem contida na natureza do

ser, ela viria a dar resposta ao problema fundacional do jurídico, permitindo, contudo, a adequada cisão relativamente ao direito natural, sem que, não obstante, tal seja garante da justeza que se almeja.

Também nós, estribando-nos nos ensinamentos de CASTANHEIRA NEVES e todos os seus seguidores, rejeitamos o individualismo hipertrofiante a que fomos conduzidos pelo culto formal dos direitos do homem.

Simplesmente, contra o que parece ser o testemunho de OLIVEIRA ASCENSÃO, cremos que, enquanto nos situarmos no plano ontológico e na estrutura finalista do agir humano a que, segundo o autor, somos por ele conduzidos, iremos continuar a polarizar-nos na individualidade ou, pelo menos, no diálogo não eticamente entretecido entre iguais. Pelo que, e adiantando um pouco aquelas que serão as nossas conclusões, o problema dito causal ou vem resolvido *a priori*, pela inclusão do evento na conduta, com a consequente confusão entre aquele e a culpabilidade, ou permanece autónomo, restando os mesmíssimos problemas com que a doutrina naturalista se confrontava.

No que ao primeiro segmento da alternativa respeita, sempre se dirá que o mesmo se não conforma quer com a *ratio iuris* – ou melhor, não pode ele ser assumido como tal –, quer com o direito já constituído, ao mesmo tempo que não logra responder satisfatoriamente aos problemas com que temos de lidar. A anunciar, também, e afinal, a falência de uma visão causalista estrita, colimada na segunda parte em confronto.

¹⁰⁹⁴ Sobre o ponto, cf. o recente estudo de DIOGO COSTA GONÇALVES, “Pessoa e ontologia: uma questão prévia da ordem jurídica”, ... cit., p. 125 e ss., em especial p. 126, onde, considerando que o grande desafio do jurista é “estabelecer o ditame deontico que ordene a potestas do Homem sobre o próprio Homem”, frisa a necessidade de se perguntar previamente o que é o homem, o que é a pessoa humana, o que é a personalidade e reconduz a trilogia interrogativa a uma única questão “o que é ser Pessoa para o Direito?” (cf. p. 127), reconhecendo que só a realidade ontológica da pessoa “pode ser fundamento da concretização normativa desejada” (cf. p. 128) e que o intérprete aplicador deve garantir “o respeito pela primazia da realidade ôntica da pessoa humana sobre qualquer construção técnico-formal ou recondução dogmática”.

O esforço compreensivo do autor é merecedor de aplauso, embora se possam intuir, pelo apego denotado a categorias hermenêuticas, pontos de clivagem em relação à proposta metodológica a que nos temos tentado manter fiéis.

Veja-se, ainda, em resposta à questão “O que é o homem?”, *Pessoa e direitos de personalidade. Fundamentação ontológica da tutela*, Almedina, Coimbra, 2008, p. 38 e ss. Em primeiro lugar, apresenta o homem como *distinctum subsistens* (ser vivo, animal, distinto dos outros seres, desde logo ao nível da intensidade – “a realidade do ser, no homem, é tão plena e suficiente que o Homem é (...) em si, pelo que não necessita de qualquer consciência psicológica ou emotiva”, ou seja, deixando de olhar para a consciência como marca definitiva essencial, o autor afirma, a páginas 42, que a marca da diferença específica está no próprio acto de ser, pelo que qualquer homem é necessariamente pessoa, independentemente do estado, circunstância ou aparência, recusando-se os gradualismos personalistas – único, irrepitível, com uma estrutura ôntica incomunicável). Em segundo lugar, refere-se a ele como *distinctum subsistens respectum*, no âmbito do que considera a solidão ontológica e a intersubjectividade. Aquela solidão ontológica, não se identificando com a ausência de relações afectivas ou outras, implica “afirmar que nenhuma relação da alteridade humana constitui o esse da pessoa”, porque “as relações com os outros seriam exteriores à perfeição do Homem” (cf. p. 45). “A ser verdade esta solidão, o drama humano agudizar-se-ia profundamente; a hora suprema da morte revelaria, afinal, a esterilidade e a mentira das relações humanas”. Ora, “a relação, no Homem, é constitutiva da sua realidade ontológica”, ou seja, a realização do homem só se dá em relação (não só na esfera biológica e económica o homem surge totalmente dependente dos outros, como não podemos esquecer, segundo o autor, o realismo relacional bíblico). Por último, apresenta uma terceira categoria da realidade humana: a categoria da realização (cf. p. 51). Marcado pelo desafio de sentido, é nesta dimensão que se integra a liberdade, que assim surge como uma possibilidade de não ser. Além disso, é uma constante no homem a necessidade de escolha. O homem olha para os fins porque a sua vida é uma tarefa. Assim, “a liberdade humana não é concebível sem o desafio dos fins”, mas (p. 56) “nem todas as formas de realização pessoal são verdadeiramente humanas. A liberdade do homem pode eleger (...) fins que o destroem, fins que são expressão (...) de não ser”, não sendo possível “afirmar uma relatividade subjectiva da categoria da realização (...) Não é o homem que define o que o realiza, num exercício arbitrário e neutro de sentido da vida... O homem não é medida dos seus fins” e, nessa medida, a liberdade humana implica um percurso de realização que é singular, mas que só o realizará se se encontrar marcado por aquela dimensão.

Em sentido concordante, OLIVEIRA ASCENSÃO, *Prefácio* da obra anteriormente citada, considerando que hoje a autonomia surge desligada da sua finalidade essencial, que é a realização da pessoa, transformando-se a dignidade num conceito vazio.

estaremos em condições de, nesta ponte de ligação directa entre o mundo da ética e o mundo do direito, percebermos como se desenha principiologicamente a liberdade do ponto de vista do justo¹⁰⁹⁵.

De facto, se o homem enquanto tal existe desde sempre, o olhar que, reflexivamente, sobre si derramou nem sempre foi coincidente. Da imersão no cosmos, ao tempo hodierno, passando pela individualização iluminista, muitas foram as formas como se compreendeu até à afirmação contundente da pessoalidade como categoria ética capaz de captar a essência informadora do ser humano¹⁰⁹⁶.

¹⁰⁹⁵ *Infra*, voltaremos a sublinhar a diferença entre o indivíduo e a pessoa. Aí, porém, a nossa lupa será outra, focalizando-nos no direito subjectivo. Aqui é a própria fundamentação do justo – a coincidir com o reconhecimento da ineliminável dignidade ética do ser humano como pessoa – que é chamada à liça. Sobre o valor do princípio da dignidade humana, numa perspectiva que se centra na constitucionalidade e já não na juridicidade, cf. BENEDITA MAC CRORIE, “O recurso ao princípio da dignidade da pessoa humana na jurisprudência do Tribunal Constitucional”, *Estudos m comemoração do 10º aniversário da licenciatura em direito da Universidade do Minho*, Almedina, Coimbra, 2004, p. 151-174. Considerando que o Tribunal Constitucional funda o princípio da culpa na ideia de dignidade da pessoa humana (cf. p. 167), a autora vem afirmar que os contornos dela não são imutáveis, nem intangíveis, configurando um “veículo de uma decisão moral sobre a admissibilidade ou inadmissibilidade de possíveis limitações à autodeterminação individual”. Na verdade, a autora opõe duas visões acerca da dignidade humana, chanceladas de liberal-individualista e paternalista e considera que o preenchimento da fórmula, em si mesmo vazia, fica dependente de um juízo de valor. No fundo, MAC CRORIE sente necessidade de densificar o conceito. Mas, ao fazê-lo prescrua o seu conteúdo nas soluções de direito positivo. Ou seja, em vez de o princípio ser fundamento da norma e esta ser interpretada à luz da sua intencionalidade (para cuja desvelação concorre dialecticamente o próprio sistema positivo, não o negamos, até porque ele, sendo uma das possíveis projecções do princípio, permite recolher indícios da devida intelecção do primeiro), a norma surge como fundamento do princípio, sendo este interpretado à luz daquela. Não só se contesta o alicerce metodológico com base no qual se move, como verdadeiramente concita perplexidade que, uma vez reconhecida a imperiosa necessidade da judicativa valoração, se afirme estar o princípio colimado no direito ao livre desenvolvimento da personalidade de cada um que, lido à luz de uma dada concepção de liberdade, a deixa sem arramas, purificada de qualquer juízo de valor. Ora, esta assepsia ética que se procura e, aproblematicamente, se julga alcançar afigura-se, afinal, inviável, porquanto a dita neutralidade seja já em si um valor que se afirma.

¹⁰⁹⁶ Cf. VASCO DUARTE DE ALMEIDA, “Sobre o valor da dignidade da pessoa humana”, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, Coimbra Editora, Coimbra, 2005, p. 623-648, aqui 626, mostrando a ambiguidade da noção de pessoa humana e bem assim a dimensão ética que a informa e lhe comunica um sentido de problematicidade, sobretudo em situações de fronteira.

Cf., ainda, DIOGO COSTA GONÇALVES, “Pessoa e ontologia...”, ... cit., p. 130-131, considerando que “dizer que o Homem é pessoa é dizer nada acerca do Homem”, porque “o pensamento jurídico, político e mesmo filosófico dos últimos tempos acabou por esvaziar o conteúdo semântico da noção de pessoa”.

Como bem compreenderemos, o sentido da pessoalidade intencionado em texto aponta para um referente de sentido ético-axiológico que está longe do vazio.

Refira-se, *in fine*, que o estudo de DIOGO COSTA GONÇALVES passa, exactamente, pela tentativa de densificação do conceito de pessoa, lançando pontes com o pensamento histórico e filosófico.

Acompanhemos o excuro propiciado pelos seus escritos. Assim, a pessoa aparece na Gécia antiga ligada ao teatro, e à máscara da tragédia, conduzindo “à identificação do conceito (...) com a própria personagem representada” (cf. p. 132). “Da personagem do teatro, pessoa passará a designar cada indivíduo humano que, no palco da vida e da polis grega, representa o seu papel” (cf. p. 132), tornando-se uma categoria mobilizável para designar o indivíduo em contraste com a humanidade e desconhecendo qualquer sentido metafísico (p. 134), que só aportaria com o cristianismo e a teologia cristã (cf. p. 135). [cf., ainda, do autor e no mesmo sentido, *Pessoa e direitos de personalidade*. ... cit., p. 23: o homem, na antropologia antiga, não passa de uma *res* bem ordenada. A filosofia antiga não sistematizou um conceito ôntico de pessoa, sendo a individualidade humana vista sob os augúrios da máscara trágica]. “Ao ser introduzido na teologia cristã, o conceito *persona* alterou-se substancialmente, e (...) passou a ser uma

E se o mundo de oitocentos foi dominado pela ideia de individualidade, o ficcionismo que imbuía a forma de auto-compreensão do eu – isolado e solitário no confronto com os demais – acabou por ser ferido de morte pelos contributos de filósofos como HEIDEGGER¹⁰⁹⁷, LÉVINAS¹⁰⁹⁸, MAX SCHELER^{1099 1100}.

verdadeira categoria ontológica. A noção de pessoa é, em justiça, uma criação da teologia cristã” (cf. 135), surgindo ligada a três questões: o problema da Santíssima Trindade, o problema da Encarnação do Verbo e o problema da semelhança ontológica entre o Homem e Deus (cf. *Pessoa e direitos de personalidade fundamentação ontológica da tutela*, Almedina, Coimbra, 2008, p. 24) “Com SANTO AGOSTINHO acentuam-se a individualidade e singularidade como notas do conceito de pessoa e aparecem já sistematizadas, como integrantes do conceito, as potências da inteligência, da memória e da vontade” (p. 138) e para SÃO TOMÁS DE AQUINO, “pessoa é *subsisten in rationalis natura*”. Mais especificamente, salienta DIOGO COSTA GONÇALVES que “o Homem, na visão cristão do mundo, era o único ser querido por Deus em si mesmo”, “é imagem de Deus porque é pessoa, como Deus é pessoa” (cf. p. 139) [vide, também, *Pessoa e direitos de personalidade... cit.*, p. 28/29].

Com o pensamento moderno e aquilo que o autor cunha por *Antropologia da Subjectividade*, a pessoa perde o seu conteúdo ontológico e passa a designar uma realidade psíquica, emotiva, subjectiva (cf. p. 141). Curiosamente, se o *eu cartesiano* é o eu estritamente psíquico, se em LOCKE “a pessoa não era mais do que consciência”, se com HUME se afirma ser “impossível falar filosoficamente de pessoa”, para KANT, “a tónica da realidade pessoal é posta, essencialmente, na consciência moral” e o “eu pessoa aparece como o eu do dever ser”, e para HEGEL, “não é mais do que a humanidade (...) manifestação da razão, da ideia e do espírito” (cf. p. 142 e 143).

A miríade de concepções a que, pela pena do autor que aqui acompanhamos, trazemos a lume (às quais aquele acrescenta uma breve referência ao pensamento de KIERKGAARD, para quem o homem é em relação com Deus, e NIETZCHE) é por si sistematizada com apelo a dois segmentos primordiais: a) intrasubjectividade (a pessoa surge a designar uma realidade psíquica ou emotiva, transmutando-se na subjectividade absoluta); b) intersubjectividade (o homem seria uma “relação social, filosoficamente relevante”, sendo esta a “premissa dos sistemas colectivistas”) – cf. p. 145.

Sucede à absoluta subjectividade moderna a *antropologia contemporânea*, a que o autor dá voz a págs. 146 e ss., e da qual derivam, segundo o seu estudo, dois sistemas: o *existencialismo* e o *personalismo*.

Para as construções existencialistas, a pessoa é “um projecto de si”, “o desafio permanente a ser mais ou a ser algo”, dividindo-se numa *matriz ateia*, quando “a realização [se] limita (...) à realidade fáctica e histórica da civilização e da sociedade”, e numa *matriz cristã*, quando o homem se realiza “na abertura à transcendência, na realização do seu ser face ao Eterno (...)”. (cf. p. 147).

Para o personalismo, a dimensão essencial da pessoalidade encontra-se na abertura ao outro, isto é, parte não da “subjectividade mas sim da intersubjectividade”, “não no sentido da dissolução do homem no colectivo (...) mas antes da abertura do homem – incomunicável e subsistente – ao outro, abertura esta constitutiva da sua realidade” (cf. p. 147).

Embora critique a autonomização da segunda via, o autor não deixa de referir que contemporaneamente são três os traços marcantes da pessoa humana: “alteridade, abertura relacional e liberdade como axioma fundamental” (cf. p. 146) [cf. ainda *Pessoa e direitos de personalidade... cit.*, p. 36]

¹⁰⁹⁷ Cf., para maiores desenvolvimentos, FREDERICK A. OLAFSON, *Heidegger and the grounds of Ethics. A study of Mitsein*, Cambridge University Press, 1998.

Cf., igualmente, para uma perspectiva generalista, NICOLA ABBAGNANO, *História da Filosofia*, vol. XIV, Editorial Presença, Lisboa, 1978, p. 192 e ss.

¹⁰⁹⁸ Cf. JONATHAN CROWE, “Levisian Ethics and Legal Obligation”, *Ratio Juris*, vol. 19, issue 4, 2006, p. 421-433. Analisando as implicações da ética de LÉVINAS na conformação legal da noção de obrigação, e centrando-se sobretudo na noção de terceiro de que o filósofo fala, CROWE sustenta a sua incompatibilidade com teorias como as de HART, na proposta de distinção entre obrigações morais e obrigações legais.

¹⁰⁹⁹ Como veremos, entendemos não ser possível fundar a juridicidade – e concretamente o sentido positivo da liberdade tal como ela vem pensado – na pura descoberta fenomenológica do ser humano. Abona a favor dela, no entanto, o apego ao dado concreto, fugindo do racionalizante modelo de pensamento típico da modernidade.

¹¹⁰⁰ Sobre a importância do contributo filosófico ao nível da intelecção da responsabilidade civil, cf. DAVID G. OWEN, “Why philosophy matters to tort law?”, *Philosophical Foundations of Tort Law*, Clarendon Press, Oxford, 1996, p. 1 a 27

O homem já não é identificado com o des-solidário eu, mas passa a ser compreendido na pressuposição de um tu. Como nos diz CABRAL DE MONCADA, “a ideia de personalidade reclama a de outras personalidades (...). O *Eu* pressupõe e reclama o *Outro*; o *ego*, o *alter*. Ninguém pode sentir-se plenamente eu, pessoa, senão em frente de outros *eus*, outras pessoas ou personalidades”^{1101 1102}.

Porque o homem encerrado na sua identidade não é capaz de desenvolver a sua personalidade, ele só é pensável no encontro com o seu semelhante – através do qual se reconhece. Ao *Dasein* (ser aí) heideggeriano alia-se sempre o *Mitsein* (o ser com os outros).

Para o autor, a relação entre os dois domínios é clara: a responsabilidade civil envolve a resposta à questão de saber como é que as pessoas se devem tratar no contexto telúrico. Implica, portanto, a prévia definição das regras comportamentais em sociedade. E esse parece ser, exactamente, o cerne problemático das indagações éticas. Também a ética se ocupa dos princípios da conduta própria. No fundo, o que o autor aduz não é mais do que o carácter normativo da razão prática em que qualquer um dos domínios se consubstancia. Sem que, nestas palavras, contudo, esclareça por que razão se há-de apelar ao sentido ético do agir de forma a fundamentar materialmente a juridicidade. Sobre isso, cf. o que diremos *infra*.

Na verdade, a perspectiva é, ali, mais interdisciplinar do que crítico-reflexiva. Cf., para o correcto entendimento da asserção, p. 25.

Acerca da conformação ética da responsabilidade civil, cf., ainda, VILMOS PESCHKA, “The removal of ethical and moral content from tort law liability”, ... cit., p. 133 a 148.

Analizando historicamente o instituto, o autor chega à conclusão que, de uma primitiva imposição objectivista, se passou a um entendimento subjectivista, tornando-se a culpa um requisito central da imputação obrigacional assim nascida. Terão pesado nesta evolução factores tão diversos como o desenvolvimento económico e cultural, a importância dada à propriedade privada e à individualidade, o ideal de humanização e a concepção de homem livre surgida com o Cristianismo. Na verdade, sustenta o autor (cf. 135) que tudo isto fez emergir uma relativa preocupação ética, a justificar o descentramento em relação ao lado externo da conduta e a consequente sindicância da sua interioridade.

¹¹⁰¹ CABRAL DE MONCADA, *Filosofia do direito...* cit., p. 39. Mais acutilantemente, o autor chega a dizer que “trata-se (...) dum singular que não pode jamais pensar-se sem o seu plural”.

Infra, teremos, como salientado, oportunidade de acompanhar novamente a dissensão entre o indivíduo e a pessoa a propósito do tratamento do direito subjectivo e do seu conceito.

Saliente-se, porém, que em LÉVINAS o conhecimento do ser não se baseia numa estrutura dialógica, já que se toma conhecimento do outro porque ele nos atinge, ficando o eu passivo na afirmação do “eis-me aqui” de Abraão. Cf., para mais desenvolvimentos sobre o ponto, CASTANHEIRA NEVES, *Questão de facto – questão de direito...* cit., p. 725.

¹¹⁰² Cf. DIOGO COSTA GONÇALVES, “Pessoa e ontologia...”, ... cit., p. 155 e ss., evidenciando o dado e mostrando a importância que a teologia cristã teve na compreensão do homem como um ser em relação: “para a antropologia cristã o homem é em relação e só é em relação. Não existe verdadeira realidade pessoal sem relação, sendo que a primeira e mais fundamental dimensão relacional é com Deus, o *Tu* eterno face ao qual o *eu* de cada Homem se explica e se compreende” (cf. p. 156).

Veja-se, ainda, no estudo citado, p. 159: “o Homem não é só abertura relacional, perspectiva que nos levaria a negar qualquer verdadeira realidade ontológica subsistente. Nem é só, também, uma exclusiva clausura ontológica, em razão da qual a intersubjectividade aparecesse como verdadeiramente accidental e dispensável. É, antes, tudo isto, num único e mesmo acto de ser... a esta realidade chamamos pessoa”.

Saliente-se, igualmente, que o autor autonomiza uma terceira dimensão predicativa da pessoa: *a realização* (“o Homem (...) vive marcado pelo desafio do sentido. A vida não lhe aparece, nunca, como uma realidade estática, acabada, mas antes como um projecto, um desafio a ser mais, a se tornar aquilo que é”. É esta dimensão que o leva a eleger fins e a operar escolhas (“a missão do homem (...) só se realiza a partir da escolha livre de fins” (cf. p. 161).

Simplesmente, o outro a quem me dirijo não pode ser visto numa perspectiva instrumental. Como diria CASTANHEIRA NEVES, o outro de que aqui se cura não é mera “condição de existência (pense-se na *Lebenswelt* e na linguagem)”, “condição empírica (pense-se na situação de carência e a necessidade da sua superação pela complementaridade e a participação dos outros)” ou “condição ontológica (pense-se no nível cultural e da existência, no nível de possibilidade do ser, que a herança e a integração histórico-comunitárias oferecem)”^{1103 1104}.

Pois se todas estas dimensões são relevantes na vivência da individualidade, elas por si só não arredam da conformação da ipseidade a recusa ética, pelo que só o respeito e o reconhecimento do outro como um fim em si mesmo podem permitir a plena assunção da dignidade de cada um. Com o que se encontra a dignidade do ser humano, não por derivação de uma qualquer característica ontológica, mas porque as exigências de sentido que lhe são comunicadas inculcam a necessidade do salto para o patamar da axiologia^{1105 1106 1107 1108 1109 1110}.

¹¹⁰³ Cf. CASTANHEIRA NEVES, “Pessoa, Direito e Responsabilidade”, ... cit., p. 34.

¹¹⁰⁴ Cf., a este ensejo, DIOGO LEITE CAMPOS, *As relações de associação – o direito sem direitos*, Almedina, Coimbra, 2011, p. 32 e ss., falando, no horizonte de compreensão histórica do sujeito, de pessoa em si e para si (“com uma natureza filantrópica que dá a capacidade à pessoa humana de se transcender relacionando-se com outros e visando tendencialmente a totalidade do ser ...”); da pessoa que “para além de ser em si e para si, [se] relaciona(...) com os outros: sendo também, e do mesmo modo, ser para, numa coincidência ontológica – a “exemplo” da Trindade”. Enquanto na Trindade a relação é uma comunhão ontológica, na pessoa humana é o indivíduo que se abre às relações com os outros e com o Outro, sem perder a sua singularidade e superando a sua solidão ontológica em relações de amor”. Assim, para além de ser em si (“uma consciência livre”, que permite “a abertura ao outro”) e de ser por si (a viabilizar a abertura da pessoa aos outros), “reconhecendo a dignidade pessoal insuperável do sujeito, reconhece-a também nos outros, comparáveis através da sua exterioridade. E assim funda a sua eticidade enquanto responsabilidade para consigo mesmo e para com os outros”, concluindo-se que o homem é também ser para com o outro e que “a comunicação com os outros torna-se expressão fundamental constitutiva da pessoa”.

Mostrando que “a transição do eu-tu para o nós vinha sendo exigida desde sempre pela ética cristã como reflectindo a realidade divina e as relações de Deus para com os homens” (cf. p. 53), LEITE CAMPOS defende que, porque “a relação eu-tu criadora da pessoa humana não existe sem o tu”, transformando-se num “nós solidário”, “o direito civil passa a conjugar-se na primeira pessoa do plural” (cf. p. 55). E adianta que “este caminho está a ser percorrido na noção de contrato como instrumento de solidariedade, na noção expansiva da boa fé, do abuso do direito e dos limites à autonomia privada, na eficácia externa das obrigações, na responsabilidade civil por danos indirectos, na revisão (por força das ciências quânticas) do nexo de imputação e de culpa, no montante do dano à pessoa (corpo, vida), etc...”.

¹¹⁰⁵ Cf. CASTANHEIRA NEVES, “Pessoa, Direito e Responsabilidade”, ... cit., p. 34.

¹¹⁰⁶ No quadro do diálogo de superação do jusnaturalismo e do positivismo, cf. PINTO BRONZE, *A metodonomologia entre a semelhança e a diferença...* cit., p. 325-326, numa referência à improcedência de quaisquer *ontologificantes empirismos*, que considerariam “a coisa direito *na sich*” e não “*für uns*”, como na óptica hermenêutica.

Saliente-se que o afastamento da ontologia aí referida não equivale ao sentido assumido por nós, traduzindo-se antes no afastamento metodologicamente comprometido daquelas impostações da juridicidade que o autor questiona. Mais se diga, agora numa perspectiva que transcende o âmbito das lucubrações aqui inscritas, que a pretensa aproximação a uma racionalidade hermenêutica foi, em trabalhos posteriores, posta em causa, numa revisão do seu posicionamento na matéria, pelo próprio autor.

¹¹⁰⁷ Cf., a este propósito, CARNEIRO DA FRADA, “A vida própria como dano. Perspectivas civis e constitucionais de um tema actual”, *Direitos fundamentais e direito privado: uma perspectiva de direito comparado*, ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, JÖRG NEUNER, INGO WOLFGANG SARLET (org.), Coimbra, Almedina, 2007.

O autor, a propósito do tema dos *wrongful births*, chama à colação a pessoa em detrimento do indivíduo. Questiona, aí, “se não se funda a *dignitas humana* na pessoa em sentido ontológico, mas apenas no indivíduo (*noumenon*), como se pode impor aos sujeitos limites jurídicos na disposição da própria vida?” e acrescenta, à frente, “o relativismo no sentido de um subjectivismo absoluto é impensável também em estados de direito plurais e democráticos”.

Para o autor, a juridicidade não se alicerça na individualidade, mas na pessoalidade. Refere-a como uma realidade ontológica e indaga qual o conteúdo da dignidade que ela leva implícita, pelo que, também aí, embora de forma não explícita, se dá o salto do ontológico para o axiológico.

Acompanhe-se o pensamento do autor por mais um tempo. Refere o civilista que não é possível recorrer a concepções particulares da vida e do mundo. “Assim, não é possível recorrer directamente ao optimismo radical do cristianismo (...). O conceito de *dignitas humana*, particularmente em sociedades plurais, tem de ter a pretensão de uma validade intersubjectiva”. E na busca do referencial transpositivo e transtextual que preencha o conteúdo da dignidade humana em que se alicerça o jurídico, CARNEIRO DA FRADA abre a possibilidade de convocação da fé. Sobre o entendimento do autor acerca da problemática, cf., *infra*, novos desenvolvimentos.

Cf., a este propósito, FRANCESCO D’AGOSTINO, *Il diritto come problema teologico ed altri saggi di filosofia e teologia del diritto*, G. Giappichelli Editore, Torino, 1997. Afirma o autor que o direito é pela sua estrutura íntima relacional (p. 42), pelo que implica uma interessoalidade, a reivindicar, por sua vez, o reconhecimento do valor infinito da pessoa humana.

Na verdade, para o autor, a dimensão relacional da juridicidade tem de ser pensada em termos mais ricos e profundos do que aqueles que resultam da mera polarização societária do direito. Conforme salienta, também Robinson Crusoe ditava regras a si mesmo, pelo que haverá de encontrar-se a *ratio* da negação do carácter jurídico a cada uma delas. Significa isto, portanto, para ele que a relacionalidade que se invoca não pode ser vista como um mero facto, mas há-de ser concebida como um princípio (cf. p. 44-45) e a alteridade não implica apenas a presença do outro, mas o reconhecimento de um dever diante do outro, através do qual me respeito (cf. p. 49-50).

O autor apresenta uma perspectiva onto-fenomenológica: o direito descrito como uma experiência humana relacional, colocada ao recíproco reconhecimento intersubjectivo, uma experiência de carácter integrativo-inclusivo, potencialmente universal no seu dinamismo difuso e societária no seu princípio e na sua estrutura constitutiva (cf. p. 11-12). E, apesar de distinguir os problemas próprios da normatividade moral daqueles inerentes à estrutura intersubjectiva societária da existência, indaga acerca da viabilidade de um fundamento teológico da normatividade.

Salienta D’AGOSTINO que “a perspectiva pós-moderna vem mostrar que a ética não é universal, mas se articula numa multiplicidade de singulares opções morais. Nem sequer se considera louvável do ponto de vista axiológico a redução da complexidade à unidade, pois que tal implicaria uma opção a favor de uma uniformidade ética, que na época pós-moderna é tida como repressiva” (cf. p. 83), para questionar como se afigura tal possível na fundamentação do jurídico. Encontra-se a raiz da normatividade, para grande parte dos autores contemporâneos, no acordo alcançado através da linguagem. Mas, “o diálogo é uma experiência unicamente e profundamente humana”. Ou seja, só é possível entre pessoas que se reconheçam como pessoas. O reconhecimento, que é pressuposto do diálogo, deve ter não só uma valência empírica (reconheço que o outro, que a mim se contrapõe, é como eu) mas também ontológica (reconheço que o outro – como outro e não só como mero indivíduo empírico – é como eu) e ao mesmo tempo axiológica (reconheço que o outro – como outro e não apenas como mero indivíduo empírico – vale tanto como eu) [cf. p. 86].

Para o autor, a ideia de estranho moral é uma categoria jurídica (jurídica positiva e não jurídica em si mesmo), mas não é uma categoria antropológica, filosófica ou teológica: a demonstrá-lo o facto de a qualquer homem, mesmo como estranho, ser possível aspirar a um diálogo e atingir um acordo (cf. p. 88). Apresenta, por isso, um paradigma do que é o direito no quadro de uma sociedade plural – cf. p. 130. O direito tem um carácter laico, universal, transcultural. Dirige-se a todos os homens; é transcultural porque, para lá das suas múltiplas concretizações, é uma constante da sua exigência estrutural de defesa e promoção do bem-estar humano. Mas a laicidade não implica a ausência de valores. O direito deve ser um promotor da coexistência intersubjectiva, no sentido do respeito e da solidariedade e nesse sentido são-lhe intrínsecos alguns princípios: paridade ontológica; liberdade, que não existe verdadeiramente senão mediada pelo direito, sob pena de se resvalar para a libertinagem que é ela própria a negação da liberdade; tolerância que, adequadamente compreendida, não pode ser assumida como uma abertura para

o desvalor ou a indiferença ética; anti-dogmatismo. É esta a lição expendida pelo autor, a partir das páginas citadas e que aqui acompanhámos de perto.

¹¹⁰⁸ No quadro mais amplo de percepção do valor informador da conduta humana, cf. CAMILO J. CELA-CONDE, “Ética, Diversidade e universalismo: a herança de Darwin”, *Uma ética para todos?*, (dir. JEAN-PIERRE CHANGEUX), Instituto Piaget, 1997. Esclarece o autor que, segundo o seu entendimento, não podemos continuar presos à “distinção proposta pela escola do sentimento moral entre os domínios do motivo para agir e do critério moral, uma vez que (...) não bastam para explicar a complexidade do acto de preferência moral”. O que poderia ser, contudo, a assunção da improcedência de uma ancoragem estritamente antropológica ou ontológica para sustentar uma ordem normativa acaba por, no desenvolvimento subsequente das suas ideias, ser infirmado, porque o autor – no plano da descoberta da justificação ética – vai afinal orientar-se pelas notas do darwinismo, matizadas pelas recentes descobertas acerca da mente humana.

¹¹⁰⁹ Cf. DIOGO COSTA GONÇALVES, “Pessoa e ontologia...”, ... cit., p. 154. A consideração exclusivamente ontológica da Pessoa como pressuposto da juridicidade conduz a uma diversa intencionalidade do sentido da responsabilidade que se escora na liberdade. Assim, “a liberdade humana radica na realidade da autopossessão. Na verdade, ser livre, para o Homem, não é para tanto poder fazer o que quiser quanto pode ser o que é... a verdadeira dimensão da liberdade radica, uma vez mais, no próprio acto de ser; o homem, porque se autopossui, é livremente aquilo que é! Mas esta consideração conduz-nos, também, ao limiar da tragédia da liberdade: o Homem, porque é livre, pode escolher, tão simplesmente, não ser... Na autopertença radica também a sua autonomia e o senhorio sobre os seus próprios actos. Neste senhorio se funda a responsabilidade e, por isso, só o Homem é capaz de culpa e de mérito”.

Reconhecendo ainda uma dimensão ontológica relacional e uma dimensão ontológica finalista, inerente à constante e instantânea procura de realização que o faz eleger fins e actuar de acordo com eles, DIOGO COSTA GONÇALVES salienta que “a liberdade humana não é concebível sem o desafio dos fins... de que aproveita ao Homem ser livre, se a sua liberdade não o permitir eleger a verdade de si mesmo; de que lhe serve ser livre, se cada sentido eleito pela sua escolha for tão relativo quanto o sentido contrário?” e acrescenta que “afastar do discurso antropológico o problema dos fins do Homem é rebaixar a sua própria liberdade, é roubar-lhe dignidade (...)” [cf. p. 163].

Observa, portanto, a este ensejo que “por mais reservas que se possam colocar na identificação dos fins do Homem, é por mais evidente que nem todas as formas de realização pessoal são verdadeiramente humanas... A liberdade do Homem pode eleger, e eleger muitas vezes, fins que o destroem, fins que não são expressão de ser mas antes, simplesmente, de não ser. (...) Não é o homem que define o que o realiza, num exercício arbitrário e neutro do sentido da vida... o Homem não é a medida dos seus fins. Há, na verdade, uma dimensão objectiva da realização humana que se torna conhecida quando olhamos a realidade ontológica da pessoa; e essa dimensão – objectivada na ordem do ser – é a que atrás identificámos como categoria da realização: O homem, um ser para o outro” [cf. p. 165].

O salto para o plano axiológico torna-se, pois, evidente, mas ele acaba por não contaminar a compreensão da liberdade.

Pela importância do tema na economia da nossa dissertação e na exacta medida em que o diálogo com o autor nos permitirá explicitar algo que, eventualmente, possa ter ficado menos claro, continuaremos a acompanhar, de muito perto, a sua exposição.

Na verdade, considera DIOGO COSTA GONÇALVES que “porque é livre, o homem pode escolher fins (...) que não realizam aquilo que ele é... Só o homem pode não ser aquilo que é. Mas esta dimensão negativa da liberdade tem, no seu reverso, que também o homem só se realiza voluntariamente. Nada nem ninguém pode substituir a acção humana na busca da sua realização. (...) A realização humana é (...) tão única, singular e irrepetível quanto cada pessoa. No entanto, esse percurso singular e único não realizará o Homem que o percorre se não se encontrar marcado por aquela dimensão própria do ser para. Sem ser para, o Homem nunca chegará a ser mais” [cf. p. 165]. Para tanto, o homem revê-se em ideais, que busca alcançar e que, se no quadro de um pensamento cristão, se identificarão com a santidade, nas sociedades modernas ou pós-modernas se encontram fragmentados entre uma multiplicidade de objectivos de vida, aparecendo “o problema da realização do homem sem uma verdadeira resposta”. Ou como conclui o autor, “mercê desta marcada ausência, o Homem contemporâneo vai vivendo... (...) vive como se nunca morresse e morre sem saber, afinal, para que tinha vivido” [cf. p. 168].

Mergulhando na dimensão ontológica do ser humano, entendido como Pessoa, DIOGO COSTA GONÇALVES acaba por sentir necessidade de operar o salto para o jurídico. Fá-lo com uma pressuposição de sentido da juridicidade diversa daquela de que partimos, posto parecer fazer apelo a uma dimensão ainda *jusnaturalista* e a uma racionalidade de pendor hermenêutico (cf. p. 176). Contudo, para lá das clivagens, não deixa de ser eloquente o apelo a três categorias fundamentantes do jurídico: *alteridade*,

O homem como pessoa transforma-se, portanto, no centro gravitacional do jurídico e assume-se como o referente de sentido sem o qual a responsabilidade não é pensável^{1111 1112}.

Sem que estejamos, desde já, desonerados de continuar a cumprir o nosso trabalho de reflexiva ponderação crítica acerca da própria juridicidade. Ou dito de outro modo, importa ainda perceber por que razão não pode o direito quedar-se num puro

exterioridade, conteúdo ético. Na definição dos contornos da personalidade merecedora de tutela ao nível do direito afirma só ter relevância jurídica “a realidade pessoa que esteja trespassada pelo conteúdo ético (...) a orientação dessa realidade aos fins da realização humana, à construção do Homem no sentido de ser mais, que se consubstancia, como vimos, em ser para” [cf. p. 178]. Veja-se, ainda, do autor *Pessoa e direitos de personalidade...* cit., p. 88 e ss., onde, a partir das considerações expendidas DIOGO COSTA GONÇALVES toma posição acerca da conformação dos direitos de personalidade. As críticas que aí encontramos prendem-se com a pressuposição do indivíduo em detrimento da pessoa, com a desconsideração do conteúdo ético necessário para a valoração jurídica, com a protecção de certos direitos que não são verdadeiramente direitos de personalidade, “ou porque a realidade jurídica que lhes serve de objecto não está compreendida na noção de personalidade ou porque não preenche o conteúdo ético exigido para a valoração do direito” – cf. p. 94, nota 174, considerando que o direito à imagem não é um direito de personalidade em sentido próprio –, pela não introdução de um conjunto de noções como sejam a solidariedade, o sacrifício, o dever. Para o autor, “se a pessoa humana é abertura relacional, o direito não pode suportar a construção de uma tutela da personalidade que acolha o egoísmo, o direito a estar só, o direito a uma privacidade exacerbada que mais configura um solipsismo jurídico, um direito a não ser incomodado pela comunidade e a despreocupar-se dela. A solidariedade, a doação ao outro, a responsabilidade pelo outro aparecem como reflexos da realidade ôntica que o direito é chamado a considerar (...). O outro não é obstáculo à personalidade” – cf. p. 97. Conclui, assim, que há deveres que conformam o conteúdo daquela personalidade.

Dois aspectos não-de ser sublinhados do excurso do autor que acompanhámos de perto. Em primeiro lugar, louva-se a percepção da necessidade de apelar à dimensão ético-axiológica. Em segundo lugar, sublinhar-se a compreensão da liberdade humana como uma liberdade com sentido, integrada, também, por deveres para com o outro, concepção esta que é a única que pode ser aceite pelo direito. Refira-se, porém, que o autor se centra na análise dos direitos de personalidade, enquanto nós estamos a apelar à pessoa e à sua liberdade ao nível dos princípios normativos fundamentadores de todo o ordenamento.

¹¹¹⁰ Cf., a este propósito, a interessante perspectiva comunicada por Bento XVI ao Parlamento Federal da Alemanha na sua viagem apostólica, a 22 de Setembro de 2011, referindo-se à dicotomia entre o ser e o dever ser e evidenciando que a fundamentação do jurídico no plano ontológico e da natureza só não é possível quando se olhe para esta de uma perspectiva que abandone a pressuposição de uma Razão Criadora que comunique à própria natureza determinadas regras. No fundo, a dimensão axiológica de que falamos continua presente na lição do Santo Padre, não se gerando, para o crente, qualquer contradição entre as duas leituras da juridicidade. Na verdade, o necessário salto axiológico a que nos referimos não implica a negação de uma Entidade Suprema, que dê ao ser os seus princípios, antes evidenciando que não é possível colher o sentido do direito na realidade de que nos falamos os autores que ainda comungam, consciente ou inconscientemente, de uma visão positivista da natureza.

¹¹¹¹ Cf. PAULO MOTA PINTO, *Interesse contratual ...* cit., p. 43, nota 148. Afirma o autor que o direito como ordem de intenção que é conduz-nos, “como que analiticamente, ao dever-ser, à liberdade, à pessoa, à alteridade e aos fins. O dever ser é uma modalidade característica dessa ordem que pressupõe dever e deste decorre necessariamente a liberdade de conduta (...). Logo o direito, mediante o elemento deontológico do dever pressupõe a noção de liberdade. Mas esta pressupõe a personalidade: não há poder moral sem o sujeito que pode. Pelo que também não se poderá pensar o direito sem pensar na personalidade. E contida no conceito de personalidade está a ideia de alteridade e de relação: pensar o eu reclama pensar o outro (...). O direito pressupõe uma alteridade de pessoas livres e fins, relacionados numa convivência, a qual postula um mínimo de colaboração e ajustamento”.

¹¹¹² Cf. FRANCISCO AMARAL, “O dano à pessoa no direito civil brasileiro”, *Pessoa Humana e Direito...* cit., p. 119 e ss., em especial p. 120 e ss. (falando de um princípio da operabilidade, concretitude e concreitude, nos termos dos quais se orienta a interpretação no sentido da criação da norma jurídica adequada ao caso concreto, tendo em consideração o ser humano)

plano antropológico e reivindicar uma nota de alteridade que se esgote no respeito do outro enquanto outro diverso de mim, senhor dos seus destinos, como nós dos nossos. Isto é, por que razão se acolhe ao nível da juridicidade uma perspectiva fundamentante colimada na dignidade do ser pessoa?

Responder a tal questão implica uma árdua tarefa. É todo o mundo em que mergulhamos que assim vai questionado. Mas, em detrimento de uma complexa formulação do porquê e para quê do direito, podemos optar por apontar as linhas mestras de inteligibilidade da assunção previamente anunciada.

Estribam-se em três pontos: insusceptibilidade de se apreender e realizar o direito se reduzido a uma pura forma orientadora das conduta em sociedade; inaceitabilidade de uma recondução daquele a um sistema que obnubile a centralidade do sujeito¹¹¹³. A estes dois alia-se um último a mexer com a própria concepção de ser humano com que havemos de jogar.

Se, por um lado, já aduzimos argumentos suficientemente seguros no sentido de mostrar a imprestabilidade de um ponto de vista estritamente individualista¹¹¹⁴, quer

¹¹¹³ Ao esquecê-lo, estaríamos, no fundo, a construir um sistema de direito onde este estava ausente. E onde se torna impensável a própria responsabilidade, transformada, então, em fórmula de cálculo de riscos e distribuição dos mesmos focalizada na totalidade unitária da comunidade. Não é, parece-nos, outra a posição que transpira do pensamento de CALABRESI e POSNER, a quem, atempadamente, dirigimos as nossas críticas.

¹¹¹⁴ Esta imprestabilidade redundante, afinal, na insusceptibilidade de com base nele se criarem vínculos normativos, quaisquer que eles sejam.

Veja-se, ainda, a este propósito DIOGO LEITE CAMPOS, *As relações de associação...* cit., p. 104 e ss., afirmando que “qualquer vínculo social, qualquer norma é considerada naturalmente infundamentada por limitar a natureza humana que é a vontade livre do sujeito. O social, o público, nesta medida desaparece. A (ex-) sociedade parece desagregar-se em miríades de indivíduos que, como um caleidoscópio, se compõem e decompõem de instante a instante”. Note-se que LEITE CAMPOS acaba por atingir criticamente não só o individualismo de raiz iluminista, mas também o subjectivismo pós-moderno que não seria mais do que exasperação daquele. Assim, para as “doutrinas modernas do direito natural, a base do direito – o Direito natural – deve ser procurada nos indivíduos, feitos à imagem e semelhança de Deus (não sociais); portanto, cada um é auto-suficiente – uma sociedade em si mesma por ser dotado de razão (...). O Estado da natureza é o Estado de cada homem, considerado individualmente, antes de qualquer vínculo social” (p. 90). Sendo, a partir daqui, necessário construir teoricamente o Estado como um “conjunto”, chega-se à concepção contratual de ROUSSEAU, no qual “a liberdade passará a ser (só) o direito de fazer o que a lei permite”, abrindo-se “as portas à entrada de todo e qualquer totalitarismo”. Sendo necessário agir contra isso, passam a afirmar-se os direitos individuais contra o Estado e, no séc. XIX, “a maioria do liberalismo acentua a liberdade negativa do indivíduo que decorreria da sua própria natureza – e que seria uma exigência da sua liberdade. Liberdade que, perdidas as barreiras e as referências, caía no anonimato e na anomia” (p. 95). Por isso, “ao transformar o indivíduo em súbdito de si mesmo (leia-se: da vontade geral), transforma-se a liberdade no direito de fazer (só) o que a lei permite. Mas, seriam os homens, desvinculados de modelos, capazes de se comportar moralmente e de definir normas éticas? (...) O direito parece desaparecer enquanto tal, para se transformar na expressão, ou instrumento, de uma (mera...) ordenação social (...)” – p. 97. “Enquanto o modelo tradicional, romano, é o do «princeps» («primeiro»), modelo de autoridade, saber, virtude, prudência; e o modelo medieval é o do sacrifício, o das virtudes heróicas, da total dádiva aos outros (o santo) – o (não) modelo pós-moderno é o do instinto selvagem e predador” (p. 98). Nesta medida, “parece ter-se ultrapassado o conceito de pessoa (ou de personalidade) jurídica, enveredando-se por uma subjectividade (concreta e histórica) não abstracta (...). A única

pelo ficcionismo intelectualizante que o mesmo comporta, quer pelo autismo desagregador dos laços comunitários em que verte, por outro cremos não ter ficado ainda suficientemente explicitado por que razão se opera aquele salto do plano ontológico para o plano axiológico¹¹¹⁵.

No fundo, o vector central do nosso discurso passa pela correcta colocação metodológico filosófica dos dados do problema. E refracte-se em dois níveis.

Por um lado, se partimos exclusivamente do dado onto-antropológico não conseguimos, concludentemente, aceder ao agir ético porque ele, colocando-se no plano do dever ser, não pode ser colhido dedutivamente – à semelhança do que pretendia uma visão dedutiva jusnaturalista – do ser. O que este nos transmite é a impertinência racionalizante dos extremos: a solidão atomizante do individualismo e a sufocante hipertrofia socializante. Mas, se o plano do ser nos permite, logo, afastar determinadas mundividências jus-culturais, ela não logra, só por si, fundar a normatividade. A necessidade do outro não é impreterivelmente, como nos mostrou CASTANHEIRA NEVES, a necessidade do agir ético, podendo cumprir-se na indiferença da sobreposição adjacente de existências que não se abrem ao outro nem actuam no âmago da sua dignidade humana.

Do plano filosófico e metodológico, a conclusão não será diversa. A fundamentação do jurídico no ontológico, do dever ser no ser não pode ser aceite na medida em que o direito não pode cumprir a sua função de validade “com o seu simples

proibição (único limite) é de proibir: é proibido proibir. Qualquer norma (...) é considerada como desprovida de fundamento, e intolerável por limitar a vontade livre do indivíduo” (p. 99).

DIOGO LEITE CAMPOS contrapõe o liberalismo, que se “fundava[...] na convicção de que a justiça nas relações entre os privados decorria do livre jogo das vontades individuais até atingirem um equilíbrio. Mas pressupõe uma tensão no sentido de Justiça, a consciência da possibilidade, se não se atingir a Justiça, pelo menos de uma progressiva aproximação desta. O subjectivismo pós-moderno funda-se, antes de mais, no afastamento da referência à Justiça, conceito vazio” (p. 100). “Criaram-se novas relações de força justificadas de modo novo (...). Por assentarem declaradamente no desejo desvinculado e se dirigirem à satisfação dos mais fortes. Com progressivas vitórias do individualismo e conseqüente destruição do fundamento ético da ordem social e do Direito”.

¹¹¹⁵ Não queremos, com isto, incutir no leitor a ideia da autoria do salto dialógico de que se cura. Tempestivamente, tivemos oportunidade de, através da exigível citação, o atribuímos ao seu verdadeiro autor.

Sobre esse salto do patamar ontológico para o plano axiológico importa tecer algumas considerações, a refractarem-se em dois níveis: no exercício da liberdade e na fundamentação da juridicidade.

Dir-se-á, no que ao segundo denominador diz respeito, que o encontro de subjectividades não garante a validade de uma ordem normativa. Só o olhar axiologicamente conformado, pelo reconhecimento do outro como pessoa, portadora de uma ineliminável dignidade ética, a reivindicar o meu análogo estatuto, garante que se alcance tal desiderato. Mais se diga que, a ser assim, a liberdade de que se fala – como valiosa do ponto de vista jurídico – não pode ser a mera autodeterminação ontologicamente predicada, mas há-de ser axiologicamente informada. Donde resulta uma matização própria que, em texto, caracterizaremos.

ser na realidade e com a realidade, mas mediante o transcender a realidade pressuposta numa intenção de validade que visa justamente realizar”^{1116 1117}.

Ora, a verdade é que o direito é uma ordem normativa. Tem como finalidade ordenar condutas, para o que assume uma determinada intencionalidade, a traduzir uma validade. E, para que essa validade não resvale num sem sentido ordenador do encontro no mundo, ela não pode deixar de convocar – para ser verdadeiramente válida – uma axiologia fundamentante¹¹¹⁸. Que vem a encontrar-se, afinal, naquele sentido de

¹¹¹⁶ Cf. CASTANHEIRA NEVES, *Questão de facto*, ... cit., p. 668.

Aliás, se não resistíssemos à tentação de deduzir a validade a partir da realidade do ser, poderíamos ser condenados a um modelo de juridicidade aparentado com o dedutivismo criticado em outros tempos e ficar enredados num conceptualismo que olvida o caso concreto.

Note-se, porém, que ao lançarmos mão do contributo fenomenológico, acabamos por negar, de todo o modo, uma mera referência cognitiva ao real e o formalismo – cf. *Questão de facto*, ... cit., p. 696.

Cf. SIMONE GOYARD-FABRE, *Os fundamentos*... cit., p. 5 e ss., para a caracterização da tradição jusnaturalista, quer de base ontoteológica, quer de base obsessivamente individualista, mostrando-se, assim, a distância que dessa impostação do jurídico nos separa.

¹¹¹⁷ Cf., também, embora num contexto dialógico diverso, que, fazendo entrar em cena o funcionalismo sistémico de LUHMANN, o leva a caracterizar, nessa óptica, o sub-sistema religião, PINTO BRONZE, *A metodonomologia entre a semelhança e a diferença*... cit., p. 287-288: “Só por referência a uma instância extraposta é que o homem logra sentir-se responsável (*Sich-verantwortlich-Fühlen*) e se relaciona eticamente com os outros”.

Para uma profundíssima análise dos méritos e deméritos do funcionalismo sistémico, cf. CASTANHEIRA NEVES, “O funcionalismo jurídico. Caracterização fundamental e consideração crítica no contexto actual do sentido da juridicidade”, ... cit., p. 122-151.

Outras referências serão feitas *infra* a propósito da corrente do pensamento.

¹¹¹⁸ Cf. WELZEL, *Naturalismus und Wertphilosophie im Strafrecht, Untersuchungen über die ideologischen Grundlagen der Strafrechtswissenschaft*, Mannheim, Berlin, Leipzig, 1935.

O autor funda a juridicidade na natureza das coisas como estrutura categorial-objectiva. Para ele existem determinados dados ontológicos a que o legislador, e mais amplamente qualquer intenção de validade, se tem de vincular. Haveria que discernir determinadas estruturas lógico-materiais – estrutura ontológica do jurídico – que o direito positivo não poderia deixar de respeitar se quisesse ser materialmente fundado.

Dessas estruturas rapidamente se deduziria o seu regime jurídico, pelo que, com WELZEL, a acção juridicamente relevante não poderia deixar de ser a acção finalista, com todas as consequências daí advenientes no que se refere à construção dogmática da infracção penal.

Sobre o ponto, teceremos ulteriormente as devidas considerações.

Por ora, detenhamo-nos sobre dois aspectos, perfunctoriamente. Quedando-se a acção num dado finalisticamente recortado, porquanto ela deva ser vista como uma categoria ontológica e portanto final, abarcando tudo o que se apresente como necessário para a condução final levada a cabo pelo agente, a doutrina welziana acaba por convergir em índices de problematidade acrescida, escarpelizados sobretudo pela doutrina criminal. É toda a tematização da omissão e da negligência que passam a ser postas em debate. *Vide*, quanto ao ponto, e porque especificamente interessado no desenvolvimento congruente do nexu dito causal, aí assumido como tema central, OLIVEIRA ASCENSÃO, *Acção finalista e nexu causal*... cit., p. 31 e ss. e 35 e ss. Conserva o autor a intencionalidade finalista com que predica toda a acção juridicamente relevante. No que às omissões respeita, a acção não seria posta em ser, mas traduzir-se-ia numa finalidade potencial; no que à negligência tange, o dolo emergiria aos seus olhos como uma subespécie jurídica do conceito ontológico de finalidade, subsistindo outras acções não dolosas, que todavia são finais.

Bem vistas as coisas, e sem querermos, para já, entrar num diálogo que, ademais, ultrapassa o nosso espectro de análise problemática, sempre se dirá que a ser assim estamos a abandonar o puro plano ontológico e a mergulhar na axiologia da valoração devida. De outro modo, como se prefigura viável descortinar a potencialidade activa a que o autor alude? No tocante à negligência, haveria ainda um mínimo de condução final. Só que, ou a finalidade é entendida em termos muito amplos ou perde sentido a precisão, que, no autor, outro significado não tem senão aquele que se explica pela necessidade de encontrar uma ancoragem não normativista para o direito penal, a lançar o jurista na procura de um

conceito prévio, pré-legal, que não nos prenda à estrita tipicidade. Na verdade, remontando à primitiva tese de WELZEL, OLIVEIRA ASCENSÃO dicotomiza a acção em final e causal. Na primeira, “à finalidade relevante dirigiu o agente a sua actividade”, tendo para isso “ordenado vários passos para um objectivo comum”; na segunda, supera-se, ainda, a simples causação pela ideia de inevitabilidade. Com o que o autor se afasta do domínio da pura causalidade na abordagem que faz da questão da autoria e do problema do nexa dito causal – cf. OLIVEIRA ASCENSÃO, *Acção finalista e nexa causal...* cit., p. 94 e 101. São suas as palavras: “claro que o resultado teve de ser atribuído, mas nada nos indica que o seja segundo o esquema causal. Pelo contrário, parece-nos que logo do início é preciso manejar esta realidade significativa de uma forma apropriada à potência de condução final do homem e às exigências da vida social” (p. 103).

Anuncia-se aquele que será o filão condutor das suas lucubrações: o ponto de partida finalista vai implicar a revisão crítica dos pressupostos responsabilizatórios. Sublinhe-se entre outros, e embora no quadro penalista, o problema do nexa causal. Aliás, diagnostica o autor (cf. p. 110) a razão de ser dos problemas com que, a esse ensejo, os juristas se têm digladiado: “ponto comum entre todas as doutrinas da causalidade é a consideração da ilicitude como mera lesão de bens”, não influenciando a voluntariedade da acção na colocação do problema, pelo que, “se a vontade só interessa na medida em que justifica a actuação, a consequência é que se pode considerar a actuação independentemente da vontade”. Dito de uma forma mais directa, e continuando a acompanhar o autor, a centralidade que se coloca na lesão de bens jurídicos faz avultar a ideia de causação (p. 112).

Em detrimento de *avultar*, preferimos utilizar a expressão *inculcar*, pois, se ao nível do direito civil não deixa de ser aquela lesão que – consubstanciada na violação de direitos absolutos – se agiganta, nem por isso somos condenados ao causalismo estrito. Sem que tal implique, não obstante, a adesão incondicional à lição do insigne jurista pátrio. Como ficou expresso, é logo o ponto de partida e fundamento que se questiona, derramando-se sobre a base ontológica que alicerça o direito o véu da desconfiança.

Cf. CASTANHEIRA NEVES, *Questão de Facto...* cit., p. 699 e ss.

O autor vem mostrar que o dever ser não pode fundamentar o ser. É no plano axiológico e não ontológico que a juridicidade ganha o seu sentido. Para tanto, chama à colação a construção dogmática que WELZEL edifica a partir da sua concepção de acção finalista ancorada nas estruturas lógico-ontológicas. Se a intencionalidade do agir humano condiciona o jurista, ela não indica quais, de entre estas, são ou não relevantes no plano do dever ser, nem justifica a necessidade de um juízo imputacional baseado na culpa. Na linha de WELZEL, também o seu discípulo STRATENWERTH terá procurado fundamentar o direito nas estruturas lógico-materiais.

Outro terá sido o entendimento que via na natureza das coisas uma estrutura objectivo-histórica e existencial, na linha de RADBRUCH e MAIHOFER (cf. RADBRUCH, “La natura delle cose come forma giuridica del pensiero”, *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 21, 1941, p. 145 ss., p. 147 e ss.). Partindo de uma base sociológica, pretende, por meio dela, aceder ao sentido ontológico, postulando-se a imanência do valor no ser, que assim se quedaria em fundamento do dever-ser.

Particularmente relevante a este nível se afigura a consideração da lição de MAIHOFER, não fosse o pensamento do autor sumariamente caracterizado pela recondução do problema da natureza das coisas para o problema do ser. Cf., do autor, *Recht und Sein, Prolegomena zu einer Rechtsontologie*, Vitorio Klostermann Verlag, Frankfurt, 1954

Na verdade, para ele o homem não o é apenas na sua unicidade e irrepetibilidade, dotado de uma total subjectividade que tornaria imprópria qualquer imposição exterior, mas seria portador – em simultâneo – de uma dimensão social, pela qual estaria investido em papéis e posições que o colocariam em face dos outros homens num determinada condição. O “homem deixa de ser considerado pela perspectiva da sua subjectividade (da sua autonomia individual) para ser considerado pela perspectiva dos outros e personificado através da função ou posição social que para eles ocupa (pai, filho, médico, juiz, comprador, etc)” [cf. CASTANHEIRA NEVES, *Questão de Facto...* cit., p. 784].

Ao transcender-se a individualidade, encontrar-se-iam as estruturas de objectividade e nelas o fundamento para a imposição normativa. Opõe-se, desta feita, o pensamento de MAIHOFER ao dos autores que, partindo exclusivamente da subjectividade – e arredando dela a partícula *inter* –, consideram qualquer imposição normativa heterónoma como algo a evitar, pelo que se deveria circunscrever ao mínimo elementar para disciplinar a vida comunitária, renunciando sempre a impor uma dada concepção do mundo. Para ele, envergando um dos papéis que a comunidade lhe reserva, o homem encontraria o seu lugar no mundo, justificando-se e fundamentando-se a ordem social que mais não é do que a localização dele no contexto societário.

Só que, como alerta CASTANHEIRA NEVES, no diálogo crítico que entretete com o autor, pode haver um “conflito irredutível entre o ser individual e o ser social integrado. Este é o problema que se coloca no quadro de um pensamento que quer ver em posições socialmente objectivadas o critério de uma objectividade axiológico-normativa” – cf. *Questão de Facto...* cit., p. 786. Acresce que, não só

dignitas que a ética descobre no encontro – entendido no sentido do reconhecimento e do respeito – do *eu* com o *tu*^{1119 1120}.

MAIHOFFER não consegue verdadeiramente superar a antítese entre o dever de realizar o geral e o direito de afirmar a individualidade, pela consumpção dialéctica do *Selbstsein im Alssein* (exacta estrutura ontológica do ser no mundo) [cf. CASTANHEIRA NEVES, *Questão de Facto...*, cit., p. 790], como, ao considerar que a natureza das coisas remete unicamente para as objectivações conseguidas e institucionalizadas, não encontra arrimo de sustentação para a resolução das questões mais complexas e problemáticas que ultrapassam aquela institucionalização (cf. *loc. cit.*, *op. cit.*, p. 798).

Ou seja, a MAIHOFFER vemos o mérito de ter percebido que o homem não é pensável na sua redutível individualidade. Mas podemos apontar-lhe o erro de ter procurado encontrar o critério de resolução dos conflitos de interesses nas constelações destes, tipificadas no contexto social. Ora, como nos diz CASTANHEIRA NEVES, “não tem o homem de adaptar-se e aceitar o desenvolvimento desumano das coisas, mas, pelo contrário, deve intervir na própria natureza para a humanizar constantemente” [cf. *Questão de Facto...*, cit., p. 798]. Onde, se conclui, de acordo com o ensinamento com que concordamos, não poder o critério de ordenação das condutas ser encontrado na imanência das estruturas objectivadas.

Indaga o Professor de Coimbra, “de que modo se pode deduzir da natureza das coisas um critério normativo? Em que termos vai nesta entendido um possível sentido axiológico?” (*Questão de facto... cit.*, p. 807). MAIHOFFER encontra o conteúdo intencional nas estruturas sociais objectivadas na medida em que elas determinam o surgimento de determinadas expectativas recíprocas que, encontrando o seu fundamento nos interesses, são tidos como razoáveis (cf., para uma análise do pensamento do autor quanto ao ponto, CASTANHEIRA NEVES, *Questão de facto...*, cit., p. 808).

Ou seja, da natureza ontológica relacional do ser humano resultariam determinadas estruturas sociais objectivadas, traduzidas nos papéis que cada um assume diante do outro. Investidos neles, cada um assume determinados interesses e gera expectativas razoáveis em relação ao comportamento dos outros, que assim se pode considerar valioso ou desvalioso. Tais expectativas, nas quais se ancoraria o dever ser, seriam mera expressão da estrutura relacional da sociedade. A elas se aliará, depois, uma certeza científica.

Sem que isso nos resolva, ainda que da perspectiva comprometida com o autor, o problema de base da fundamentação da normatividade. Pois, como determinar, diante de interesses antagónicos, aqueles que se devem sobrepor como validade?

MAIHOFFER adianta a solução do problema. Por um lado, apela à regra de ouro do encontro entre iguais (tratar o outro como gostaríamos que fossemos tratados); por outro lado, sustenta ser necessário operar uma tarefa de generalização. Quer dizer, olhar-se-ia para cada uma dessas expectativas para, em relação a elas, se discernir se podem ou não ser arvoradas em leis gerais do comportamento, numa clara inspiração kantiana.

Cf. CASTANHEIRA NEVES, *Questão de facto*, ... cit., p. 811, para uma análise crítica do pensamento do autor. Pode aí ler-se que “o recurso à regra de ouro para aferir dos interesses e obrigações não é justificado pelo sentido das relações da coexistência definidas por *Alssein*. O *Alssein* que eu sou para outrem define uma constelação socialmente típica de exigências ou pretensões, mas a sua objectivação, e enquanto objectivação, não tem nada que fundamente uma obrigação minha. Pensar o contrário implicaria anular o próprio princípio normativo” (cf. p. 813-814). No fundo, “se o *Alssein* traduz oposição de existências ele não pode ser vinculante ou critério de um vínculo normativo” (p. 816), pelo que “no domínio da ordem humana, a regra de ouro só adquire sentido ao pressupor uma comunidade ética que fundamente a corresponsabilidade ou solidariedade moral” (p. 815).

CASTANHEIRA NEVES encontra, então, o verdadeiro fundamento do jurídico na comunidade, assumida como comunidade de pessoas, o que implica uma “comunhão axiológica em que cada um se compreende como pessoa”. “Fundo-me no valor de que estou revestido para dirigir aos outros exigências éticas e isto porque os outros participam comigo nessa comunidade ética e nessa participação se responsabilizam perante mim. Desvincular-me para com os outros é negar-lhes a qualidade de pessoas”, e assim “negar-me a mim como pessoa”. [cf. p. 818].

¹¹¹⁹ “Uma certa valoração remete necessariamente para um objecto com uma determinada e correlativa estrutura do ser. E essa estrutura ou modo de ser implica necessariamente um certo tipo de valoração (...)” Uma certa valoração “vai implicada se entre o objecto e a valoração se antecipasse uma unidade constitutiva intencional de que eles fossem faces correlativas. Ou então, se a estrutura objecto a ter em conta fosse mero correlato objectivo da valoração” – cf. CASTANHEIRA NEVES, *Questão de facto ... cit.*, p. 725 e ss,

Pelo que o reconhecimento da liberdade do homem e, concomitantemente, da sua responsabilidade terá de surgir como um mínimo de sentido com base no qual o jurídico se edifica e cumpre o seu papel no todo social.

Esta liberdade, porque a ela recorremos na pressuposição da leitura ético-axiológica do dado ontológico, não é mera definição de uma esfera de não interferência do outro – no seio da qual a responsabilidade seria limite dela –, sequer uma estrita possibilidade de escolha entre possibilidades de acção que olvide o outro – o *tu* – que, com a sua pretensão de respeito, e o convite à abertura de pontes de solidariedade comunicantes entre humanos, permite o reconhecimento da ineliminável dignidade ética do *eu*. É antes uma liberdade eticamente informada e enformada¹¹²¹. Com todas as consequências práctico-normativas daí advenientes¹¹²².

Ou seja, e continuando a acompanhar o pensamento do autor que aqui acolhemos: “a valoração pressupõe o objecto que valora. E fá-lo para o julgar ou valorar. (...) Mas não se pode concluir que a valoração lhe vai referida em termos de nele próprio irem traçadas as linhas da sua integração axiológica”.

Dito de uma forma mais directa, se o fundamento último da valoração for o próprio objecto valorado, o juízo a que acedemos não ultrapassa a mera explicitação do sentido daquele. Donde se conclui que o fundamento da juridicidade – não podendo ignorar a estrutura ontológica do ser humano – há-de fazer apelo a uma dimensão axiológica sem a qual a judicativa tarefa em que ela se realiza não se logrará cumprir.

No fundo, o que pretendemos mostrar em texto foi a necessidade de considerar, contra todo o racionalismo, o dado concreto do modo de ser do sujeito, para depois, transcendendo-o, o assumir como um ser de valor, isto é, que incorpora um determinado sentido de valor.

A liberdade a que aludimos colima-se, portanto, não no ser humano em si, mas no ser humano como pessoa, portador de uma ineliminável dignidade ética.

Voltando a CASTANHEIRA NEVES, dir-se-á que “só deste modo o normativo e a sua valoração se fundam no ser e encontram limites imanentes no ser (...) A unidade entre o ser e valor tem de apelar a uma concepção metafísica do ser” (*Questão de facto*, ... cit., p. 731), pelo que ultrapassa a mera descrição do fenómeno.

¹¹²⁰ Afirmamos, inequivocamente, o sentido ético do direito. A não se confundir com a moralidade.

Para uma perspectiva da responsabilidade no quadro legal – entendido como forma institucionalizada – simbioticamente ligada, não à eticidade, mas à moralidade, cf. PETER CANE, *Responsibility in law and morality*, ... cit., p. 16. Não se trata, ali, ao contrário de aqui, da fundamentação da primeira com recurso à transpositividade da segunda, mas outrossim da constatação da convergência entre as regras e princípios desenvolvidos pela jurisprudência da *Common Law* e os processos de ajuizamento levados a cabo pelas pessoas no domínio da moralidade.

A este propósito, veja-se OLIVEIRA ASCENSÃO, “O futuro do direito moral”, *Direito e Justiça*, vol. XVIII, tomo 1, 2004, p. 41 a 64.

Cf., ainda, COLEMAN, “On the relationship between law and morality”, *Ratio Juris*, v. 2, nº1, 1989, p. 66-78.

¹¹²¹ Pela importância para a economia da nossa dissertação, cf., a este propósito, novamente, JAN SCHAPP, “Die Grenzen der Freiheit”, *Juristenzeitung*, 12, 61. Jahrgang, 2006, p. 581 e ss. O autor apresenta diversos modelos de limitação da liberdade: a) modelo de limitação da liberdade e dos direitos que os apresenta limitados pela liberdade do outro; b) modelo de limitação da liberdade ético, no qual a liberdade é limitada através do próprio livre [note-se que a este propósito o autor indaga se o modelo de limitação ético da liberdade não é também um modelo jurídico de limitação da liberdade por se encontrar na ética o fundamento último daquela juridicidade].

Rememorando o sistema platónico, o autor aduz que, segundo Platão, “os desejos e as paixões tendem para o excesso”, tendo a razão a missão de o prevenir. No cumprimento do seu dever, é chamada a depor a virtude da prudência, que só se atinge com a sabedoria. A razão, temperada pela prudência, permite o domínio da vontade, permitindo que se alcance a liberdade. O modelo platónico de limitação das paixões

Atentemos nelas, traçando em jeito conclusivo – e simultaneamente projectador do discurso – algumas considerações.

De facto, encontrámos na raiz do ser humano a sua liberdade, pela possibilidade – que a sua natureza garante – de sobredeterminação causal, furtando-se à inexorável lei de causalidade física.

Dessa liberdade – ainda pensável do ponto de vista atomizante da individualidade – decorre a ilegitimidade de qualquer imposição heterónoma que não tenha por objectivo a garantia da compossibilidade prática de existências paralelas, bem como o desvalor de qualquer comportamento que contenda com a esfera de domínio do sujeito.

O acesso ao dado ontológico viabiliza a percepção da insustentabilidade de tal impostação. Ela revela-se, na verdade, ficcional, intelectualizante e contraditória com o dado do ser real. O homem é incapaz de viver no isolamento da sua subjectividade, só se realizando plenamente, no plano material e espiritual, no encontro com o outro.

A liberdade deixa de ser pensada de um prisma negativo para reclamar uma compreensão positiva, a traduzir-se na possibilidade de autodeterminação. Uma autodeterminação que coenvolve, na sua projecção efectiva, a possibilidade de escolha entre diversas possibilidades de acção.

Nessa actuação optativa, nessa selecção de oportunidades, nesse dar a si mesmo a sua própria norma de conduta, prosseguindo os seus interesses, o ser humano leva a cabo uma tarefa judicativa, porque, no inapagável salto que qualquer decisão implica, ela reclama – na sua radicalidade – um mínimo de fundamentação, isto é, a mobilização de razões que justifiquem a eleição operada.

Quantas vezes insindicáveis, elas podem estribar-se em diversas racionalidades. Sem que possam, indistintamente, ser consideradas valiosas do ponto de vista jurídico.

Dá-se o salto do plano ontológico para o plano axiológico para, fundadamente, sustentar que uma validade que o queira ser não pode extrair do puro encontro de subjectividades o critério da sua fundamentação, pois que nada garante que o outro seja

através da razão parece dissolver-se em dois modelos. Por influência do Cristianismo, a pessoa é transformada pela fé em Cristo numa nova pessoa, passando a ser livre em Deus e por meio de Deus. O Iluminismo desvirtuaria o modelo de liberdade, condicionando o seu entendimento actual e motivando a querela que tem dividido os defensores do liberalismo e os defensores do comunitarismo.

O que inscrevemos em texto permite-nos perceber claramente que uma terceira via superadora da incompatibilidade é viável. Do mesmo modo, parece tornar-se claro, com apelo aos dados metodológicos, que a liberdade juridicamente relevante não pode deixar de ter o assento ético a que fazemos apelo.

¹¹²² Cf., a este propósito, UMBERTO BRECCIA, “Libertà, solidarietà, responsabilità”, *Rivista Critica del Diritto Privato*, anno XVI, 4, 1998, p. 563 a 566

visto na sua total dignidade¹¹²³. De outro modo, dir-se-á, acompanhando o ensinamento dos mestres em que nos estribamos e que oportunamente citámos, que, ao situarmo-nos nessa dimensão do ser, não conseguiremos nunca determinar qual das posições subjectivas – eventualmente em conflito – deve prevalecer, posto que só na pressuposição de uma intencionalidade, colhida numa ordem valorativa pressuposta, é possível salvaguardar uma em detrimento da outra, sem resvalar no puro arbítrio. O fundamento da normatividade não pode deixar de ser colhido na ética, excepto se – posição que liminarmente rejeitamos – entendermos ver na juridicidade uma mera forma ordenadora de condutas.

Não é o encontro do *Eu* com o *Tu* que permite fundar o dever ser. Mas já o será o encontro do *Eu* que olha para o *Tu* no sentido do respeito, o encontro do *Eu* que, reconhecendo-se como pessoa, dotada de uma ineliminável dignidade ética, vê no *Tu* um semelhante igual a si¹¹²⁴.

Ora, se assim é, o exercício da liberdade só poderá ser considerado valioso – e portanto coberto pelo manto do direito, sempre que tal for necessário – quando e na medida em que a autodeterminação se colime, a par de razões particulares, num acervo ético. Isto é, ao decidir entre alternativas de acção, o ser pessoa – figura central da juridicidade, sem a qual ela não é, pelo exposto, pensável – deve em última instância pressupor a pessoalidade do outro ou outros a quem se dirige ou atinge. De outro modo, a liberdade não ultrapassa o nível de uma mera forma, sem correspondência com a materialidade do jurídico que a cobre.

Donde, a liberdade só é pensável na ligação íntima com a responsabilidade¹¹²⁵. Não no sentido de ver nesta uma limitação daquela à boa maneira iluminista, mas

¹¹²³ Por isso, considera-se também inconcludente a perspectiva filosófica de responsabilidade proposta por HABERMAS, decorrente da edificação das condições transcendentais da comunicação. Cf. HABERMAS, *Direito e democracia entre facticidade e validade*, tradução de Flávio Beno Siebeneichler, Rio de Janeiro, 2003 (original: *Faktizität und Geltung. Beitrag zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratische Rechtsstaats*, 4ª edição, Frankfurt, Ed. Suhrkamp, 1994).

Não é a definição das regras que viabilizem a situação discursiva ideal que logram a obtenção do reconhecimento ético entre iguais, no qual se pudesse fundar a responsabilidade.

¹¹²⁴ Nesse reconhecimento do *tu* interpõe-se a comunidade ética onde ambos se inserem e por meio da qual se responsabilizam eticamente com os outros. Cf., sobre o ponto, CASTANHEIRA NEVES, “O direito interrogado pelo tempo presente na perspectiva do futuro”, *Boletim da Faculdade de Direito*, vol. LXXXIII, Coimbra, 2007, p. 52 e ss. É que o reconhecimento da pessoalidade do outro implica um referente de sentido – e portanto o salto do plano ontológico para o plano axiológico – através do qual a presença dele como um igual se torna visível. A experiência solipsista – a mera consciência do *eu* – não logra garantir tal desiderato, pelas idiossincráticas e por vezes perturbantes percepções individuais. Daí a referência ao terceiro de que nos fala CASTANHEIRA NEVES.

¹¹²⁵ Denotando uma forte inspiração kantiana, WEINRIB vem afirmar que a responsabilidade não é algo adstrito a uma pessoa, mas é intrínseca ao próprio ser humano enquanto dotado de uma vontade livre. Cf. ERNET WEINRIB, *The Idea of Private Law*, ... cit., p. 180. A influência de KANT determinaria, ainda, uma

naqueloutro em que, a montante, a acção só é livre na medida em que olha o outro no quadro da solidariedade de uma comunidade eticamente conformada e, a jusante, sempre que os deveres impostos ou pressupostos são olvidados, como uma actualização dialéctica dela.

Recuperamos, assim, as considerações expendidas *supra*, quando nos referimos aos diversos sentidos do termo *responsabilidade*, em diálogo quer com a taxonomia proposta por HART, quer com o hiperbólico sentido que ela assume em autores como LÉVINAS.

E recuperamo-las para, agora com novos dados e depois de um aprofundamento dos seus termos, conseguirmos perceber como – no plano criteriológico e não meramente principiológico – elas se articulam.

CASTANHEIRA NEVES destriça três níveis de responsabilidade¹¹²⁶: perante a humanidade¹¹²⁷, perante o outro¹¹²⁸ e perante os outros pela mediação social.

concepção específica da responsabilidade civil, alicerçada na violação do dever, na culpa e compreendida em termos compensatórios.

Para uma análise do pensamento de WEINRIB, cf. NILS JANSEN, *Die Struktur des Haftungsrechts...* cit., p. 99 e ss.

Cf., ainda no quadro dos autores que se inscrevem na Common Law, DAVID G. OWEN, “Philosophical Foundations of Fault in Tort Law”, ... cit., p. 202 e ss. O autor, na busca dos fundamentos da responsabilidade, chama à colação a liberdade. Radica-a na vontade livre e caracteriza-a como a capacidade das pessoas racionalmente seleccionarem os seus fins e definirem os seus planos de vida e controlarem os seus bens para alcançar aqueles mesmos fins. E conecta-a com a responsabilidade (cf. p. 203)

¹¹²⁶ CASTANHEIRA NEVES, “Pessoa, Direito e Responsabilidade”, ... cit., p. 37 e ss.

¹¹²⁷ A análise encetada a propósito da responsabilidade perante a humanidade vem a apresentá-la como uma “solidariedade primordial”, “expressão da interpelação do próprio Ser e da humanidade em nós e que em cada um de nós se haverá de recuperar no não-ser e no inumano que tenha sido”, e como “interpelação do ser-futuro enquanto condição da realização pelo homem no sentido último da sua humanidade com tudo o que esta implica”. Cf. CASTANHEIRA NEVES, “Pessoa, Direito e Responsabilidade”, ... cit., p. 37. Poder-se-ia pensar que em causa estaria o sentido de responsabilidade assumindo na obra de HANS JONAS. Contudo, veja-se, CASTANHEIRA NEVES, “O direito interrogado pelo tempo presente na perspectiva do futuro”, ... cit., p. 68. Questionando os limites da juridicidade e as alternativas ao direito, detém-se na problemática da ecologia, para aí incluir uma reflexão acerca do sentido e intencionalidade da “responsabilidade pelo futuro para que seríamos convocados na linha do *Prinzip Verantwortung* enunciado por Hans Jonas”, a exigir ao direito “que ele fosse repensado (...) sob um novo paradigma em que participasse a dimensão de futuro”, “havendo, por isso, de, num tempo longo, considerar ainda o homem como ser potencial, como homem referido ao futuro, numa justiça ampliada que abrangesse um programa de fins e as acções, no futuro também, por ele implicadas e adequadas a favor da pessoa”, e concluir que a inclusão do problema ambiental no contexto da juridicidade implicaria a resposta positiva às três condições de emergência do direito – a condição mundanal-social, a condição humano-existencial e a condição ética – donde “significa decerto a convocação da responsabilidade nos três níveis (...), o primeiro dos quais é exactamente a responsabilidade perante o todo comunitário das condições da coexistência histórico-social, e a traduzir-se na correlação entre as possibilidades oferecidas por essas condições para a realização pessoal e a corresponsabilidade pessoal por elas”, “(...) em que cabem naturalmente os deveres impostos pela preservação do ambiente comunitário da existência, só que não de qualquer modo e sem limites”. Mais concretamente, “a responsabilidade em que esses deveres se traduzem deverá afirmar-se no quadro da dialéctica jurídica autonomia/responsabilidade e não poderá, portanto, anular os direitos em que encontre manifestação a autonomia e a sua possibilidade concreta a favor tão-só de uma hipertrofia da responsabilidade”. CASTANHEIRA NEVES rejeita um *continuum* de

Identificando a última com aquela que se opera através do direito, não deixa de transparecer no seu discurso que os outros vão nele implicados. Na verdade, autonomizando a dimensão de ancoragem ética como a ideia que faz do direito aquilo que ele é – pelo reconhecimento da dignidade do sujeito –, em alternativa a ordens de possibilidade, de finalidade ou meramente estratégicas, o autor logra, desta validade trans-individual, arrancar os princípios normativos que ela leva implicada e sem os quais o direito não é pensável¹¹²⁹.

Igualdade e responsabilidade¹¹³⁰ avultam, assim, como os dois pólos de desvelação da juridicidade, subdividindo-se a segunda na responsabilidade perante as condições da existência comunitária¹¹³¹, a responsabilidade por reciprocidade¹¹³² e a responsabilidade de integração comunitária^{1133 1134}.

responsabilidade que anularia a autonomia. O que, longe de nos perturbar, conforta-nos pela consciência exacta que as palavras do jurista não o apartam de um sentido de liberdade que só é pensável na corresponde e inerente responsabilidade, ao mesmo tempo que nos lança o desafio de encontrar os contornos da actualização dessa dialéctica autonomia/responsabilidade afirmada a montante. Veja-se, aliás, p. 70, com a referência a uma dialéctica entre a autonomia e a responsabilidade.

¹¹²⁸ Já não estaria em causa a responsabilidade perante a comunidade mas diante do outro, na esteira da filosofia de LÉVINAS. Cf. CASTANHEIRA NEVES, “Pessoa, Direito e Responsabilidade”, ... cit., p. 38.

¹¹²⁹ Cf., a este ensejo, BYDLINSKI, „Formale Freiheitsethik und andere Ethiken im Privatrecht“, *Formale Freiheitsethik oder materiale Verantwortungsethik. Bericht über das wissenschaftliche Kolloquium zum 65. Geburtstag von Professor Dr. Dieter Reuter am 15. und 16. Oktober 2005, in Kiel*, De Gruyter Recht, Berlin, 2006

¹¹³⁰ O autor, falando preferencialmente de um princípio da co-responsabilidade, desenha-o como “expressão normativa da indefectível integração comunitária das pessoas”, capaz de superar o “individualista e meramente negativo *neminem laedere*”.

¹¹³¹ Esta surge, então, definida como “a responsabilidade pelo todo comunitário das condições de coexistência histórico-social”, dado que “o respeito preservador, activo e passivo, dessas condições na acção social é uma primordial interpelação social à pessoa e a sua violação fundamentará a reacção recuperadora e reintegrante das condições violadoras, atentos os termos em que o foi” – cf. CASTANHEIRA NEVES, “Pessoa, Direito e Responsabilidade”, ... cit., p. 41. É neste âmbito que o autor integra a responsabilidade penal.

¹¹³² Aquela que, “nas relações normativas singulares resultantes dos compromissos e dos vínculos assumidos ou justificados numa concreta instituição de pretensões e obrigações”, “convoca a *executio iusti* de uma normatividade mais extensa e profunda do que a simplesmente resultante do *pacta sunt servanda*”. É, no fundo, o campo da responsabilidade contratual.

Neste ponto particular, e consoante o que ficou dito anteriormente e poderá ser recuperado adiante, importa salientar que, aos nossos olhos, não está, ao nível da responsabilidade obrigacional, em causa a mera responsabilidade decorrente do exercício da liberdade humana, sem embargo da nota de autonomia – no quadro contratual elevada ao estatuto cimeiro do princípio da liberdade contratual –, mas uma responsabilidade que encontra o seu fundamento noutros princípios normativos, como o princípio da boa fé e o princípio da confiança.

Sem que tal implique, note-se, o verdadeiro afastamento relativamente à posição expendida por CASTANHEIRA NEVES. Na verdade, situa-se o autor no plano cimeiro da fundamentação jurídica, não resultando daí a necessidade apodítica de pensar os problemas como um magma uniforme.

Não só não se defende uma racionalidade de tipo dedutivo e axiomático, como, em consonância com a índole prático-normativa do discurso do decidente, se há-de reconhecer que um princípio admite diversas projecções e concretizações ao nível dos critérios sistemáticos.

Acresce que, se se viesse a admitir a uniformização daqueles em nome da unicidade do princípio normativo do direito enquanto direito, tal redundaria na indivisibilidade categorial e problemática do próprio sistema jurídico enquanto tal.

Em sentido análogo, AROSO LINHARES encontra a matriz da pessoalidade na dialéctica entre o pólo do *suum*, assimilado num princípio supra-positivo de igualdade, fundada na ideia de igual dignidade que indefectivelmente terá de ser reconhecida a cada ser humano, e o pólo do *commune*, assimilado num princípio supra-positivo de responsabilidade, desde que se entenda a comunidade, como aliás já tínhamos evidenciado, como condição ontológica do ser¹¹³⁵.

Naquele primeiro pólo da dialéctica entretecida, podemos, por sua vez, encontrar uma implicação axiológico-normativa negativa, traduzível “no respeito incondicional da dignidade da pessoa traduzido numa exigência normativa de autonomia, aqui e agora reconhecida em termos negativos, se não passivos”¹¹³⁶, projectável no *neminem laedere*, viabilizador da coexistência; bem como uma implicação axiológico-normativa positiva, projectável na ideia de *pacta sunt servanda*. Ou seja, de uma forma mais directa, enquanto a primeira implicação nos remete para a ideia de último refúgio do ser humano, cumprindo-se numa série de limitações ou proibições impostas aos demais, a segunda dimensão (implicação) consubstancia-se na possibilidade de exercício da esfera de direitos subjectivos que a todos é reconhecida, traduzindo-se num princípio de autonomia, encarada em termos positivos, e num princípio de participação¹¹³⁷.

A desveleção de uma implicação negativa e positiva opera-se, *mutatis mutandi*, no segundo pólo da dialéctica analisada pelo autor. Também aqui encontramos uma implicação axiológico-normativa negativa¹¹³⁸ e uma positiva, que nos remete

Aliás, parece depor no sentido do que vimos pensando a tripartição responsabilizante proposta pelo filósofo do direito da Universidade de Coimbra.

¹¹³³ “A desapropriação ou a lesão de outrem por acção abusiva (i.é, em que se reconheça o abuso da liberdade legítima no quadro da institucionalidade definida e pressuposta) ou o benefício que não tenha fundamento de prioridade sobre o prejuízo correlativo em outrem implicam responsabilidade”, porque “se ultrapassaram os limites impostos à acção pela coexistência comunitária em recíproco reconhecimento, ou porque a realização social da pessoa não pode ser paga pelo sacrifício injustificado de outra pessoa” – cf. CASTANHEIRA NEVES, “Pessoa, Direito e Responsabilidade”, ... cit., p. 42.

¹¹³⁴ Referindo-se especificamente ao princípio da responsabilidade pelos danos como um princípio jurídico fundamental, cf. CASTANHEIRA NEVES, *Metodologia Jurídica...* cit., p. 281-282.

No mesmo sentido, e também a propósito da escarpelização da consciência jurídica geral, cf. PINTO BRONZE, *Lições...* cit., p. 432 e ss.

Veja-se, ainda, a este propósito CAPELO DE SOUSA, *Teoria Geral...* cit., p. 70 e ss. Fornece, contudo, ao princípio a natureza de princípio geral, denotando o apego a uma visão metodológica tradicional da juridicidade de que aqui nos afastamos.

¹¹³⁵ AROSO LINHARES, “O jurisprudencialismo”, ... cit., p. 6 e ss.

¹¹³⁶ AROSO LINHARES, “O jurisprudencialismo”, *Sumários...* cit., p. 6.

¹¹³⁷ Idem, p. 7. O autor refere ainda que a autodeterminação garantida pelo primeiro princípio se desenvolve na “concorrência constitutiva justificada pelo segundo (...) a que descobrimos nos contratos, nas formas de associação, na representação legislativa (...)”

¹¹³⁸ Sobre esta implicação axiológico-normativa negativa, consubstanciada, afinal, na imposição de limites à responsabilidade, teceremos, adiante, outras considerações, no momento oportuno em que

directamente para as modalidades de responsabilidade. AROSO LINHARES fala, então, de responsabilidade perante as condições gerais de existência comunitária (quer negativa, traduzida num princípio de corresponsabilidade, que faz apelo ao problema da tutela de bens jurídico-penais, quer positiva, própria de uma ideia de justiça distributiva); responsabilidade por reciprocidade (comutativa, em geral, e contratual, em particular, trazendo a lume uma juridicidade que impõe uma normatividade mais profunda do que aquela que vai implicada no *pacta sunt servanda*); e a responsabilidade pelo equilíbrio da integração (responsabilidade pelo dano; responsabilidade pelo prejuízo provocado pela obtenção de um benefício que não tenha fundamento na prioridade sobre o prejuízo; e responsabilidade nas situações de acção estruturalmente antinómica)¹¹³⁹.

Colhido o depoimento dos autores, é tempo de extrairmos do diálogo com os fundamentos – por meio do qual acedemos à intelecção do princípio normativo do direito enquanto direito – os dois sentidos comunicantes da responsabilidade, tal qualmente ela vai pensada no universo da juridicidade. Eles tinham sido anunciados *supra* e intuem-se naqueles testemunhos de forma paradigmática, mostrando-nos, na categorização operada, as pontes que entre si se estabelecem.

Efectivamente, a partir do momento em que o jurídico se edifica ontológica e eticamente na personalidade, é o olhar sobre o outro que se agiganta. O outro perante o qual não somos ou não devemos ser indiferentes, mas o outro por meio do qual acedemos também ao nosso estatuto de pessoas, e com o qual estabelecemos as bases de uma verdadeira comunidade ética, capaz de garantir o logrado desenvolvimento da personalidade de cada um.

O outro torna-se, assim, titular de uma pretensão de respeito que se desvela, significativamente, nos mais diversos níveis da normatividade já constituída e a constituir, envergando, dessa feita, as vestes de normatividade positiva, aqui assumida num sentido amplo.

Tanto ao nível macroscópico, sob influência de HANS JONAS, a remeter a nossa análise – espúria a este ensejo – para os quadros publicistas onde se sedimentou o chamado princípio da precaução, como ao nível das relações *inter pares*, assiste-se – hodiernamente – a uma antecipação dos mecanismos predispostos pelo ordenamento

questionarmos a necessidade práctico-jurídica de delimitar o círculo de danos ressarcíveis e o círculo dos potenciais credores da obrigação indemnizatória.

¹¹³⁹ Cf. AROSO LINHARES, “O Jurisprudencialismo”, *Sumários...*, cit., p. 8 e 9.

¹¹⁴⁰ Cf. HANS JONAS, *Das Prinzip Verantwortung: Versuch einer Ethik für die technologische Zivilisation*, ... cit (tradução: *The imperative of responsibility: ... cit.*, p. 6 e ss., 14 e ss.)

Sobre o princípio da precaução, seu alcance e conformação, veja-se, igualmente, CONSELHO DE ESTADO, *Responsabilidade e socialização do risco*, tradução do parecer francês coordenado por Marcelo Dias Varela, Brasília, 2006, p. 130 e ss. (trata-se aí de um enfoque publicista da matéria); PHILIPPE KOURILSKY/GENEVIEVE VINEY, *Le principe de précaution*, rapport au Premier Ministre, Edition Odile Jacob, La documentation française, Janvier, 2000; CHRISTOPHE QUÉZEL-AMBRUNAZ, *Essai sur la causalité...* cit., p. 407 e ss.; ANNE GUEGAN, « L'apport du principe de précaution au droit de la responsabilité civile », *Revue juridique de l'environnement*, 2, 2000, A.

Veja-se, ainda, a este propósito, *inter alia*, ALEXANDRA ARAGÃO, *O princípio do poluidor pagador. Pedra angular da política comunitária do ambiente*, Studia Iuridica, Coimbra Editora, Coimbra, 23, 1997.

O princípio da precaução surgiu nos anos 80, embora só tenha obtido uma consagração formal em 1992, na conferência do Rio sobre questões ambientais. Essa e outras consagrações formais que o princípio tenha obtido até hoje levam a concluir que ele se desenha como uma injunção dirigida às autoridades, não consubstanciando uma regra jurídica com valor normativo autónomo. Mas a posição não é clara. Para os responsáveis pelo relatório dirigido ao Primeiro-ministro francês, GENEVIÈVE VINEY e PHILIPPE KOURILSKY, o princípio deve ser visto como uma regra colocada à disposição do julgador, que deve ser concretizada caso a caso. Outros autores vão mais longe e entendem que o princípio da precaução pode ser integrado na ordem jurídica pela assimilação desta regra a um princípio geral de direito. Qualquer que seja o seu entendimento, não deixará incólume o conceito de responsabilidade. Adverte, porém, ANNE GUÉGAN que a responsabilidade que está em causa quando se fala de precaução não será a responsabilidade civil propriamente dita, mas um outro conceito de responsabilidade, presente na obra de HANS JONAS (cf. « L'apport du principe de précaution au droit de la responsabilité civile », *Revue juridique de l'environnement*, 2, 2000, A.). Ou seja, diante da constatação dos perigos que a actuação do homem, fruto dos avanços técnicos operados, comporta para o meio ambiente e para a própria sobrevivência da espécie humana, a responsabilidade deixa de ser vista como um expediente de imputação causal de danos, para se afirmar *a priori* que cada um é responsável por aquilo que faz. Nos quadros de convocação do princípio da precaução, os danos em causa caracterizam-se muitas vezes pela sua irreparabilidade, sobretudo por serem danos colectivos cuja gravidade avulta inequívoca. Daí que a lógica subjacente ao princípio em análise seja uma lógica preventiva e não compensatória. Daí também que, amiúde, o princípio seja consagrado em matéria ambiental e entendido como um princípio político destinado a guiar a actuação dos poderes públicos. Por isso, a maioria dos estudos acerca do mesmo surgem no âmbito do direito público. Mas se historicamente se compreende a restrição do princípio da precaução aos decisores públicos, actualmente, não faz sentido tal limitação. Ela parece só ser justificada pelo facto de inicialmente o princípio ter surgido na forma de uma directiva, e usamos aqui o termo em sentido não técnico-jurídico, dirigida aos diversos Estados como forma de fazer face aos problemas que a destruição ambiental fazia emergir. Cf. BOUTONNET e GUÉGAN, “Historique du principe de précaution”, in KOURILSKY e G. VINEY, *Le principe...* cit., annexe 1, p. 253. Hoje, pelo contrário, deve-se entender que o princípio se dirige a todos aqueles que tenham “o poder de desencadear uma actividade susceptível de constituir um risco para outrem”. PHILIPPE KOURILSKY e GENEVIEVE VINEY, *Le principe...* cit., p. 143 e ss. Consideram os autores que as empresas devem estar submetidas a tal princípio, embora reconheçam que as autoridades públicas têm um papel diferente, porque garantes da saúde pública, da segurança e do bem-estar em geral dos cidadãos. Além disso, continuam os autores, as autoridades públicas, porque dotadas de *ius imperium*, têm a possibilidade de impor deveres aos demais cidadãos, podendo mesmo derrogar, em nome do princípio da precaução, outros princípios como a liberdade industrial ou de concorrência (p. 143).

Refira-se, ainda, que, de acordo com os autores do relatório que agora seguimos, a noção de decisão deve ser entendida em termos hábeis, englobando igualmente a abstenção e a prossecução de uma actividade.

No mesmo sentido, considerando que o princípio é aplicável aos decisores privados, v. ANNE GUEGAN, “L'apport...”...cit., p. Afirma a autora que « si le principe de précaution a été incontestablement conçu comme un principe politique destiné à guider l'action des pouvoirs publics, son ambition paraît justifier son application à des personnes de droit privé, dans une mesure qu'il conviendra de préciser ». Mais à frente refere que os agentes privados lidam igualmente com riscos e são capazes de os colocar em prática, pelo que fará todo o sentido estender o princípio da precaução a estes.

A responsabilidade, perspectivada a montante, vem a traduzir-se, então, na assunção de certos deveres tendentes a garantir as condições de vida da humanidade ou a evitar a consumação de um dano na esfera alheia¹¹⁴².

Variadíssimos são os exemplos de que podemos lançar mão, com assento positivo, para atestar a asserção assumida¹¹⁴³. Pense-se, por exemplo, na imposição de

É possível encarar a responsabilidade como princípio sem que seja necessário recorrer ao pensamento de HANS JONAS. Do mesmo modo, é plausível que se fale de precaução sem que o modelo proposto pelo autor nos condicione. Por último, é viável mobilizar outros fundamentos alicerçadores da pessoalidade livre fora do quadro filosófico por si tratado. Ou seja, pese embora a referência, estamos em crer que o sentido da precaução é mais amplo e mais denso do que a mera orientação do decisor por uma finalidade preventiva dirigida às gerações futuras. Sublinhe-se, pois, uma das principais diferenças entre o pensamento da precaução e o pensamento personalista que, conduzindo-nos à mesma ideia de responsabilidade jogada a montante e definida pela assunção de uma esfera de cuidado em relação ao outro, sem o qual o eu não se realiza, abraçamos. É que enquanto o primeiro parece ser orientado, primordialmente, pela ideia de acréscimo de risco no plano ontológico, aumento esse que tem de ser obviado, a pessoalidade alicerçadora da responsabilidade, não obnubilando o plano do ser, colora-se essencialmente pela ideia de respeito devido ao outro, independentemente do nicho concreto de actuação em que o sujeito se insira. Por isso, torna-se claro por que razão não ficamos circunscritos a determinados domínios, antes propondo que a prevenção/precaução opere em termos amplos.

¹¹⁴¹ Sobre a questão da perspectiva de abordagem do fenómeno jurídico entre uma opção macroscópica e microscópica, cf. CASTANHEIRA NEVES, “O direito interrogado pelo tempo presente na perspectiva do futuro”, ...cit., p. 49, onde o autor afirma que a “recompreensão” da juridicidade, imposta pela crise que a mesma vive, não se pode orientar pela perspectiva da sociedade e portanto por uma perspectiva com uma índole macroscópica; ao invés, “o direito só recupera a sua autonomia se a perspectiva for outra: perspectiva do homem, de índole judicativamente microscópica. A sua essência está na resolução práticas de problemas titulados pessoal e concretamente pelas pessoas em referência à validade intencionada pelo encontro”, passando a categoria nuclear a ser o juízo decisório.

Não quer isto dizer que, com a referência macroscópica inserida em texto, resvalemos para uma orientação programística, estratégica da juridicidade que, “concorrendo com a política, com a economia, com a administração nos mesmos objectivos sociais”, acabaria por pôr em causa a intencionalidade predicativa daquela. Assumimos comprometidamente que o epicentro da discursividade jurídica é a pessoa e, nessa medida, não temos como não concordar com o insigne civilista. Simplesmente, e deixando agora de lado qualquer nervura problemática que acompanhe a apurada compreensão do princípio da responsabilidade de JONAS e a sua eventual projecção em sede do direito que é, não é o reconhecimento da imprescindível polarização ética na pessoalidade que nos impede de, no desenho dogmático, olhar para ela no enquadramento publicista que faz assomar com maior ênfase a comunidade e o Estado que a representa.

¹¹⁴² Cf., a este ensejo, ROQUE CABRAL (s.j.), “O dever no direito. Homenagem ao Prof. Doutor Mário Júlio de Almeida Costa”, *Estudos dedicados ao Prof. Doutor Mário Júlio Almeida Costa*, Universidade Católica Editora, 2002

¹¹⁴³ Se o princípio da precaução era inicialmente convocado apenas no âmbito ambiental, rapidamente se estendeu a domínios como a segurança alimentar e a saúde. Vários são os autores que afirmam não se descortinar qualquer razão para restringir o campo de aplicação do princípio aos tradicionais casos onde ele é chamado à colação. Assim, vemos PHILIPPE KOURILSKY e GENEVIÈVE VINEY afirmarem que se tornou imperioso alargar o princípio a diversos sectores, especialmente quando em causa esteja a protecção contra acidentes colectivos, como os que são provocados por obras públicas com barragens, túneis, auto-estradas, aeroportos. Consideram igualmente que o princípio da precaução pode funcionar perante catástrofes naturais como inundações e sismos, no sentido de as consequências que tais fenómenos possam ter para as populações em geral poderem ser atenuadas com a chamada colação de medidas de precaução consideradas adequadas.

De acordo com os teóricos do princípio da precaução, a prevenção não se confunde com ela. E os autores distinguem as duas realidades em moldes que se aproximam dos que nós utilizamos para distinguir perigo e risco. KOURILSKY e GENEVIÈVE VINEY afirmam que a distinção entre os riscos potenciais e os riscos verificados funda a diferença entre precaução e prevenção. Na verdade, continuam aqueles juristas, a precaução é relativa a riscos potenciais e a prevenção diz respeito a riscos verificados.

uma obrigação geral de segurança ou da diversa legislação que, transpondo para o ordenamento jurídico interno certas directivas comunitárias, vem estabelecer índices de segurança alimentar, de brinquedos, ou outros produtos em geral¹¹⁴⁴.

Tudo dependeria, pois, do grau de probabilidade de ocorrência do prejuízo, devendo a precaução ser entendida como um prolongamento dos métodos de prevenção aplicados a riscos incertos (op. cit., loc. cit.). Cf., também, ALEXANDRA ARAGÃO, *O princípio do poluidor pagador – pedra angular da política comunitária do ambiente*, *Studia Iuridica*, 23, Coimbra Editora, Coimbra, 1997, p. 68. A autora diferencia claramente a precaução da prevenção. Afirma, inequivocamente, que a precaução exige a sua actuação antes do princípio da prevenção impor qualquer actividade preventiva. “Enquanto que a prevenção requer que os perigos comprovados sejam eliminados, o princípio da precaução determina que a acção para eliminar possíveis impactos danosos no ambiente seja tomada antes de umnexo causal ter sido estabelecido como uma evidência científica absoluta”.

A cisão estabelecida entre os autores não afecta, contudo, o núcleo das nossas considerações. Na verdade, é inegável que na base do princípio da precaução está um determinado entendimento da responsabilidade e que, se o mesmo não pode ser aceite integralmente, não deixa de depor em muitos nichos dogmáticos. A mesma ideia de cuidado com o outro acaba por contaminar o direito privado através de uma ideia de prevenção jogada a montante. E se ela se torna premente por referência a determinados sectores – de que é exemplo o direito do consumo ou o direito ambiental – isso não significa, como veremos, que esteja ausente da conformação do restante ordenamento jurídico.

¹¹⁴⁴ Sobre este ponto, v. PINTO MONTEIRO, CASSIANO DOS SANTOS e PEDRO MAIA, *Relatório sobre a implementação da Directiva Comunitária sobre a segurança geral dos produtos ...cit.*

A obrigação geral de segurança surge na confluência da proclamação constitucional do direito do consumidor à segurança e saúde e da política comunitária de defesa daquele. A partir da constatação de diversos factores foi possível chegar à conclusão que o desenvolvimento da actividade económica deveria impor a análise da protecção da saúde do consumidor sob uma óptica diferente. No fundo, as autoridades comunitárias consciencializam-se de que não bastaria garantir o ressarcimento patrimonial do consumidor, sendo necessário colocar a saúde deste no primeiro plano das preocupações governamentais. E se até então aqueles bens jurídicos eram protegidos através do mecanismo repressivo da responsabilidade civil, os riscos acrescidos do mundo moderno chamaram à atenção para a necessidade de um controlo preventivo. É neste âmbito que comunitariamente se impõe uma obrigação geral de segurança, traduzida num padrão mínimo a que todos os produtos do mercado hão-de obedecer.

O Decreto-lei nº 69/2005, de 17 de Março (com as alterações introduzidas pelo Decreto Regulamentar nº57/2007, de 27 de Abril; pelo Decreto-lei nº126-C/2011, de 29 de Dezembro; e pelo Decreto-lei nº79/2005, de 15 de Abril), vem transpor a Directiva 2001/95/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 3 de Dezembro, relativa à segurança geral dos produtos. Estabelece o artigo 4º que “só podem ser colocados no mercado produtos seguros”, isto é, e de acordo com o nº2 daquele preceito, “o produto que estiver em conformidade com as normas legais ou regulamentares que fixem os requisitos em matéria de protecção de saúde e segurança a que o mesmo deve obedecer para poder ser comercializado”, ou, na falta delas, com “a) as normas portuguesas que transpõem normas europeias cujas referências tenham sido publicadas no Jornal Oficial das Comunidades Europeias, bem como as normas nacionais que transpõem normas comunitárias pertinentes; b) as normas em vigor no Estado membro em que o produto é fornecido ou disponibilizado; c) as recomendações da Comissão Europeia que contêm orientações em matéria de avaliação de segurança dos produtos; d) os códigos de boa conduta em matéria de segurança dos produtos em vigor para o sector em causa; e) o estado actual dos conhecimentos e da técnica; f) o nível de segurança razoavelmente esperado pelos consumidores”. Nos termos do artigo 6º do mesmo diploma consagra-se, ainda, uma obrigação de informação a cargo do produtor. O desenho concreto da obrigação geral de segurança, tal como foi pensada pelo legislado comunitário e conseqüentemente pelo nacional, mostra-nos que subjacente a ela está a lógica da precaução que temos vindo a anunciar. Já antes, o Decreto-lei nº311/95, de 20 de Novembro, previa internamente uma obrigação geral de segurança. Resultado da imposição comunitária de transposição da Directiva 92/59/CEE, do Conselho, de 19 de Junho de 1992, relativa à segurança geral dos produtos, o diploma em análise estabelecia um padrão mínimo de qualidade a que deveriam obedecer todos os produtos. Não só na sua origem podemos detectar a consciencialização de que certos tipos de danos, pela sua gravidade e irreversibilidade, devem ser evitados, como é a mesmíssima lógica preventiva, e não compensatória, que está presente em ambas as figuras. Na verdade, o que se pretende com a obrigação geral de segurança é que o produtor antecipe racionalmente os riscos que podem envolver a colocação no mercado de um determinado produto. Entende-se que aquele tem de analisar os riscos, avaliá-los e graduá-los, fundando-se a decisão da saída

do produto da esfera da produção nesta ponderação de riscos potenciais e não meramente imaginários. Com o que se consegue que, ao nível da própria produção, o agente económico envide todos os esforços necessários para a criação de um produto seguro. Tudo isto aliado a uma lógica de transparência, conseguida com a informação dispensada ao consumidor, designadamente através da etiquetagem. Se cotejarmos esta regulamentação com o que nos ensinam os autores sobre o princípio da precaução, vemos que a similitude é grande. Dizem-nos PHILIPPE KOURILSKY e GENEVIÈVE VINEY, a propósito do conteúdo prático do princípio, que a precaução está associada aos riscos que o desenvolvimento técnico potencia, que hodiernamente podem incluir também os riscos naturais, dada a possibilidade cientificamente testada de antecipar e prevenir os seus efeitos. O seu principal objectivo é a diminuição daqueles, embora se tenha a consciência que a obtenção do nível de risco zero é utópica. E se a precaução não envolve uma inacção, a primeira tarefa do sujeito que assume concretamente o ideal em causa não poderá ser outra que analisar racionalmente os riscos, de molde a conformar a sua actuação de acordo com a pretérita avaliação encetada. Cf. PHILIPPE KOURILSKY e GENEVIÈVE VINEY, *Le principe...* cit., p. 28 e ss., 40 e ss. O diploma citado estabelece são padrões de actuação ao produtor, obrigando-o, por via legal, a adoptar medidas de precaução. Na verdade, se fica impossibilitado de colocar no mercado produtos tidos como não seguros, nos termos anteriormente definidos, isso significa que no próprio processo produtivo terão de ser envidados todos os esforços necessários para que aquela segurança seja assegurada. E com isto tutela-se a segurança e a saúde dos consumidores. Refira-se que a intencionalidade que preside à consagração comunitária de uma obrigação geral de segurança dos produtos não é totalmente orientada por preocupações ligadas à defesa do consumidor. É evidente que devemos considerar que essas se inscrevem na primeira linha da iniciativa legislativa comunitária, mas não podemos olvidar uma intenção de harmonização dos ordenamentos jurídicos dos diversos Estados-membros, a que não será alheia a preocupação de garantir a livre concorrência. De facto, se cada Estado impuser condições diferentes para a comercialização dos produtos, isto dificultará a circulação de bens dentro da União Europeia e comprometerá a real criação de um mercado único e livre, pelas distorções na concorrência.

Também ao nível ambiental podemos encontrar afloramentos do princípio da precaução no nosso ordenamento jurídico. Sobre a tutela do ambiente e a sua relação com a problemática da responsabilidade civil, veja-se, *inter alia*, HOFFMAN, “La responsabilité civile, pollution e son assurance en Allemagne”, *Revue générale des assurances terrestres*, 3, 1992, p. 460 a 478; AA. VV., *Danno all’ ambiente e responsabilità*, CEDAM, 1992; PEDRO SILVA LOPES, “Condicionantes da responsabilidade civil por danos causados ao ambiente – algumas reflexões”, *Revista Jurídica do Urbanismo e do Ambiente*, nº7, Junho 1997, p. 161 e ss.; ID., “Dano ambiental: responsabilidade civil e reparação sem responsável”, *Revista Jurídica do Urbanismo e do Ambiente*, nº8, Dez. 1997, p. 31 a 56; JOÃO MENEZES LEITÃO, “Instrumentos de direito privado para a protecção do ambiente”, *Revista Jurídica do Urbanismo e do Ambiente*, nº7, Junho de 1997, p. 61 e ss.; CUNHAL SENDIM, “Nota introdutória à Convenção do Conselho da Europa sobre responsabilidade pelos danos causados por actividades perigosas para o ambiente”, *Revista Jurídica do Urbanismo e do Ambiente*, nº3, 1995, p. 147 e ss.; ID., *Responsabilidade civil por danos ecológicos: da reparação do dano através da restauração natural*, Coimbra Editora, Coimbra, 1998; MENEZES LEITÃO, “A tutela civil do ambiente”, *Revista de Direito do Ambiente e Ordenamento do Território*, nº4-5, Dezembro de 1999, p. 37 e ss.; GIOVANNI FACCI, “Brevi considerazione in tema di danno de fumo”, *Contratto e impresa*, ano 15, nº3, 1999, p. 944 a 955; SANDRA LEITÃO DE CARVALHO, *Novas tendências da responsabilidade civil. A responsabilidade civil por danos causados ao ambiente*, Lisboa, 1999-2000 (policopiado); SOUSA ANTUNES, “Ambiente e responsabilidade civil”, *Estudos dedicados ao Professor Doutor Mário Júlio Almeida Costa*, Universidade Católica Portuguesa, 2002, p. 643; SINDE MONTEIRO, “Protecção dos interesses económicos na responsabilidade civil por dano ambiental”, *A tutela jurídica do meio ambiente: presente e futuro*, Coimbra, 2005, p. 137 e ss.; LEITE CAMPOS, “Poluição Industrial e Responsabilidade Civil”, *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 42, 1982, p.703 a 725; CASTRONOVO, “Il danno all’ambiente nel sistema di responsabilità civile”, *Rivista Critica di Diritto Privato*, 1987, p. 511-520; BARBARA POZZO, *Il danno ambientale*, Giuffrè Editore, Milano, 1998.

No artigo 3º, al. a) da Lei nº11/87, de 7 de Abril (alterada pela Lei nº13/2002, de 19 de Fevereiro), conhecida como Lei de Bases do Ambiente, pode ler-se que “as actuações com efeitos imediatos ou a prazo no ambiente devem ser consideradas de forma antecipativa, reduzindo ou eliminando as causas, prioritariamente à correcção dos efeitos dessas acções ou actividades susceptíveis de alterarem a qualidade do ambiente, sendo o poluidor obrigado a corrigir ou recuperar o ambiente, suportando os encargos daí resultantes, não lhe sendo permitido continuar a acção poluente”. A lei de bases do ambiente consagra entre nós o princípio do poluidor-pagador. Sobre ele, cf., novamente, ALEXANDRA ARAGÃO, *O princípio do poluidor pagador ... cit.* Dispõe o artigo 41º que existe obrigação de indemnizar,

A jusante – e no que à nossa disciplina diga respeito – queda-se ela na imposição de uma obrigação ressarcitória, vista, em congruência com tudo o que foi dito, não como uma limitação da liberdade, mas uma actualização dela, segundo os vectores animadores da pessoalidade e da posição ética que esta ocupa no sistema.

Sublinhe-se, porém, a inexistência de um corte abrupto entre as duas realidades. Na verdade, aquele sentido primário da responsabilidade projecta-se no segundo plano, facto que pode ser constatado quer pelo recrudescimento do sentido da culpabilidade no quadro delitual, quer pela adopção de mecanismos de imputação que, apartando-se da constatação fundada da violação de direitos alheios, olha para os padrões de segurança exigíveis no sentido de a facilitar¹¹⁴⁵.

independentemente de culpa, sempre que o agente tenha causado danos significativos ao ambiente, em virtude de uma acção especialmente perigosa.

Sobre a diferença entre o princípio do poluidor-pagador e a responsabilidade civil, embora haja autores que os confundam, v. SOUSA ANTUNES, “Ambiente...”...cit., p. 644. Afirma o autor que, “enquanto o sistema de responsabilidade civil ambiental é limitado pela imputação a um agente concreto do comportamento que causou danos a um conjunto determinado de indivíduos lesados ou que frustrou a utilidade ambiental, o princípio do poluidor pagador serve para justificar a constituição de fundos ou institutos autónomos que, com independência do juízo de responsabilidade, suportam os custos emergentes da acção pública de reposição da qualidade do ambiente ou do apoio económico às vítimas”. Não deixa de ser interessante questionar o porquê do abandono tendencial das tradicionais categorias dogmáticas da ilicitude, culpa e nexos de causalidade quando em causa está um dano ao meio ambiente. E a resposta a tal interrogação torna-se simples, numa relação inversa à dificuldade das soluções que, então, se terão de buscar.

Efectivamente, o ressarcimento dos danos perpetrados ao meio ambiente encontra limites quando se busca o preenchimento dos diversos pressupostos da responsabilidade civil, designadamente a identificação do lesante e a determinação do nexo de causalidade. Sobre o tópico, cf., outra vez, ANA PERESTRELO DE OLIVEIRA, *Causalidade e imputação* ...cit.; SOUSA ANTUNES, “Ambiente...”...cit., p. 660-661 (“o dano apresenta-se anónimo, sem possibilidade de identificar o responsável, ou como dano acumulado, consequência do somatório de várias intervenções, ou ainda como dano futuro não previsível. O recurso à doutrina da causalidade mostra-se de difícil aplicação. Faz-se por isso apelo à causalidade normativa, que responsabiliza o agente pelos danos compreendidos na esfera de garantia das normas violadas (...). Prescinde-se mesmo da identificação do agente causador da lesão com a aplicação da teoria da *market-share-liability*, ou seja, a responsabilidade segundo a quota de mercado, nos termos da qual cada empresa é responsável pelos efeitos danosos da contaminação na proporção da sua quota de mercado”); COLAÇO ANTUNES, *Poluição industrial e dano ambiental: as novas finalidades electivas da responsabilidade civil*, Separata do Boletim da Faculdade de Direito, LXVII, Coimbra, 1992., p. 4. (a propósito das chuvas ácidas, o autor questiona a forma de imputação dos danos perpetrados, dada a dificuldade de prova do agente causador dos mesmos e do nexo de causalidade. Apresenta, por isso, diversas teorias, como sejam a *alternative liability theory*, a *concurrent causation*, *concert of action*, *enterprise liability*, até chegar à referida teoria do *market-share liability*)

Ainda a propósito do princípio do poluidor pagador, v. CUNHAL SENDIM, “Nota introdutória à Convenção do Conselho da Europa sobre responsabilidade civil pelos danos causados por actividades perigosas para o ambiente”, ... cit., p. 147 e ss., falando de uma responsabilidade objectiva que recai sobre o explorador que detém o controlo efectivo de uma actividade perigosa para o ambiente. A não esquecer, contudo, a diferença que separa os danos ambientais dos danos causados por meio do ambiente, a convocar, respectivamente diferentes tipos de ponderações.

¹¹⁴⁵ Note-se a tendencial convergência entre os nichos problemáticos onde avulta, em termos positivos, a consagração de uma obrigação geral de segurança ou de um princípio de precaução e a adopção de esquemas de responsabilidade objectiva.

Tal, concitando uma aparente perplexidade, justifica a nossos olhos alguns esclarecimentos adicionais.

Com efeito, não há uma necessidade lógica da comunicação entre os dois sentidos de responsabilidade tal como ela vem pensado. Ou seja, e dito de um modo mais directo, a cristalização dogmática de uma ideia de precaução em determinados nichos temáticos não impõe, de forma apodíctica, a conversão da responsabilidade decorrente da sua preterição numa responsabilidade pelo risco.

Em bom rigor, dir-se-ia mesmo que tal contrariaria a estrutura imputacional tal como ela vem pensada. Sem que isso nos condene ou sequer contrarie.

Em primeiro lugar, do que se trata é de uma responsabilidade no sentido do que HART cunhou como *role-responsability*. Que encontra assento legal pelo domínio particular em que se manifesta. Tal justifica, em termos de prescrição legislativa, paralela mas não consequentemente, a consagração de casos de responsabilidade objectiva, explicáveis por razões de justiça distributiva (acutilantemente sublinhadas no quadro do direito ambiental, não fosse esse um domínio publicista por excelência) que, oferecendo um recorte particular, não apaga totalmente o referente de pessoalidade que informa todo o sistema. O dado é, aliás, confirmado – e não infirmado – pelas hipóteses prático-normativas tipificadas pelo legislador. Pois eles, em simultâneo, justificam o recrudescimento do patamar de cautela, com óbvias consequências judicativas, e um desvio excepcional à regra imposta pelo artigo 483º, nº2 do CC.

Note-se, ademais, que o princípio da precaução de que temos, incidentalmente, falado deve ser entendido de modo hábil. Pensado, sobretudo, para o domínio publicista, ele tem sido chamado a depor em áreas específicas, onde aparece imbuído por uma intencionalidade muito particular. Granjeador de inúmeros apoios, tem sido, também, alvo de intensa crítica, ao mesmo tempo que, em torno dele, se denota uma preocupação crescente para a estabilização dos contornos. Sobre o ponto, cf. CASS R. SUNSTEIN, “Beyond the precautionary principle”, *John M. Olin Law & Economics Working Paper nº149*, 2d. series, Chicago, 2003, www.ssrn.com/abstract_id=307098, p. 11, apresentando diferentes versões do princípio (*nonpreclusion precautionary principle* – a regulação não deve ser precludida pela ausência de incerteza científica sobre actividades que colocam um risco de *substantial harm*; *margin of safety precautionary principle* – a regulação deve incluir uma margem de segurança, limitando as actividades ao nível no qual os efeitos adversos não foram encontrados ou previstos; *best available technology precautionary principle* – as exigências da melhor tecnologia disponível devem ser impostas relativamente a actividades que colocam um potencial incerto de criação de um dano substancial, a não ser aquelas em favor de cuja execução se pode mostrar que não apresentam um risco apreciável; *prohibitory precautionary principle* – as proibições devem ser impostas em face de actividades que envolvem um incerto potencial para impor um dano substancial, a não ser aquelas em abono das quais se mostra que não comportam um risco apreciável) e sustentando que, se uma *weak version* do princípio da precaução é importante e inquestionável, outras podem ser objectáveis. Refira-se, ademais, que a autora vem mostrar que a acção quotidiana acaba por ser informada por uma ideia fraca de precaução – cf. p. 12. Donde, duas conclusões são possíveis, tornando mais seguro o caminho por nós trilhado. Assim, a ideia de precaução que chamamos à colação é, sem dúvida, orientada pelo cuidado com o outro que avulta em cada relação particular, em cada encontro no mundo. Não curamos, porque longe do nosso objecto de investigação, das situações em que o ideário preventivo é erigido em palavra de ordem. Mas isso não nos impede de, independentemente das nossas preocupações charneira, reconhecer que ele tem traçado o seu percurso ao nível do direito constituído, surgindo inúmeras situações de posituação de obrigações de segurança que outra intencionalidade não apresentam senão essa.

Em suma, mesmo traduzindo-se numa forma de antecipação e gestão de riscos, com o objectivo de evitar a consumação dos mesmos, em áreas conhecidas pela dificuldade, se não impossibilidade, de actuação dos mecanismos clássicos da responsabilidade civil, o princípio da precaução configurará sempre a enunciação de uma norma de comportamento. Nesse sentido ANNE GUÉGAN, “L’apport du principe de précaution au droit de la responsabilité civile”, ... cit., ponto I, B). Saliente-se, contudo, que a autora se reporta ao ordenamento jurídico francês, no qual vigora a já nossa conhecida cláusula geral de responsabilidade delitual. O que significa que não está o jurista limitado pela necessidade de se verificar a violação de direitos absolutos. Por isso, pode a autora afirmar que a obrigação de reparação de danos nasce do não cumprimento de deveres que o agente tinha para com a vítima. Neste sentido, o princípio da precaução faria nascer um conjunto de deveres que, a serem preteridos, importariam o surgimento de uma pretensão indemnizatória. O princípio da precaução teria como efeito a concretização da *faute* em que se baseia toda a responsabilidade civil, desonerando em parte o juiz na sua complexa actividade judicativa. A imposição a todos os produtores de uma obrigação geral de segurança não é irrelevante em matéria de responsabilidade civil. De facto, ao estabelecer-se um padrão mínimo a que todos os produtos do mercado hão-de obedecer, estamos a facilitar a própria actuação do mecanismo da responsabilidade civil. Ao não se obedecer àquele padrão, estar-se-á a violar uma lei de protecção de interesses alheios, traduzindo-se isto num concreto acto ilícito.

25. Da responsabilidade a montante à responsabilidade a jusante ou a contaminação de toda a juridicidade pela nota da personalidade responsável. Aspectos metodológicos do problema.

Partimos da necessidade, eticamente conformada, de estabelecer pontes de diálogo com o nosso semelhante, a apontar para o cuidado com o outro. Ao tentarmos observar algumas das projecções dogmáticas dessa intencionalidade, topámos incidentalmente com o princípio da precaução. Dotado de um recorte próprio, tivemos oportunidade de esclarecer que o mesmo não esgota o sentido da prevenção que, no direito civil, não se analisa apenas prospectivamente, mas nos convida a ter em conta uma série de deveres de cada um para com aqueles com que nos cruzamos, importando consequências ao nível do instituto da responsabilidade civil.

O que ficou dito cria, no entanto, a sensação de pequenez. Não resultante da falta de dignidade dos nichos dogmáticos incidentalmente chamados à colação, já que ela inexistente, mas como expressão da desproporção entre a magnitude do princípio normativo do direito como direito – da ideia de dignidade ética da pessoa humana, desvelável na sua liberdade e responsabilidade – e as inferências de sentido que, circunscrevendo-se às consequências elencadas, daí se extrairiam.

Dito de uma forma mais directa, se chegámos fundadamente à conclusão de que o sistema se alicerça no reconhecimento da pessoa, livre e responsável, tornar-se-ia estranho que apenas parcelarmente essa ideia maior conformasse a normatividade.

Donde, e na ânsia de manter a congruência do pensamento, urge, antes de mais, clarificar a entrada em cena do direito ambiental e do direito do consumo. Não esgotam,

Por outro lado, podemos avançar com a ideia de que é natural a incidência de casos de responsabilidade objectiva nos mesmos domínios onde emerge o princípio da precaução. Em primeiro lugar, importa explicitar uma ideia que já estava implícita na nossa exposição: o princípio da precaução, tal como tem sido formulado e enunciado pelos legisladores e doutrinadores, aparece como um princípio político orientador da acção de todos os decisores públicos. Mas rapidamente se constata que a natureza política do princípio é esbatida com a extensão do mesmo à actuação dos decisores privados. Se assim é, então, a regra de comportamento que o princípio dita não pode deixar incólumes as soluções que se forjam a propósito da responsabilidade civil. E entramos assim na segunda das nossas conclusões prévias, conclusões essas que mais não farão do que abrir o caminho a considerações de outra índole, como veremos. Na verdade, pudemos atempadamente verificar que a responsabilidade objectiva não surge como o corolário do princípio da precaução em sede de direito civil. Mas constatámos igualmente que, por um lado, há uma certa coincidência entre os domínios onde ambas as realidades surgem, e, por outro lado, o princípio da precaução vem introduzir uma exigência acrescida na conduta humana que pode determinar o recrudescer da responsabilidade baseada na culpa e na ilicitude.

Note-se que, mesmo tendo chamado à colação a ideia de precaução, estamos a lidar com uma realidade mais ampla e mais profunda que, entroncando na personalidade livre, talqualmente a concebemos, deve servir de guia de qualquer sujeito que se queira afirmar como pessoa.

na verdade, o sentido responsabilizante que perpassa a juridicidade. Simplesmente, ao consagrarem-se positivamente naqueles ramos dogmáticos – na sua autonomia valorativa recente – obrigações que nitidamente mostram a preocupação com o outro¹¹⁴⁶, a sua análise, ainda que perfunctória, permite-nos encontrar pontos de apoio suficientemente firmes na desvelação do princípio de que curamos.

Não ignoramos que eles estão imbuídos de uma intencionalidade própria – aquela mesma intencionalidade que, sem se apartar do fundamento último, e traduzindo-se na sua teleologia primária, justifica a elevação dos mesmos a ramos do direito.

Circunscrevendo-nos ao direito do consumo – porquanto não nos queremos arredar do domínio privatístico¹¹⁴⁷, – assoma ao pensamento a figura central de gravitação da sua regulamentação: o consumidor. É ele e a sua debilidade diante do profissional que justificam uma tutela acrescida consagrada positivamente. Uma tutela acrescida que, lançando mão de múltiplos expedientes – consagração de deveres de informação, atribuição de direitos de resolução sem indicação de motivos, imposição de estritos deveres que, uma vez violados, consubstanciam uma prática contraordenacional, previsão de regimes especiais de garantia, etc. –, através dos quais pretende materialmente consagrar uma igualdade inexistente na realidade, poderia explicar por si só as regras a que aludimos. Ficaria, assim, o princípio justificado no quadro do direito do consumo, não autorizando uma consideração genérica do mesmo.

Contudo, convém não esquecer a estrutura relacional subjacente a cada uma das soluções rememoradas. Não estamos aqui no âmbito da típica relação negocial mas de uma estrutura tentacular que, irradiando a partir de um centro dinamizador – o profissional –, atinge os diversos consumidores particulares que nenhum contacto directo com ele mantêm. Há, é certo, um estatuto especial em que alguém está investido, um papel particular assumido, mas isso não pode levar à afirmação (i)lógica de que, apenas se consagrando no domínio especial, não vale para o quadro geral.

A ilogicidade a que aludimos compreender-se-á facilmente se tivermos em conta que um análogo raciocínio nos levaria a afirmar a impossibilidade de controlo do carácter abusivo de uma cláusula contratual porque inserida num contrato negociado e não num contrato de adesão.

¹¹⁴⁶ A noção de consumidor encaminha-nos para o domínio contratual. Mas isto não implica que, nessa estrutura relacional, não se possa ultrapassar o âmbito de relevância estabelecido pelo conceito oferecido pela Lei de Protecção do Consumidor, tantas vezes derogado em sub-domínios específicos.

¹¹⁴⁷ Não está isenta de problematidade a inserção do direito do consumo no domínio privatístico, sobretudo se atentarmos na transversalidade do ramo jurídico em questão, e bem assim na confluência de disciplinas que, na sua conformação dogmática, para ele concorrem.

Acresce que – e olhando agora para o campo vizinho – quando em causa esteja o direito ambiental é toda a humanidade que é chamada a modelar as soluções, internacional e nacionalmente, plasmadas. O cuidado ético estender-se-ia a todos – no presente e no futuro – mas já não importaria relativamente ao *tu concreto* com quem o *eu* se cruza.

Se o que até aqui ficou dito mostra – numa antecipação de objecções eventuais – a viabilidade de se encontrar uma consagração positiva da dimensão de fundamentação que – ancorados no pensamento de filósofos do direito – recortámos para o sistema jurídico como um todo, e de não a relegarmos para domínios específicos, importa ter em conta o percurso encetado no ponto expositivo precedente.

Pensamos ter, aí, mobilizado argumentos suficientemente fortes para mostrar que o direito que o queira verdadeiramente ser não pode contentar-se com uma pura forma, nem transmutar-se num plano estratégico de regulação do lugar do homem no mundo.

E se assim é, se toda a juridicidade se alicerça na ideia de pessoalidade, porque circunscrever a diluição dessas exigências de sentido – eticamente valiosas – àqueles sectores que, paradigmática e exemplificativamente, mobilizámos?

Com o que percebemos, afinal, a sensação de desconforto em face da aludida desproporção. Pois que nenhum sentido – do ponto de vista axiológico por nós encabeçado – terá entronizar a pessoa e depois reservar-lhe um papel residual. Pelo contrário, ela – como actor central – tem de estar sempre presente em cada acto concreto de realização judicativo-decisória do direito.

E, metodologicamente, esta é a única conclusão viável¹¹⁴⁸.

Três cenários são hipoteticamente configuráveis a este propósito, mantendo como alicerce básico a pessoa humana e a dignidade ética que a conforma.

Poder-se-ia olhar para a liberdade e responsabilidade como o pano de fundo, embelezador do discurso, sem que ele derramasse qualquer influência sobre as soluções concretas¹¹⁴⁹. Na melhor das hipóteses, eles comunicariam ao legislador certas exigências de sentido a esgotar-se nesse momento da prescrição legislativa.

¹¹⁴⁸ Sobre a importância do recurso ao controle metodológico na resolução de problemas próprios do direito civil, cf. GUIDO ALPA, “Il metodo nel diritto civile”, *Contratto e impresa*, CEDAM, Pádua, 2000, p. 360.

Cf., ainda, “Il metodo della ricerca civilistica”, *Rivista Critica diritto privato*, 1990, p. 7 e ss.

¹¹⁴⁹ Note-se que mesmo os autores que são tributários de um pensamento de índole positivista acabam por reconhecer a liberdade humana como valor fundamental do sistema. Simplesmente, a afirmação de

Nos antípodas de tal impostação teórica e eventual, encontrar-se-iam todos aqueles que, presos a um modo de ser jusnaturalista, pretenderiam lançar mão de um raciocínio de tipo dedutivo para, a partir do princípio cimeiro, deduzirem dele todas as soluções, o que, em bom rigor, não divergiria grandemente, do ponto de vista prático, da primeira das posições aventadas. Na verdade, sendo o pensamento de cariz dedutivo caracterizado pela sua tautologia, as soluções predispostas nada acrescentariam às premissas de que se partia, pelo que – e a manter-se a estrutura axiomática do pensamento na passagem da norma à resolução do caso concreto – ter-se-ia de concluir que tudo seria determinado pela primeira, a encerrar em si – autistamente – a solução do problema *decidendum*, relativamente ao qual já não seriam sopesados os padrões valorativos iniciais.

No fundo, a presença – dentro do elenco de requisitos de uma pretensão ressarcitória procedente – da ilicitude e da culpa bastariam para garantir a congruência fundacional assim perspectivada.

Só que, em rigor, qualquer um dos caminhos metodologicamente traçados – e passe a redundância da expressão, porquanto a própria metodologia já envolve um caminho sobre o qual racionalmente nos debruçamos – se revela insatisfatório.

O primeiro, ainda que ancorado num dado axiológico, pouco se diferenciaria do núcleo de funcionamento do positivismo. O segundo, tornando imutável e a-histórico o jurídico, fechar-se-ia, *mutatis mutandi*, na contemplação autista da norma, a despeito das exigências concretas comunicadas pelo caso. Com a consequência de não ser a responsabilidade – ancorada na liberdade pessoal e não individual – mais do que uma *petitio principii*.

Devem portanto ser negados os extremos confluentes. Negação esta que não se cinge a uma mera recusa *ad nutum*, mas que se estriba na impossibilidade prático-normativa de se cumprir o desiderato a que se propõem.

Por um lado, é a inviabilidade da defesa do carácter meramente dedutivo da fundamentação jurídica, pela consideração das múltiplas possibilidades de concretização prática de um princípio, que a justifica. Não há entre este e os critérios que nele se louvam uma relação de necessidade lógica que tornaria apodícticos e apofânticos os últimos, mas sabe-se que a força refractária daqueles é passível de projecções múltiplas.

princípio não tem outras repercussões em sede jurídica. Cf. HELMUT COING, *Gundzüge der Rechtsphilosophie*, 3. Aufl., Walter de Gruyter, Berlim, Nova Iorque, 1976, p. 190-193.

Por outro lado, não se ignora que é metodologicamente insustentável a interpretação colimada na consideração isolada da norma, já porque o enunciado linguístico, na sua autonomia nada nos comunica, já porque o objectivo daquela é, ao implicar a dupla transcendência da norma, extrair dela o critério de orientação do decidente para a resolução de um determinado caso. Pelo que é em função deste e das suas especificidades que a tarefa normativa – e não meramente hermenêutica – deve ser prosseguida.

Donde, afinal, toda a interpretação é analogia, porquanto só seja viável no cotejo entre a intencionalidade problemática do sistema e a intencionalidade problemática do problema¹¹⁵⁰.

Simplesmente, esta analogia, quando devidamente entendida, não se pode confundir com a mera identidade dos termos. Estivéssemos nós no campo matemático e ela transverter-se-ia em pura identidade¹¹⁵¹; no campo do direito, temos toda a barreira entre o geral e abstracto da norma e o particular e concreto do caso a cavar um fosso que exige, para o juízo de similitude suficiente que se procura, a convocação de um *tertium datum* que o viabilize¹¹⁵².

¹¹⁵⁰ Neste sentido, cf., por todos, CASTANHEIRA NEVES, *O actual problema metodológico da interpretação jurídica*, ... cit.; *Metodologia Jurídica*... cit., p. 242 e ss.

¹¹⁵¹ Cf. CASTANHEIRA NEVES, *Metodologia Jurídica*. ... cit., p. 242.

¹¹⁵² Cf. CASTANHEIRA NEVES, *Metodologia Jurídica*. ... cit., p. 256 e ss.

CASTANHEIRA NEVES fala da analogia como uma “integrante e unitária inteligibilidade ou racionalização”, que implica a verificação de três características fundamentais: “1) (...) essas entidades não vêm reduzida pela analogia a sua diversidade (...); 2) (...) a inteligível integração deverá ser uma conclusão nivelada (...) i.é, deverá manter-se no mesmo nível dos relata e não passar (...) a um nível diverso (...); 3) (...) exige-se um fundamento específico da integração (*fundamentum relationis, tertium comparationis*) a justificar a inteligibilidade ou racionalidade dessa unificante associação na diferença”. (cf. *Metodologia Jurídica*... cit., p. 241).

Ora, o que sublinhámos em texto, a sedimentar metodologicamente o passo discursivo protagonizado, foi que esse *fundamentum relationis* não pode deixar de ser encontrado na expressão do próprio direito. Sem que com isto resvalemos para o vício, contaminador do pensamento de raiz tradicional denunciado pelo jurista, que redundaria, afinal, na mutação do nível de grau entre os *relata*, ao admitir a *analogia iuris*, entendida como a analogia entre o caso concreto e um princípio geral extraído de um conjunto de normas. Pois que, não só os princípios a que apelamos em nada se confundem com esses princípios gerais de índole normativista, como a justificação da relação por aquele *tertium comparationis* não implica a passagem do particular ao geral (cf. p. 244-254).

Em rigor, CASTANHEIRA NEVES chama-nos à atenção para a índole argumentativa e não meramente lógica do raciocínio analógico. Com o que pretende afirmar a necessidade – insuperável – de se recorrer, na comparação das duas intencionalidades problemáticas em confronto, a critérios especificamente jurídicos, por ele identificados como “critérios normativo-teleologicamente materiais” (cf. p. 249).

“Os casos relevantes serão juridicamente análogos quando os seus respectivos e concretos sentidos problemático-jurídicos (...) se puderem pensar numa conexão justificada pela intenção fundamental de juridicidade que os constitui na sua especificidade jurídica (...). Mas essa analogia problemática não dispensa um segundo momento analógico de índole agora judicativa, pois só uma ponderação comparativa a nível judicativo poderá levar a concluir que a solução jurídica do caso-foro é normativo-juridicamente adequada também para o caso-tema” (cf. *Metodologia jurídica*... cit., p. 261).

E porque a intencionalidade problemática não pode, jamais, apagar o referente de sentido que, eticamente, conforma a juridicidade, aquele dado convocado deverá ser iluminado com a própria ideia do direito, concretizada nos diversos princípios normativos que integram o sistema jurídico já constituído e a constituir.

Donde se confirma o que tantas vezes, embora de forma não tão sistemática, temos dito. Ainda que a lei possa ser vista, do ponto de vista da teoria da legislação, como um instrumento de prossecução de determinadas políticas, animando-se por uma nota de eficácia ou eficiência, situando-nos no quadro da decisão judicativa, o nosso olhar deve apenas privilegiá-la no estrito sentido jurídico. Simultaneamente, recusa-se encará-la como um mero enunciado teórico, despojado da materialidade que a consubstancia.

Pelo que a força jurigénica dos princípios se vem a ilustrar segundo um movimento dúplice: condicionando o legislador e comunicando ao decidente exigências de sentido que envolvem a interpretação dos critérios à luz dos fundamentos^{1153 1154}.

Tudo isto a querer dizer que, em concreto, o juízo analógico – em que se consubstancia, afinal, toda a interpretação – apresenta um carácter axiológico-normativo, a implicar a intuição do próprio sentido do direito que, assim, se derrama em cada mobilização que se há-de fazer dos diversos critérios legais erigidos para a procedência de uma pretensão indemnizatória procedente.

¹¹⁵³ Cf., embora de uma forma não coincidente, ESSER, *Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts*, Mohr-Siebeck, Tubinga, 1956 (*Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del derecho privado*, Bosch, Barcelona, 1961, tradução espanhola de Valentí Fioi), cap. II.

Para uma análise do modo como ESSER concebe a concreta realização do direito, cf. CASTANHEIRA NEVES, *Metodologia Jurídica...* cit., p. 147.

¹¹⁵⁴ AROSO LINHARES, *Introdução ao Direito, Sumários Desenvolvidos*, policopiado, 2009/2010, cap. III, p. 86 e ss., em especial p. 89 e ss., distinguindo os fundamentos dos critérios e considerando que os fundamentos justificam “uma conclusão racionalmente plausível, mas não me propõe[m] uma solução ou tipo de solução”, ao passo que os critérios surgem como operadores disponíveis, que podem ser “imediatamente convocado[s] para resolver um determinado tipo de problemas e (ou) que pré-esquematiza a solução (exigindo, não obstante, um esforço discursivo de concretização-realização)”. Mais acrescenta, à luz da tarefa interpretativa, que os critérios são “objecto da interpretação”, enquanto os fundamentos “possibilitam, condicionam ou sustentam a própria interpretação”. Cf., também, p. 92, mostrando que uns e outros não se distanciam apenas pelo grau de indeterminação, pelo que se reclama um outro tipo de tratamento metodológico para os fundamentos. Para AROSO LINHARES, na senda dos ensinamentos de CASTANHEIRA NEVES, os princípios *normativos* são “objectivações (normativamente materiais) de compromissos prático-comunitários e do horizonte de (ou da dimensão de) validade que estes compromissos traduzem ou realizam — com uma emergência histórico-cultturalmente «situada» e com uma prática de realização que continuamente os transforma. Ora objectivações reveladas pela experiência de realização destes mesmos valores e não obstante também dogmaticamente estabilizadas. É esta estabilização, como vimos, que os converte em *fundamentos*: que os inscreve numa zona privilegiada de fronteira entre uma dimensão axiológica (histórico-problematicamente aberta) — que postulam (e cuja experiência os constitui) e que no entanto não esgotam (porque esta os excede sempre nas suas possibilidades normativas) — e uma dimensão (vocação) dogmática desoneradora («estabilizadora») — que os absorve como seu primeiro *estrato* e a cujo desenvolvimento (-*sistema*) garantem por sua vez o dinamismo constitutivo de um *normans*” (p. 94). Note-se que os princípios a que o autor alude não se confundem com os chamados princípios gerais do direito. É o próprio quem o afirma quando nos ensina que “as concepções que vêm nos princípios apenas *ratio* (condições epistemológicas de uma racionalização cognitivo-sistemática das normas legais) são herdeiras da compreensão *normativística* dos

O que assim fica explanado importa duas considerações.

Uma negativa, se por negativa pudermos considerar a posição negatória de afastamento em relação à doutrina da estrutura escalonada da ordem jurídica construída por KELSEN¹¹⁵⁵.

princípios (e muito especialmente daquela que o positivismo conceitual desenvolveu na segunda metade do século XIX) — uma compreensão que reduz o *direito* ao estrato das normas para ver nos *princípios gerais* «normas mais abstractas e mais gerais» obtidas por abstracção generalizante ou concentração-classificação (se não por indução) a partir das normas vigentes e com o objectivo claro de conseguir um domínio cognitivo racionalmente mais logrado destas últimas e da *unidade horizontal* (por coerência) que estas constituem”. AROSO LINHARES recusa, ainda, a perspectiva que, na linha de STAMMLER, sustenta que os princípios só configuram direito vigente a partir do momento em que sejam assimilados por normas jurídicas ou por precedentes jurisdicionais. Nessa medida, podem discernir-se duas orientações que não se excluem mutuamente. Assim, há a “possibilidade de ver nos princípios intenções *regulativas* (manifestação de expectativas sociais ou de compromissos comunitários *sem carácter jurídico*) capazes de orientar *directamente* (mas apenas de orientar!) a construção-produção de critérios jurídicos (especialmente *legislativos*)”, ou seja, o legislador deveria ter em atenção, quando procurasse as soluções mais adequadas, os princípios normativos; e a possibilidade de “ver nos princípios intenções *regulativas* com um carácter *metodológico*: intenções que, não constituindo como tal *direito vigente*, podemos convocar como apoios-arrimos (...) quando *interpretamos* uma norma legal ou um critério jurisprudencial... e muito especialmente quando temos que enfrentar um «caso omissivo» e resolver um problema (dito) de integração” (cf. p. 96 e ss.). De facto, para o autor, os princípios devem ser entendidos como verdadeiros direito vigente.

v., ainda, AROSO LINHARES, *Introdução ao Direito...* cit., p. 108, considerando, dicotómica e complementarmente, a *ratio legis* e a *ratio iuris*. A primeira, tendo a ver com a procura do fim que motivou a prescrição legislativa, permite-nos, nas palavras do mestre, considerar aquela “adequada ou desadequada, politicamente oportuna ou inoportuna, capaz de articular logradamente recursos-meios e *goals* pressupostos, capaz ou incapaz de produzir naquele tecido social os efeitos empíricos que pretende atingir”, com o que a tratamos como um programa de fins. Já a segunda leva-nos ao confronto da teleologia programática da norma com a «coerência dos fundamentos normativos do sistema jurídico» (na «possibilidade de transcender aquela teleologia por estes fundamentos»).

¹¹⁵⁵ Não olhamos agora para a *Teoria Pura do Direito* protagonizada pelo autor do ponto de vista da validade, já que entendemos ter aduzido suficientes argumentos *supra* no sentido de mostrar a insustentabilidade de princípio do *relativismo axiológico* em que ela redundava [Sobre o problema do relativismo axiológico e das diversas interpretações e consequências do mesmo, cf. ANNE FAGOT-LARGEAULT, “Os problemas do relativismo moral”, *Uma mesma ética para todos?* (dir. JEAN-PIERRE CHANGEUX), Instituto Piaget, 1997. Na mesma obra, veja-se, ainda, o texto de HENRI ATLAN, “Os níveis da ética”. Também aí somos confrontados com problemas relativos à possibilidade de assunção de uma ética em termos universais. Ponto importante nas lucubrações do autor é a consideração da sociedade como mediadora entre o indivíduo e a humanidade, porquanto, comportando-se os indivíduos nela inseridos segundo os valores e normas herdados de antigas e seculares tradições, ela poria em causa, numa visão de tudo ou nada, a viabilidade de aquela ser alcançada. É esse pluralismo constatado, aliás, que faz com que o autor aduza a necessidade prática de se examinar a natureza das exigências éticas nos seus diversos níveis: universal (comum a toda a espécie humana, na medida em que parece determinado pela sua fisiologia, vindo a traduzir-se em experiências valorativas imediatas como a sensação de prazer, dor, do bem no sentido do que faz bem e do mal no sentido em que faz sofrer. Salienta o autor que esta é a dimensão da ética que, resolvendo *a priori* a articulação entre o descritivo e o normativo, vai ser considerada pelos utilitaristas); um segundo nível de transformação das experiências de dor e prazer em experiências de bem e mal; um terceiro nível meta-ético, por referência ao qual se indaga em que medida um sistema valorativo é ou não superior ao outro.

Nos trabalhos chamados à colação, a ideia de relativismo ético, questionado paredes-meias com aquela outra da tolerância, vem pensada em termos de saber se é ou não possível atingir um nível moral universalmente aceite. Conclui-se, em diversos pontos, que a fragmentaridade e o pluralismo que predicam as sociedades hodiernas tornam inviável tal desiderato. Simplesmente, e agora dizêmo-lo por nós mesmos, a reclamada tolerância não pode resvalar no niilismo axiológico, porquanto este se mostre incapaz de sustentar uma ordem normativa.

KELSEN vem, de facto, sustentar – a partir da sua fundamentação da juridicidade na *Grundnorm*¹¹⁵⁶ – que na ordem jurídica há que distinguir três níveis, todos eles indispensáveis, entre os quais se estabelece uma relação de precedência lógica. E se é claro que a aplicação de uma norma de escalão superior, pela sua concretização numa norma de escalão inferior, implica um acto de constituição do direito e que a sentença não se queda num puro processo de declaração de direito¹¹⁵⁷, não é menos seguro que o acto interpretativo é concebido como um exercício teórico de indicação das significações possíveis, dentro do quadro de sentidos literais por ela delineado, rejeitando-se a mobilização dos elementos sistemáticos e teleológicos na consecução de tal tarefa¹¹⁵⁸. Pelo que, uma vez criada a norma legal, como processo de aplicação-constituição da norma superior através de um acto de vontade, a norma fundamental –

Sobre o relativismo referido ao direito, cf., igualmente, ANTÓNIO JOSÉ DE BRITO, *Valor e realidade*, Imprensa Nacional Casa da Moeda, 1999, p. 31 e ss. Considera o autor que o relativismo, também protagonizado por KELSEN e por ele aceite como denominador comum de todas as democracias, sem o qual elas não poderiam existir, nos deixa sem defesas contra o totalitarismo. Acrescenta que, do ponto de vista teórico da validade do princípio da não contradição, o relativismo autocondena-se: “se todas as concepções são legítimas, também é legítima a concepção segundo a qual nem todas as concepções são legítimas. Se uma tese deve admitir o seu oposto eis que a tese relativista deve entender que o anti-relativismo é perfeitamente de aceitar. E temos assim que o sim e o não são equivalentes, numa violação integral da não contradição” – p. 32. Sublinhe-se a ligação directa entre o relativismo que fere de morte e o positivismo, visto pelo autor, como uma consequência do primeiro e porta de entrada para todo o tipo de despotismo.]

Cultor do positivismo jurídico (cf. HANS KELSEN, *Teoria pura do direito...* cit.; e “Was ist die reine Rechtslehre?”, *Festschrift für Giacometti*, Zurich, 1953, p. 153), o jurista, profundamente influenciado pelo Círculo de Viena, parte da pressuposição de que só se pode aceder à compreensão do que é verificável, pelo que restringe a sua análise às normas, tidas como meras estruturas lógicas.

É certo que o próprio contesta a ideia de lógica associada à sua teoria pura do direito, atribuindo-lhes o papel de funções de uma teoria geral, à semelhança do que, na geometria, é cumprido pelas figuras do círculo ou do quadrado [cf. HANS KELSEN, “Was ist die reine Rechtslehre?”,... cit., p. 150], mas não é menos verdade que, na sua ânsia de depurar a ciência jurídica de múltiplas contaminações, vem afirmar a irrelevância dos seus conteúdos, definindo o dever ser como categoria do pensamento, numa clara inspiração kantiana. O importante é a legitimidade da sua prescrição a partir da norma fundamental.

Para uma crítica à impostação kelsiana da ciência jurídica pura, cf. LARENZ, *Metodologia...* cit., p. 100.

Veja-se, ainda, para uma compreensão do ordenamento jurídico baseado numa construção hierárquica piramidal de inspiração Kelsiana, MARIETTA AUER, “A interpretação em conformidade com o direito primário”, ... cit., p.

¹¹⁵⁶ Cf. HANS KELSEN, *Teoria pura do direito...* cit., p. 9 e ss.

¹¹⁵⁷ Cf. LARENZ, *Metodologia...* cit., p. 105. Afirma o autor, na análise do problema da interpretação em KELSEN, que “o trânsito de um nível superior da produção jurídica para o nível imediatamente inferior é sempre as duas coisas: aplicação da norma superior e criação do direito, isto é, produção da norma inferior. Esta dupla natureza partilha-a a sentença judicial com a lei, o decreto, o acto administrativo e o negócio jurídico. Ora, a norma de grau superior (...) não pode nunca determinar completamente e em todas as direcções o acto pelo qual é executada (...). Fica sempre uma margem de discricionariedade para o órgão chamado a estabelecer a norma inferior”.

Há para o autor, portanto, uma dimensão de *voluntas* na sentença judicial, que seria proscribida dos quadros da ciência jurídica, meramente reprodutiva e não constitutiva. Mas fica por perceber, no quadro da teoria da interpretação por si encabeçada, como garantir o controlo das sentenças, dado que, quedando-se a interpretação num processo teórico de escolha de um dos sentidos literais possíveis delineado pela norma, se perde o grau de fundamentação da decisão.

¹¹⁵⁸ Cf. KELSEN, *Teoria pura do direito...* cit., p. 349.

de si meramente formal, dado configurar-se como um expediente necessário para garantir a coerência interna do sistema e impedir o retrocesso *ad infinitum* – deixa de derramar qualquer influência na decisão concreta do caso que se obtenha.

A pureza do pensamento kelsiano está, portanto, longe daquilo que aqui deixámos – do ponto de vista da compreensão do sistema ressarcitório delitual – inscrito. Pois que, não só o princípio normativo do direito enquanto direito é compreendido na sua materialidade axiológica e ética – sem a qual o direito não passaria de um mero ordenador de condutas amputado de sentido –, como ele contamina cada acto de realização judicativo-decisória daquele¹¹⁵⁹.

Com o que estamos em condições de passar ao segundo nível de considerações anunciadas. Pois que, no cotejo com o positivismo normativista, tornou-se ainda mais clara a força refractária dos princípios que vimos reclamando.

Trata-se, assim, de saber qual a posição que ocupam no quadro do sistema jurídico já constituído. Ou indagado de outro modo, trata-se de questionar qual a função que os princípios normativos – enquanto expressão da ideia do direito como direito – desempenham na concreta realização do direito¹¹⁶⁰.

¹¹⁵⁹ Cf. GUIDO ALPA, “Il metodo...”, ... cit., p. 391. O autor, em perfeito diálogo com ESSER, vem afirmar que a concepção tradicional de fontes do direito está hodiernamente em crise, aventando-se, nesse ensejo, o carácter criador de direito da jurisprudência, pelo que dificuldades acrescidas surgem na defesa de uma lógica hierárquica de explicação do sistema jurídico em que as diversas soluções sejam deduzidas de um mínimo denominador comum.

E chamando à colação o estudo de DUDEN mostra o profícuo labor criador da jurisprudência em matéria de causalidade, presunções de culpa, responsabilidade pelo risco da empresa ou por actividade pessoal, deveres de protecção, etc (cf. DUDEN, “Haftung für Schaedigung durch Sachen”, *Rel. al II Congresso int. di dir. comp. del-l’Aja*, 1973, p. 216 e ss., *apud* GUIDO ALPA, *op. cit.*, loc. cit.).

¹¹⁶⁰ Partindo da distinção entre princípios do direito e princípios jurídicos, entendidos como princípios de aplicação técnica, GUIDO ALPA questiona se os primeiros constituem regras de direito positivo ou se funcionam apenas como guias interpretativos – “Il metodo...”, ... cit., p. 396 – para, chamando à colação o pensamento de ESSER, aventar que eles são susceptíveis de cumprir a dupla funcionalidade: “sono regole di diritto positivo, ancorché non siano regole precise e indipendenti, sia le concezioni, giuridiche generali, sia le *rationes legis*, sia i principi di valore e costruttivi di un sistema, sai i principi di etica e di giustizia; ma sono anche principi informativi degli organi che creano il diritto. E perciò sono anche fonti del diritto”.

Para uma concepção diversa dos princípios normativos – não confundíveis com os chamados princípios gerais de direito – cf. CASTANHEIRA NEVES, *Sumário de uma lição síntese sobre “Os princípios jurídicos como dimensão normativa do direito positivo – A superação do positivismo normativista”*, Coimbra, 1976 (policopiado). Reconhecendo, inegavelmente, o papel dos princípios jurídicos como estrato de fundamentação do sistema que derramam a sua intencionalidade sobre os critérios que ali se colimam, o insigne jurista nega, não obstante, que os mesmos possam ser vistos como fontes do direito.

Refira-se que GUIDO ALPA, colocando frente a frente uma concepção normativista do sistema jurídico e uma que se aparte do formalismo axiomático a que o pensamento de que somos herdeiros directos nos conduz, explicita que no quadro da primeira os princípios acabam por ter um papel residual, sendo considerados instrumentos complementares para colmatar lacunas – cf. “Il metodo...”, ... cit., p. 397.

Adverte, porém, que, mesmo no quadro de um sistema axiomático, o recurso aos princípios se afigura imprescindível diante de cláusulas gerais, conceitos indeterminados, normas em branco e *standards* que urge concretizar.

O modo como a pergunta é formulada, longe de ser inócua, leva ínsita a resposta que lhe pretendemos oferecer. Na verdade, se os encaramos como expressão da ideia do direito enquanto direito, não podemos deixar de lhes reconhecer a força refractária a que já fizemos alusão. E de reconhecer – como aliás também já o fizemos – que ela envolve a participação activa deles na interpretação dos critérios consagrados no sistema.

Quer isto dizer que não lhes reservamos um papel meramente subsidiário e residual, próprio da sua circunscrição ao campo do que, tradicionalmente, era considerado como lacuna e, hodiernamente, deve ser entendido como um problema que suscita uma constituição trans-sistemática do direito, mas, outrossim, lhes reconhecemos um papel activo na realização judicativa dele quando, para o efeito, podemos mobilizar como critério imediato de orientação da solução que o decidente busca uma norma.

Quem o diz é CASTANHEIRA NEVES. E di-lo não só como corolário do entendimento materialmente densificado que derrama sobre o direito – que acompanhamos integralmente e que os referidos princípios espelham – como pela consciência da impossibilidade de se aceder ao sentido normativo da norma se não a remetermos para os princípios em que se louva¹¹⁶¹.

É por isso que, no esquema metódico por si reflexivamente analisado – se bem que não imposto à prática numa relação de exterioridade construtiva –, considera, a par do *momento da relevância* e do *momento da teleologia*, o chamado *momento dos fundamentos*, por meio do qual se passa “verdadeiramente da especificante *ratio legis* à fundamentante *ratio iuris*”¹¹⁶².

No que tange aos sistemas de *Common Law*, é reservada aos princípios uma tríplice função: 1) ponto de partida para o pensamento jurídico, que é necessariamente problemático e *topoi* mobilizáveis; 2) regras do caso concreto; 3) recapitulação da *ratio iuris* (cf. “Il metodo...”, ... cit., p. 397).

Assim, conclui o autor que, neste domínio, os princípios são parte integrante do direito positivo; nos sistemas continentais, o princípio – tal como ali, mas de forma mais restrita – domina a interpretação da norma, orienta a pré-selecção e o reconhecimento dos factos juridicamente relevantes (cf. “Il metodo...”, ... cit., p. 398).

¹¹⁶¹ Referindo-se aos princípios como “primeira objectivação da validade jurídica”, o autor afirma claramente que “a determinação concretamente normativa das normas ou dos critérios jurídicos aplicáveis (...) encontra a sua última possibilidade no apelo a fundamentos regulativo-constitutivos do sistema, já que só pela referência a esses fundamentos a indeterminação e a abertura das normas e dos critérios positivos, continuamente evidenciadas pela sua intenção judicativa aos casos problemáticamente concretos, poderão ser normativo-metodologicamente superadas” – cf. CASTANHEIRA NEVES, *Metodologia Jurídica*... cit., p. 188.

¹¹⁶² Cf. CASTANHEIRA NEVES, *Metodologia Jurídica*... cit., p. 189.

O autor admite, a par da interpretação conforme os princípios, a possibilidade de correcção, preterição e superação conforme os princípios.

Quer isto dizer que, na mobilização e interpretação que se faça de uma norma ou outro critério do sistema, de entre as diversas possibilidades abertas, só poderemos verdadeiramente determinar o sentido normativo da norma, a justificar a assimilação do âmbito de relevância do caso pelo âmbito de relevância hipotética daquela, se – a par da consideração da sua teleologia primária – acedermos, num processo que a transcende, aos fundamentos em que ela se louva, ou seja, aos princípios normativos que, enquanto expressão objectivada da ideia de direito enquanto direito, nela se projectam, indo por isso pressupostos.

Posta a claro a intencionalidade metodológica da juridicidade, torna-se evidente que tal comporta consequências no plano dogmático e, no que a nós interessa, a propósito da responsabilidade civil e da configuração do sistema ressarcitório delitual.

Algumas conclusões podem ser, parcialmente, adiantadas, de uma forma tópica.

Rejeitam-se liminarmente todas as posições que afastam a liberdade entroncada na personalidade do modo como, interpretativamente, se compreende o instituto abraçado. Mas consideram-se, igualmente, falhadas – se bem que sobre elas não recaia inexoravelmente o manto da imprestabilidade – todos os entendimentos que, olhando para a pessoa, eticamente considerada, não retiram desse pilar fundamentante todas as consequências práctico-normativas que daí se devem extrair. Pensamos, *ad exemplum*, no quadro proposto por PICKER¹¹⁶³.

¹¹⁶³ Vide PICKER, “Positive Forderundsverletzung und culpa in contrahendo. Zur Problematik der Haftungen zwischen Vertrag und Delikt”, ... cit., p. 465. Considera que a imposição do *neminem laedere* é formulada apenas como um princípio genérico e ideal, que não pode ser considerado em pura forma, não podendo ser vertido automaticamente em regras jurídicas sem qualquer limite, embora saliente, e esta parece ser uma nota que cumpre sublinhar, que não importa, porque o fundamento último da responsabilidade será sempre o *neminem laedere*, perscrutar razões especiais legitimadoras da obrigação de indemnizar, antes se devendo questionar por que razão o ressarcimento dos danos deve ser negado em casos particulares. Mas, apesar de o autor fazer recuar o fundamento da responsabilidade ao *neminem laedere*, explicita que este se traduz numa máxima ideal, orientadora de uma direcção, à qual poderão ser postos limites como a outros ideais na realidade jurídica.

O princípio da responsabilidade não surge, na obra de PICKER, como algo que influi a concreta modelação das regras delituais. Nem o autor o convoca no momento em que mobiliza uma norma para resolver uma situação concreta, reservando-o para aquelas situações em que a norma deixa de poder operar. E quando, perante um caso não previsto no sistema já constituído, o autor faz apelo ao *neminem laedere*, porque não tem em conta todas as dimensões da relação dialógica que cada ser humano estabelece com o seu semelhante, esquece-se que, diante de uma relação especial entre sujeitos determinados, o que está em causa já não é a garantia da dignidade humana e das condições de desenvolvimento integral da personalidade, que devem ser deixadas na disposição do seu titular.

Criticando, do ponto de vista da teoria da confiança a concepção de PICKER, cf. CARNEIRO DA FRADA, *Teoria da confiança...*cit., p. 226 e ss. A páginas 230, CARNEIRO DA FRADA diz-nos que “o que mata o sistema de Picker é o formalismo descarnado e alérgico a ponderações e diferenciações valorativas que nele perpassa”.

E, com a cautela de não se cair na tentação de resvalar nos antípodas do dedutivismo jusnaturalista¹¹⁶⁴ – também ele axiomático e, portanto, incapaz de captar as especificidades problemáticas dirigidas pela realidade –, assumimos comprometidamente o que aqui ficou inscrito no sentido de derramarmos sobre a conformação dos diversos requisitos da obrigação de indemnização a nota teleológica e teleonomológica.

Isto é, se toda a interpretação da norma faz apelo aos princípios que ela leva pressupostos, então o cumprimento das exigências de princípio comunicadas pelo sentido do direito – desvelável na ideia de liberdade e responsabilidade (no sentido da *role-responsability* colimada na personalidade) – só será logrado se e quando todas as categorias harmonicamente articuladas para fundar a sua procedência forem interpretadas, no cotejo com o caso concreto, tendo em consideração, não só as finalidades primárias desse ressarcimento, mas ainda a intencionalidade normativa dela¹¹⁶⁵.

Donde não basta, para que o sistema seja congruente, que ele se erija com base na ilicitude e na culpa, como regra, mas que elas mesmas sejam – quando assumidas problemáticamente – consideradas segundo essa *ratio iuris*.

¹¹⁶⁴ Uma chamada de atenção para a concepção de um direito natural de conteúdo variável, de que nos falam certos autores. Para uma visão crítica dele, cf. ANTÓNIO JOSÉ DE BRITO, *Valor e realidade...* cit., p. 28-29. Saliente-se, porém, que para o autor tal não equivale à negação da sustentação material do direito num ponto intermédio que recuse quer o formalismo relativista que o jusnaturalismo clássico. É essa aliás a linha de investigação seguida pelo autor.

Insinuantemente, ANTONIO JOSÉ BRITO explicita o problema que enerva o pensamento jurídico. De um lado, joga a improcedência do relativismo axiológico, porquanto o mesmo não garanta sequer a coerência lógica interna; de outro lado, temem os autores que a afirmação de um valor ou valores absolutos faça o jurista resvalar para a defesa do totalitarismo, com a conseqüente “negação dos direitos intrínsecos, da autonomia e da liberdade da pessoa humana, em nome do que consideram valor ou valores absolutos. Estes sobrepõem-se ao homem, à sua personalidade, à sua autonomia, à sua dignidade, obrigando-o a uma submissão incontestável” (cf. *Valor e realidade...* cit., p.37).

Inicia, então, um longo percurso através do qual procura a fundamentação do justo. A questão que o orienta é: “mantendo-se no plano do absoluto, será aceitável fixar-nos no respeito da pessoa, sua liberdade, e direitos?”. E recusa como resposta chamar à colação a ideia de pessoa humana, uma vez que, no seu entender, qualquer que seja a concepção de pessoa que se abrace, de entre a miríade de possibilidades conceptuais que nos foram sendo oferecidas pelos autores ao longo dos tempos, ela surgirá sempre como “finita, limitada, particular” (p. 38), podendo, “graças à sua liberdade, erguer-se contra o respeito das pessoas humanas”, optando “pelo mal e pela pernície” (p. 39).

A aporia a que o autor aporta quando critico-reflexivamente se debruça sobre as potencialidades fundamentadoras da personalidade não tem outra causa senão uma visão ainda individualista desse modo de ser que nos entretece. Disso nos apercebemos quando, na explanação subsequente, ANTÓNIO JOSÉ DE BRITO diz que “a liberdade da pessoa x é delimitada pela das pessoas humanas y e z; simplesmente a liberdade das pessoas humanas y e z é delimitada pela da x e assim sucessivamente”.

Mostrando que não releva devidamente a diferença entre o indivíduo e a pessoa, cf. na mesma colectânea, do autor, “O renascimento do espírito do positivismo”.

¹¹⁶⁵ Cf., a este propósito, CHRISTOPHE QUÉZEL-AMBRUNAZ, *Essai sur la causalité...* cit., p. 197, considerando que os limites da causalidade jurídica devem ser procurados por referência aos princípios que governam a responsabilidade civil.

E o que se diz acerca deles, dir-se-á igualmente a propósito da causalidade que é, afinal, o centro nevrálgico que motivou este já longo excurso. Mostra-se, assim, claramente o que tinha ficado já indiciado noutros pontos da nossa dissertação: a causalidade, que nós preferimos tratar, a este nível, como um nexos de imputação objectiva, é uma categoria normativa¹¹⁶⁶. Note-se que mesmo os autores que aderiram a um tratamento mais ortodoxo do problema salientam o dado. Mas nem sempre o relevam suficientemente, limitando-se, na maioria das vezes, a contemplar a teleologia do instituto, sem se deterem na análise da sua intencionalidade normativa^{1167 1168}.

¹¹⁶⁶ Relembre-se o que anteriormente se referiu a propósito da célebre controvérsia acerca da qualificação da causalidade como uma questão de direito ou de facto. Designadamente, e *inter alia*, cf. A. M. HONORÉ, “Causation and remoteness...”, ... cit., p. 6; HART e HONORÉ, *Causation in the law*, ...cit., p. 100-101; WRIGHT, “Causation, Responsibility...”, ... cit., p. 1009 e ss.; ID., “Causation in tort law”... cit., p. 1735 e ss.; WEX S. MALONE, “Ruminations on cause-in-fact”...cit., p. 60 e ss.; FLORENCE G’SSELL-MACREZ, *Recherches sur la notion de causalité*... cit., p. 540 e ss.; PAOLO FORCHIELLI, *Il rapporto di causalità*...cit., p. 4 e ss.

¹¹⁶⁷ Veja-se, *inter alia*, PEREIRA COELHO, “O nexos de causalidade...”, ...cit., p. 113 e ss.; ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações*... cit., p. 760 (considerando que o jurista não deve ficar vinculado ao conceito de causa típico das ciências naturais ou da filosofia, interessando-lhe antes o conceito de causa apropriado à realização dos objectivos específicos do direito e tendo em vista os princípios que inspiram a responsabilidade civil); PAOLO FORCHIELLI, *Il rapporto di causalità*...cit., p. 9 (considerando que a causalidade não é uma criação da lógica jurídica, mas um dado da realidade prática, ela configura um dado potencialmente relevante para o direito. Segundo o autor, o jurista não cria a causalidade, nem sobrepõe a causalidade jurídica à causalidade natural, mas elabora critérios de relevância e de valoração jurídica do facto causal com vista ao escopo normativo típico do direito. Neste sentido, a causalidade jurídica serve para indicar o critério que vem resolver o problema da relação causal no campo do direito, não se confundindo com a causalidade jurídica entendida como relação lógico-técnica entre a *fattispecie* e os efeitos jurídicos. Mais acrescenta FORCHIELLI que, no que respeita a saber se um determinado sujeito causou ou não um dano, o jurista é absolutamente tributário da ciência, em particular da ciência experimental. Mas isto não significa que a resposta da ciência anule ou limite a soberania do legislador no plano das consequências jurídicas – o jurista pode conferir relevância jurídica a uma causalidade inexistente no plano material; do mesmo modo pode negar essa relevância. Cf. p. 11 e p. 12, nota 19, dando conta do carácter não causal das diversas teorias da causalidade).

Cf., ainda, LARENZ, *Lehrbuch*... cit. I, p. 433 e ss. Sustentando a imprestabilidade de um conceito naturalista de causalidade que, sendo indispensável, não é suficiente como critério de imputação de responsabilidade, afirma que o encadeamento causal experimentado na realidade não nos permite estabelecer a fronteira que o juízo jurídico reclama, havendo, pois, que traçar um limite, para o que se lança mão de outros critérios. Fala, então, da *die Zurechnung der Schadensfolge zum Verantwortungsbereich des Ersatzpflichtigen* (Imputação das consequência dos danos à esfera de responsabilidade do obrigado a indemnizar – cf. p. 435) e, neste âmbito, analisa diversas teorias: a) *Die Zurechnung nach dem Maßstab der Adäquanz* (imputação de acordo com os critérios da adequação, aqui tida como uma doutrina da imputação e não da causalidade – cf., do autor, “Zum heutigen Stand der Lehre von der objektiven Zurechnung”, *Festschrift für Honig*, 1970, p. 79 e ss.); b) *Die Zurechnung nach dem Schutzzweck der haftungsbegründenden Norm* (imputação segundo a finalidade de protecção da norma de fundamentação da responsabilidade – p. 440 e ss.); c) *Die Zurechnung nach Risikobereichen* (imputação segundo o âmbito do risco – p. 447); d) *Auf Handlungen des Verletzten selbst oder Dritter beruhende Folgeschäden* (p. 449); e) *Durch Handlungen des mittelbar Verletzeten oder Dritter vermittelte Kausalität im Rahmen der Haftungsbegründung* (p. 451 e ss.).

Adequadamente compreendidas as coisas, percebemos que do ponto de vista metodológico o requisito dito causal não pode deixar de ser contaminado pela intencionalidade predicativa da juridicidade, isto é, não pode deixar de ser informado pelas notas da pessoalidade encarada, não só do ponto de vista ontológico, mas também axiológico. Por isso, o que aqui fica dito implica, liminarmente, o afastamento de posições como a de ERNST WOLF, “Grundfragen des Schadensbegriffs und der Methode der Schadenserkenntnis”, *Festschrift für Gerhard Schiedermaier* (GERHARD LÜKE/OTHMAR JAUERNIG Hrsgs.),

München, 1976, p. 545-578, ao considerar que o conceito de causalidade é um conceito ontológico, um conceito pré-jurídico.

Sobre o ponto, acompanhem-se, também, os ensinamentos de CHRISTOPHE QUÉZEL-AMBRUNAZ, *Essai sur la causalité...* cit., p. 174 e ss. Três são as hipóteses avançadas para a abordagem do problema causal. A uma pura causalidade material, opõem-se as soluções que advogam a necessidade de apelar a uma causalidade jurídica. No meio-termo encontramos as posições que compatibilizam a indagação causal material com um complemento jurídico. QUÉZEL-AMBRUNAZ começa por concluir que a causalidade material não oferece as soluções para a atribuição de responsabilidade, sendo, por isso, necessário recorrer a uma verdadeira causalidade jurídica. Para o autor, esta deverá ser entendida como o “reencontro do princípio da causalidade e do princípio da imputação” – cf. p. 199. Recebe do princípio da imputação a existência de um ponto final e uma origem unidos por uma sanção; adota da causalidade material a ideia de sucessão de fenómenos e a explicação de cada fenómeno pelo precedente. Para QUÉZEL-AMBRUNAZ, a causalidade jurídica reivindica a sua própria autonomia, que resulta do facto de a norma jurídica ter um fundamento e uma finalidade específicos. Nessa medida, ela não deve ser encarada como uma simples limitação da causalidade material. Uma e outra distinguem-se, podendo uma existir sem a outra e vice-versa (cf. p. 203). Mais especificamente, “o nexó de causalidade é uma das condições da responsabilidade civil; as regras que a definem devem harmonizar-se com aquelas, de fundo como de prova, que são aplicáveis à matéria”.

¹¹⁶⁸ Tempo, pois, de, antes de continuarmos, entrarmos em diálogo com CARNEIRO DA FRADA. O insigne civilista fornece-nos a este propósito importantes pistas de argumentação. Cf. CARNEIRO DA FRADA, *Teoria da Confiança...* cit., p. 627 e ss., referindo-se aos dois paradigmas causais de interpretação da realidade, em sintonia, aliás, com o que *supra* deixámos registado. Causalidade de tipo naturalístico é a que, segundo o autor, está subjacente à responsabilidade que decorre da intervenção do sujeito sobre o mundo físico provocando danos. “Ela influenciou tipicamente a responsabilidade delitual, aspecto a que não é (...) estranha a circunstância de essa responsabilidade se ocupar tradicionalmente da agressão ou ingerência do sujeito em bens jurídicos dotados de um substrato físico. V. nota 674: “pode dizer-se que a própria causalidade estatística, probabilística ou a causalidade presumida – que estabelecem a ponte entre situações propiciadoras do risco e danos ocorridos aí onde não se torna possível identificar uma ligação causal entre essas situações e o prejuízo concreto verificado (...) – segue no fundo ainda o modelo enunciado”. Mais acrescenta o autor que “o comportamento do agente é tomado como facto que gera um dano segundo a regularidade própria das ciências empíricas físico-naturais. Daí que na determinação do nexó indispensável entre tal facto e o prejuízo seria espúria a consideração da voluntariedade de uma actuação do lesado, pois o que se joga é a aptidão objectiva desse facto de produzir o dano segundo esse paradigma”. “Mas é de ir mais longe. Se bem se reparar, toda a responsabilidade se alicerça no referido entendimento da causalidade, pois é precisamente a possibilidade de estabelecer uma causalidade desse género que ilumina a vinculação a determinadas regras de agir. Só faz sentido impor regulas agendi se e na medida em que por elas seja viável a lesão de certos bens e prejuízos daí decorrentes. Apenas a possibilidade de estabelecer uma causalidade desse género entre a acção e o efeito indesejável permite prosseguir a função de prevenção da lesão de bens jurídicos ou interesses, e dos prejuízos daí decorrentes, que explica essas regras. Se assim não fosse, seria de todo arbitrário impô-las”. Admite, porém, que haja outras formas de causalidade. Na linha dos ensinamentos de BAPTISTA MACHADO (e da sua distinção entre a causalidade natural e a causalidade intrínseca, que modelaria a interacção – cf. “A Cláusula do Razoável”, *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, ano 119º), do qual acaba, posteriormente, por divergir, CARNEIRO DA FRADA sustenta que, “na responsabilidade pela confiança, as decisões do sujeito não são entendidas como simples consequência, ao modo da causalidade físico-naturalística, de uma conduta alheia indutora da confiança, mas surgem enquanto condutas autonómicas que se justificam pela confiança que lhes preside”. Por isso é que toda a construção da responsabilidade gira em torno da confiança. A responsabilidade pela confiança passa a ser vista como “uma tradução dogmático-jurídica da interpretação da acção humana no quadro das exigências da racionalidade prática”. É este o ponto central de ancoragem da cisão operada pelo autor entre a responsabilidade pela confiança e a responsabilidade pela violação de deveres de comportamento. Entende o pensador que a autonomização da responsabilidade pela confiança assenta especificamente no facto de ela ser, relativamente à responsabilidade pela violação de deveres de conduta, um modelo irreduzível de responsabilidade. As duas não podem ser fundidas, porque têm na sua base dois entendimentos da acção humana e de causalidade. A páginas 636, o autor admite que “apenas a justificação prático-racional da conduta – e com ela da responsabilidade pela confiança – faz inteira justiça à racionalidade e liberdade do Homem; só ela permite aceder à realidade da concertação de condutas e compreender o carácter comunicativo ou significativo do comportamento que lhe dá origem”. Mas quando, fora da responsabilidade pela confiança, é instado pelo rigor analítico a que nos habituou a responder à questão “será então legítimo

Acresce que nem sempre, na mobilização dos princípios, o jurista olha para a norma como uma projecção concretizadora deles.

A reflexão sobre o caminho racionalmente percorrido para se alcançar a decisão judicativa, não implicando uma relação de exterioriedade construtiva entre a prática e o logos, permite-nos entender que a referência da norma aos princípios é fundamental para se aceder à sua intencionalidade predicativa, pelo que os requisitos que a norma

usar o paradigma da causalidade físico-naturalística onde entre o facto causador do dano e o prejuízo se interpõe uma conduta do lesado?”, opta pela solução afirmativa. “Pelo menos se se abandona uma estrita interpretação determinística daquela conduta – que anularia toda a liberdade do sujeito – em benefício de uma explicação apoiada numa regularidade estatística. O dano pode perfeitamente ser visto como a consequência usual da infracção de uma norma por outrem, na medida em que seja viável afirmar-se que, ocorrido o desrespeito dessa norma, as representações que outrem experimentou e as decisões desfavoráveis que sobre elas alicerçou constituem um efeito previsível daquele desrespeito, de acordo com aquela regularidade comportamental que se experimenta (e pode quantificar) na vida social. Essa regularidade - típica das ciências físico-naturalísticas – exprime também a seu modo a influência de certos factos humanos nas acções dos outros, o estímulo que eles exercem nas decisões alheias”, afirma CARNEIRO DA FRADA (*op. cit., loc. cit.*). Mais à frente, refere que “não há dúvida que a responsabilidade por violação de deveres de comportamento se encontra vinculada a uma concepção ética do Homem, à não ilusão que constitui a sua liberdade e, por conseguinte, à sua vontade, merecimento e culpa. Mas quando no processo causal que conduz ao dano se interpõe uma decisão do lesado, esta última não chega a ponderar-se na sua especificidade de acção livre e prudencialmente justificada. Pelo contrário, a responsabilidade pela confiança, dado o seu compromisso com a racionalidade prática, ilumina esta dimensão genuinamente humana da conduta. Neste aspecto, se as acções das pessoas incorporam ideias que lhes dão sentido e razões que as justificam, se nisso radica a sua específica humanidade, então a responsabilidade pela confiança tem por esteio e garantia a perenidade da natureza humana, pois é o seu modelo de responsabilidade que traduz com fidedignidade a possibilidade de uma estratégia e concertação da acção em função do comportamento adoptado por outrem” (cf. p. 646).

Descontada que seja a questão da autonomização de uma responsabilidade pela confiança, tornada central para o civilista, mas periférica para nós, são duas as linhas de força que orientam CARNEIRO DA FRADA no seu percurso dialógico. Apela, por um lado, ao sentido mais denso da conduta humana; e, por outro, mostra como, sempre que haja violação de deveres de comportamento, o juízo de censura há-de ligar-se à realidade por intermédio de uma causalidade que não pode deixar de ser a tradução no plano jurídico da causalidade própria das ciências físico-naturalistas. A partir daqui é fácil detectar pontos de convergência e de divergência. Tal como o autor, sublinharemos o sentido da acção humana, livre e responsável. E tal como ele, sabemos que as consequências dela se prolongam para além do mero comportamento. Simplesmente, enquanto CARNEIRO DA FRADA admite ser possível a resolução da problemática com apelo à fisicidade, embora corrigida pela intencionalidade jurídica, nós cremos ter depositado suficientemente no sentido da contaminação *ab initio* de todos os requisitos delituais por essa específica índole normativa. Donde, a causalidade a que tradicionalmente se alude não pode, sem deixar de estabelecer a correspondência dilemática entre *ser* e *dever-ser*, senão vir contaminada por um sentido imputacional. Não se percebe, aliás, por que razão há-de ser formulada uma resposta positiva para a dúvida patenteada pelo autor quando o determinismo – a que aquela causalidade ainda anda ligada – se aparta totalmente do modo de ser da conduta humana. Sem que com isto ousemos lidar com a questão da pertinência ou impertinência da autonomização da dita responsabilidade pela confiança [que passa, aos nossos olhos e segundo o testemunho do autor, pela possibilidade de olhar para aquela como fundamento da imputação – cf. p. 618 e ss.. Reconhecemos, é certo, que, se se pretende responsabilizar A pelos danos sofridos por B quando este actua depois de ter havido um investimento na sua confiança, o tipo de racionalidade que está em causa dista diametralmente daquela que pode ir pensada em termos de impacto da actuação humana no mundo físico. Mas, não encontramos uma dissemelhança bastante com as situações em que A põe em marcha um processo causal e B, um terceiro, interfere no rumo dos acontecimentos, vindo a causar o dano; sobretudo se para a correcta solução do problema tivermos de equacionar em que medida o comportamento de A foi ou não indutor da decisão comportamental de B. E a chamada à colação, a este ensejo, da noção de causalidade psíquica pelo autor é paradigmática da aproximação entre os dois domínios.

predisponha como essenciais para a procedência de uma pretensão hão-de ser lidos, também, à luz dessa referência ético-valorativa em que aqueles se traduzem. Não havendo apenas uma possibilidade de concretização deles por meio de uma prescrição legislativa, a norma é, ainda assim, informada pelos princípios. Donde, a causalidade não há-de apenas ser vista como um problema normativo, mas há-de ser recortada, entre outros aspectos, com base na ideia de personalidade livre em que se ancora toda a juridicidade¹¹⁶⁹.

A tradicional causalidade converte-se, desta feita, numa verdadeira imputação que espelha o sentido último da liberdade responsável.

26. *Outcome responsibility*: a ideia autobiográfica do resultado e o resultado a evitar na pressuposição da personalidade. A responsabilidade civil e o desvalor de resultado.

Concluimos, fundadamente, que o requisito imputacional tem de ser pensado à luz da personalidade livre e responsável. A leitura ético-axiológica do pressuposto delitual não pode, contudo, apagar do nosso referente dialógico as outras notas que,

¹¹⁶⁹ Cf. ANGELO LUMINOSO, “Possibilità, realtà o necessità della relazione causale”, *Studi ... cit.*, p. 209-221. Atestando a plurissignificação do termo causa, LUMINOSO considera que ao nível extracontratual a causa se apresenta como um conceito não lógico ou filosófico, mas prático, surgindo a causalidade como um segmento do problema mais amplo da atribuição de responsabilidade (imputação). Donde resulta um duplo critério imputacional: um subjectivo, atinente à culpa, e um objectivo, onde entronca o problema da causalidade. No fundo, o autor explicita que a questão dita causal pode ultrapassar a impositação mecanicista. E ilustra a asserção com uma interessante sistematização do tratamento que o conceito recebe. Acompanhemos, pois, a sua exposição (cf. p. 212). Denunciando a obscuridade da disciplina positiva, LUMINOSO explica-a com base na variedade de teses propostas para caracterizar a relação causal, reconduzíveis a quatro grupos por si autonomizados. A saber: 1) teoria da causalidade natural (segundo a qual a conduta humana é causa do evento quando haja constituído um antecedente necessário dele); 2) teoria da causalidade adequada (com base na qual a relação causal existe quando a conduta é adequada, ou seja, idónea à produção daquele tipo de evento depois verificado); 3) teoria da causalidade humana, que considera causal a conduta que tenha constituído um antecedente necessário do evento e sempre que não tenha intervindo um factor excepcional, de tal modo que o evento avulte provável no momento em que a conduta é levada a cabo; 4) teoria nomológico-funcional, segundo a qual o nexos de causalidade se estabelece em conformidade com as leis científicas e estatísticas.

Na sua essência, o problema da causalidade concita a dúvida de saber se se trata de um dado naturalista ou de uma criação normativa. Oscilando os pensadores entre aqueles que defendem tratar-se de um conceito lógico natural e aqueles que olham para ele como uma pura criação da lei, no meio dos quais se situam os que, entendendo ser ele um dado normativo, sustentam que se ancora na causalidade natural (cf. p. 213), LUMINOSO dá conta dos problemas que derivam de cada uma das impositações sublinhadas.

Donde se pode, neste ensejo, e articulando com o que ficou inscrito em texto, anunciar que, aos nossos olhos, a dita causalidade mais do que normativa se afigura juridificada, porque imbuída do sentido e intencionalidade predicativas do direito e ancorada na personalidade livre. Sem que isso nos aparte do complexo problema – ínsito a todo o discurso jurídico – da relação entre aquilo que tradicionalmente era visto como *questão de facto* e *questão de direito*.

A propósito da causalidade humana, cf., também e *inter alia*, RANIERO BORDON, *Il nesso di causalità...* cit., p. 75 e ss.

num nível menos rarefeito de compreensão delitual, concorrem para a caracterização do sistema. Nessa medida, importa não esquecer a ideia de comutação a que somos conduzidos pela análise da teleologia primária da responsabilidade civil. Se a finalidade precípua do instituto é a reparação dos danos, torna-se urgente considerar o resultado lesivo, sem o qual a indemnização não terá razão de ser.

Esta ideia não nos comunica nada de novo. Aliás, só a consideração da comutação ao nível delitual e da importância do resultado tornam plausível a tematização da causalidade¹¹⁷⁰. Qualquer indício de inovação ficou anunciado a montante: toda a estrutura imputacional, mesmo focalizada na necessidade de reconduzir um dado efeito a um certo comportamento, reclama para si um recorte ético-axiológico que afastará a mera conexão naturalística, ainda que normativamente corrigida. O que não obsta, e isso deve ser sublinhado, a que o resultado seja trazido para o epicentro do discurso.

A percepção do lugar ocupado pelo resultado na construção sistemática da responsabilidade extracontratual mostra-se, inclusivamente, apta a reforçar algumas das conclusões avançadas anteriormente. Designadamente, permitir-nos-á perceber em que medida o segmento imputacional com que lidamos – a causalidade fundamentadora da responsabilidade – se torna imprescindível¹¹⁷¹.

¹¹⁷⁰ Do mesmo modo, pode dizer-se que o modo como a causalidade vai pensada é co-determinado pelo recorte comutativo que se reconhece à responsabilidade civil.

Cf., porém, a este ensejo, JEREMY WALDRON, “Moments of carelessness and massive loss”, *Philosophical Foundations of Tort Law* (ed. DAVID G. OWEN), 1995, p. 378 e ss., aqui p. 401 e ss., considerando que a *liability lottery* (i.é, a lotaria que resulta da necessidade de se verificar um dano para se desencadear o remédio ressarcitório, ficando, portanto, o sujeito dependente da *alea* de ocorrência do evento lesivo que pode não emergir apesar do seu descuido) é justa, mas é-o tanto quanto outros esquemas de responsabilidade, designadamente aqueles que se baseiam na criação de um risco.

Veja-se, ainda, CHRISTOPHER H. SCHROEDER, “Corrective justice and liability for increasing risks”, ... cit., p. 462 e ss., considerando que a justiça correctiva é compatível com a responsabilidade pelo aumento do risco, independentemente de se verificar ou não um dano físico.

¹¹⁷¹ Vimos, anteriormente, que o tema da “causalidade” é dominado por duas ideias força: a uma ideia de imputação alia-se uma ideia de conexão à realidade, que leva o jurista a procurar os critérios jurídicos que permitam reconstituir o *iter* factual conducente ao dano. Muitos foram os autores que, sob a égide da diferenciação entre a causalidade de facto e a causalidade de direito, cindiram as duas realidades em compartimentos mais ou menos estanques. Sabemos, de antemão, que tal cisão não é cogitável: não só não podemos distinguir claramente uma questão de facto de uma questão de direito, como em termos práticos assistiremos, pelo modelo a propor, à combinação simbiótica dos dois vectores. Acresce que não podemos esquecer – e deixar de vincar – que o ideal sancionatório (entendido em sentido amplo) e o ideal ressarcitório nunca desaparecem na sua complementaridade. Quer isto dizer que a focalização no resultado está sempre presente. A especificidade do que iremos propor reside, pois, no facto de tal resultado dever ser compreendido a partir de uma esfera de dever/responsabilidade, já que, pelas razões anteriormente aduzidas, a axiologia fundamentante da juridicidade não pode deixar de impregnar a categoria dita causal. Sem que isto, note-se, implique um afastamento em relação à facticidade (isto é, ao desenho do caso concreto), já porque é dela que se parte, já porque a sancionatoriedade envolve a identificação do efectivo lesante, já porque ela não deixa de dialogar com a noção de comutatividade. Desvela-se, pois, uma dialéctica entre estes diversos vectores, como também já tínhamos anunciado.

Na verdade, falar de causalidade ao nível da responsabilidade civil é perspectivar o discurso colocando o acento tónico no resultado. Tanto quanto este seja essencial, aquela avulta como requisito central do sistema delitual¹¹⁷².

E a centralidade que aqui se clama – e com base na qual o pressuposto tem sido entendido – não se prende já com a importância valorativa dele ou a sua relevância proporcional ao eco que repercute na realidade, mas com o papel de eixo de ligação que desempenha.

Na verdade, é a causalidade que permite estabelecer a ponte entre a teleonomologia e a teleologia da responsabilidade civil. Ou dito de outro modo, é ela que evita o desenho puramente sancionatório do instituto, impondo que ele apenas assimile a relevância do caso concreto quando e se o comportamento ilícito e culposo se projecte num dano.

Talvez por isso, uma possível leitura dela sublinhe a procura da *causa-razão* do dano *ex post*, com o que se perde, em parte, o desiderato limitador da responsabilidade reconhecido a qualquer requisito modelador do sistema. Ou, atendo-se à formulação de um juízo *ex ante* – com o que se sublinha o pendor já normativo da indagação¹¹⁷³ –, de que é exemplo claro a doutrina da causalidade adequada, em algumas das suas impositões, se parta de um plano de sindicância factual ou quase factual para depois o corrigir com apelo a valorações de sentido que, não raramente, acabam por ceder diante de lucubrações probabilísticas que, com raízes matemáticas, são eivadas por uma nota de quantitatividade e não de qualitatividade¹¹⁷⁴.

Sobre o ponto, veja-se, ainda, CHRISTOPHE QUÉZEL-AMBRUNAZ, *Essai sur la causalité...* cit., p. 197 e ss.

¹¹⁷² Cf., a este ensejo, NILS JANSEN, *Die Struktur des Haftungsrechts...* cit., p. 131-132, considerando que a causalidade é um pressuposto imprescindível para a responsabilidade pessoal. Veja-se, ainda, na mesma obra, p. 597, considerando que num sistema edificado em torno da *Erfolgsverantwortlichkeit* não se pode abdicar da causalidade.

Veja-se, em sentido contrário, sustentando que se pode abdicar da *causalidade entendida estritamente*, KOZIOL, “Problems of Alternative Causation in Tort Law”, HAUSMANINGER *et alii* (Ed.), *Developments in Austrian and Israeli Private Law*, Springer, Wien, New York, 1999, p. 177 e ss. (note-se, porém, que a perspectiva do autor é sobretudo prático-dogmática).

¹¹⁷³ Explicitando a diferente abordagem que se pode fazer da causalidade, de forma impressiva, pese embora reportada ao domínio penalista e inserida na problematização de uma ideia de *conditio sine qua non*, cf. YESID REYES ALVARADO, *Causalidad y explicación del resultado*, Homenaje al profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo, 2005, p. 875 e ss., www.alfonsozambano.com/memorias/magistrales/causalidad.doc, p. 1 e ss., aqui p. 7. Note-se que, indiciando a dicotomia entre um juízo *ex ante* e *ex post*, o autor acaba por utilizá-la para, em termos dogmaticamente densificados, explicar a punibilidade dos crimes omissivos e da tentativa. Mais se diga que o autor parece antolhar-se na busca da causa real do resultado, ao que não será alheia a concepção de infracção penal a que adere.

¹¹⁷⁴ Acerca das concepções hodiernas da probabilidade, cf., no mesmo contexto dialógico, FLORENCE G’SSELL-MACREZ, *Recherches...* cit., p. 49 e ss., explicitando a oposição entre a causalidade determinista (a causalidade da mecânica clássica, que a reduz a uma relação lógica desapegada de considerações

Não são, porém, agora as deficiências dogmáticas da causalidade adequada que são questionadas, mas a própria intencionalidade do pressuposto de procedência da pretensão indemnizatória que é posta em cheque.

Pois que, se sinepeicamente assumida a perspectiva filosófico-metodológica com que nos comprometemos, continuará – e sem deixar de se reconhecer o papel concatenador que ela cumpre – a fazer sentido privilegiar um olhar sincopado que aparte o exigível nexos da nota de pessoalidade com que deve vir imbuída? É que, do nosso ponto de vista, a doutrina tradicional tenta o sincretismo impossível. E falha nessa missão. Por um lado, parte conscientemente de uma visão causal própria do mundo natural para a normativizar e com isso, atribuindo-lhe uma carga jurídica, resolver problemas de imputação. Por outro lado, mantém a cisão clara entre ela e os requisitos da ilicitude e da culpa, não se apercebendo que, a mais das vezes, resvala em *considerandi* atinentes ora a uma, ora a outra. Por fim, embora numa ordem diacrónica primeiro, lança mão de uma concepção de causa no plano da indagação factual – com o que procura a não alienação do direito ou a sua não prisão num acervo conceptualista – que vai sendo corrigida à medida que os casos complexos o exigem, sem que tal corresponda ao cuidado relevo deles, mas sim a uma ambivalência modeladora para suprir as inconsistências da racionalidade de que se parte.

E num plano de contraposição entre a individualidade e a pessoalidade dir-se-á que partir do dano para ver se ele foi adequadamente causado por um comportamento ilícito e culposos presta homenagem àquela primeira categoria para esquecer aparentemente a segunda. Posto que, ao considerarmos que a dimensão ético-dialógica que a entretece, necessariamente somos remetidos – na sua projecção já dogmática – para a ideia de *role responsibility*, sendo, então, a partir dela que se deve perscrutar se o dano gerado foi ou não – no sentido imputacional do termo – causado pelo agente.

Com o que se prevê a ligação estreita entre o desenho da causalidade e cada uma das modalidades de ilicitude delitual, viabilizando a repriminção de algumas ideias tidas por assentes quando lidámos – incidentalmente – com o problema da responsabilidade pelo risco.

acerca da realidade) e a causalidade probabilística, que, evitando um tudo ou nada, nos transporta para dois níveis de probabilidade: uma probabilidade objectiva (que exprime a frequência de aparecimento de um acontecimento, como é o caso das leis estatísticas) e uma probabilidade subjectiva (a traduzir-se na medida de um grau de crença racional).

Cf., a este propósito, CLAUS SCHOLL, “Wahrscheinlichkeit, Statistik und Recht”, *Juristenzeitung*, 47, Heft 3, 1992, p. 122 e ss.

Curiosamente, as *nuances* salientadas – que como se verá terão repercussões da maior importância ao nível da prática judicativa –, tendo estado arredadas do pensamento pátrio durante largo tempo, não deixaram de marcar terreno ao nível da literatura anglo-saxónica.

A ligação estreita entre a *responsability e a personhood* – não com uma mera intencionalidade explicativa, mas crítica reflexiva – está presente nos trabalhos de muitos autores que ali se filiam, proporcionando um amplo e rico debate sobre a matéria¹¹⁷⁵.

No fundo, o que ela implica é um afastamento em relação a uma mera operação de atribuição de uma acção a uma pessoa, como aquela que, com raiz na filosofia da linguagem e na teoria da acção¹¹⁷⁶, e fundada na ideia de *ascription*¹¹⁷⁷, dominou o pensamento de alguns autores durante largo tempo¹¹⁷⁸.

¹¹⁷⁵ Claramente nos distanciamos, uma vez mais, da perspectiva funcionalista e tecnocrática. Sobre ela, podemos ler as palavras de ARTHUR RIPSTEIN, “Private Law and Private Narratives”, *Relating to responsibility. Essays for Tony Honoré on his eightieth birthday*, edited by PETER CANE and JOHN GARDNER, Portland Oregon, Oxford, 2001, p. 39: “one approach to causation, increasingly influential in American torts scholarship, is to explain it away. This sort of approach says that people are not related to the consequences of their actions in any deep way. Instead, we hold them responsible because it is useful that they are, because holding people responsible will reduce accident costs, since the prospect of liability will provide them with an incentive to exercise greater care”.

Salientamos, pois, que consideramos ter ficado suficientemente explícita *ab initio* a nossa rejeição de princípio relativamente a posições sustentadas por correntes do pensamento como a *law and economics*.

No debate agora encetado, ficam de lado, portanto, as aporias e inconsistências daquela.

¹¹⁷⁶ Sobre a teoria da acção, cf. DAVIDSON, *Essays on Action and Events*, Clarendon Press, Oxford, 1980. Do autor, veja-se, ainda, *Actions, Reasons and Causes*, 1963, onde procura explicar a acção por referência à razão, tidas como causas. O autor fala da *primary reason*, crença e desejo, pelo que a relação entre a acção e a razão surge como uma ligação racional e causal. Por ser racional, não é possível descrever o nexos que entretece o binómio em termos de lei de regularidade estrita. O que pode haver, pois, é generalizações a relacionar eventos físicos e mentais (*anomolism of the mental*). As leis causais (*nomological character of causality*) não são leis estritas, até porque, contrariamente ao mundo físico, na interacção humana, os eventos morais concorrem com os eventos físicos (*causal interaction*).

Para uma análise do pensamento de DAVIDSON, cf., também, JEFF MALPAS, “Donald Davidson”, *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, www.plato.stanford.edu/entries/davidson, 2005.

Sobre o ponto, cf., ainda, GEORGE WILSON, “Action”, *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, www.plato.stanford.edu/archives/spr2008/entries/action, 2008.

¹¹⁷⁷ Cf. PAUL RICOEUR, “O conceito de responsabilidade...”, ... cit., p. 45. Mostra o autor a profunda influência que a doutrina sofreu da filosofia da linguagem e da teoria da acção.

Segundo o ensinamento do autor, ela parte da “identificação dos particulares de base, isto é, dos sujeitos de atribuição irreduzíveis a qualquer outro, logo, pressupostos em que qualquer tentativa de derivação a partir de indivíduos de um tipo que se pretende mais fundamental”.

O que estaria em causa seria, unicamente, a “atribuição de predicados específicos” – a acção – “a particulares de base específicos” – os sujeitos – “sem considerar a relação com a obrigação moral” (PAUL RICOEUR, “O conceito de responsabilidade...”, ... cit., p. 46).

Sobre a sua aceitação no âmbito do pensamento jurídico, cf. HART, “The Ascription of Responsibility and Rights”, ... cit., p. 171-194. Note-se que, posteriormente, o autor se afasta do seu posicionamento originário – cf. HART, *Punishment and Responsibility*, ... cit., prefácio.

Para a compreensão de outras influências filosóficas que a concepção poderá ter sofrido, cf. JEAN-LOUIS GENARD, *La grammaire...* cit., p. 76 e ss., numa referência a LOCKE e à sua ideia de que a pessoa se apropria do mérito e demérito das suas acções. Saliente-se que GENARD chama à colação, na sua indagação histórica acerca do surgimento do modelo da responsabilidade da acção, a unidade entre a

Mas implica, também, a inversão dos termos a partir dos quais a causalidade deve ser sopesada.

Se se intui, nos diversos escritos sobre a matéria, a ideia de que a pessoa é responsável porque – entre outros pressupostos constatáveis em concreto – existe um nexos de causalidade entre a sua conduta e o resultado danoso, ousamos afirmar que o pressuposto causal só pode ser logradamente inteligido quando – a par desta ideia ínsita a qualquer requisito dogmático de mobilização de um instituto jurídico – se entenda que há um nexos de causalidade porque a pessoa é responsável.

A ideia, só entendível numa perspectiva dialéctica que rememore a distinção entre as diversas acepções do termo responsabilidade e apele à pessoalidade comunicante por meio de pontes solidárias com o outro, é perfeitamente traduzida na expressão de ARTHUR RIPSTEIN, quando dialoga com o pensamento de HONORÉ: “It takes the causation requirement at face value because it accepts the pre-theoretical idea that a person is held *liable* for an outcome because she is *responsible* for it”¹¹⁷⁹ ¹¹⁸⁰, ainda que, para lá do sentido literal da asserção, muito nos divida.

Na verdade, HONORÉ¹¹⁸¹ considera a justiça subjacente à ideia de responsabilidade de um prisma não monolítico. Sublinha, é certo, a pessoalidade –

peessoa e os seus actos difundida pelo cristianismo, apontando a quebra da simbiose anunciada com a emergência da semântica da responsabilidade, a viabilizar a diferenciação entre o sujeito e os seus comportamentos, que implicariam uma ruptura na continuidade existencial.

¹¹⁷⁸ A atribuição da acção a um sujeito com base nesta ideia não seria suficiente em termos jurídicos. Como salienta PAUL RICOUER (*op. cit.*, p. 46), “não afirmo que a teoria da *ascription* seja suficiente para a reconstrução de um conceito de responsabilidade”. A grande virtude dela encontrar-se-ia, portanto, na “abertura para uma investigação moralmente neutra da acção”, sendo por isso um primeiro passo a ser complementado pela passagem da “fase semântica, com o exame das frases de acção (Brutus matou César)”, para uma fase “pragmática, com exame das ideias de razões de agir e de poder de agir” (cf. PAUL RICOUER (*op. cit.*, p. 46 e 47).

A estrutura proposta, assentando, afinal, no postulado filosófico da posse do poder de agir e, portanto, na conexão entre a pessoa e o resultado da sua conduta, adequa-se, em termos simplistas, a uma visão jurídica da causalidade que cinda em termos perfeitos o problema da imputação – adjudicado à ilicitude e à culpa – e o problema da ligação entre estes e o dano concreto verificado.

Percebe-se, por isso, que a mesma possa ter influenciado juristas. Sem que isso implique a sua aceitabilidade ainda que do ponto de vista de que se parte, porquanto as investigações filosóficas kantianas mostrem claramente – com base nas suas antinomias – que “o que fica então para pensar são fenómenos como a iniciativa, a intervenção, onde se pode surpreender a ingerência do agente da acção no curso do mundo” (cf. PAUL RICOUER, *op. cit.*, p. 48).

¹¹⁷⁹ ARTHUR RIPSTEIN, “Private Law and Private Narratives”, ... cit., p. 39.

¹¹⁸⁰ Sublinhe-se que estamos a assumir o termo responsabilidade a montante, como decorrência necessária da pessoalidade que alicerça toda a responsabilidade civil, entendida, agora, no sentido da *liability*.

¹¹⁸¹ Note-se que HONORÉ se inscreve numa linha de pensamento não consequencialista. Fundamental para a compreensão do desenho proposto pelo autor para a responsabilidade civil é a noção de *outcome responsibility*. Para mais desenvolvimentos sobre ela, cf. HONORÉ, “Responsibility and Luck: The Moral Basis of Strict Liability”, *Responsibility and Fault* (HONORÉ), Hart Publishing, Oxford, 1999, p. 14-40 e “The morality of tort law”, ... cit., p. 81 e ss.

mostrando que o sentido dela fica dependente da assunção da nossa responsabilidade – mas sustenta que a *tort law* se prende, a par de situações explicáveis pela justiça correctiva, por uma ideia de justa distribuição dos riscos^{1182 1183}.

Veja-se, ainda, STEPHEN PERRY, “Honoré on responsibility for outcomes”, *Relating to responsibility. Essays for Tony Honoré on his eightieth birthday*, edited by PETER CANE and JOHN GARDNER, Portland Oregon, Oxford, 2001, p. 60 e ss.

¹¹⁸² Expondo e analisando o pensamento do autor, cf. ARTHUR RIPSTEIN, “Private Law and Private Narratives”, ... cit., p. 40 e ss. Sistematiza em quatro pontos a justeza de um sistema ressarcitório: a capacidade da pessoa; justa distribuição dos riscos; pessoalidade; correspondência entre perdas e benefícios.

Aproveite-se o ensejo para sublinhar que RIPSTEIN se mostra particularmente crítico da chamada à colação da ideia de pessoalidade para justificar o fenómeno ressarcitório (cf. p. 40). Veja-se, porém, do autor, *Equality, Responsibility...* cit., p. 65, de que daremos conta *infra*, e p. 103 e ss., mostrando a contaminação da concepção de sujeito de que parte com nervuras normativas. Cf., ainda, *Justice and Responsibility*, www.ssrn.com/abstract=716201, mostrando, claramente, que a crítica à ideia de pessoalidade que transparece no outro estudo citado não diz respeito à contaminação normativa do modo como olhamos o sujeito, mas a uma compreensão do direito delitual como uma relação entre a pessoa e o resultado da sua conduta. No fundo, percebe-se aí que a crítica à ideia de pessoa como fundamento da indemnização se enucleia no percurso autobiográfico com que o problema é pensado por alguns autores e na ideia de adstrição.

¹¹⁸³ Interessante a este propósito o pensamento de NILS JANSEN, cujas lucubrações estão mais próximas do nosso horizonte de referência, pela similitude que o modelo delitual germânico apresenta em relação ao pátrio. A esse propósito, cf. NILS JANSEN, *Die Struktur des Haftungsrechts...* cit., p. 567 e ss., que aqui acompanharemos a breve trecho.

JANSEN advoga que o fundamento conceptual da responsabilidade civil é oferecido pela *Erfolgsverantwortlichkeit*, que edifica como um mínimo denominador comum (*kleinsten gemeinsamen Nenner*) para a compreensão de todo sistema delitual, permitindo analisar à luz do sentido por si comunicado as *Haftungsausschlussstatbestände* e resolver uma série de problemas que uma visão fragmentada do instituto tem potenciado.

De acordo com os seus ensinamentos, a construção conceptual da responsabilidade delitual na *Erfolgsverantwortlichkeit* pode resumir-se numa formulação geral, nos termos da qual a) “quando x é responsável por um dano de y e quando na pessoa de x não se verifica qualquer causa de exclusão da responsabilidade, x tem de suportar a indemnização devida a y”, e b) “quando x não é responsável pelo dano de y, então não tem de suportar a obrigação de indemnização”. Ao elemento positivo (produto da combinação operada entre a *Erfolgsverantwortlichkeit* e a *Schadensersatzverpflichtung*) associa-se um elemento negativo, na medida em que a referida pretensão indemnizatória prevê que o obrigado seja responsável pelo dano relevante (cf. p. 568). Adverte, porém, que a categoria não forma um pressuposto incondicional da obrigação, até porque, debaixo de certas circunstâncias, uma imputação independente pode ser capaz de a alicerçar, sem que avulte qualquer contradição, na medida em que a violação de uma obrigação de conduta só sustenta a pretensão indemnizatória pelos danos dela resultantes, permitindo que se declare que “quando x é obrigado em face de y à realização da conduta h e quando a sua não realização é causal relativamente ao dano de y, então x é responsável perante y pelo dano resultante” (p. 569). Tendo embora que se considerar a *Normzwecklehre* e a *Schutzgesetz*, continua a ser a mesmíssima lógica da *Erfolgsverantwortlichkeit* a alicerçar a responsabilidade. As diversas situações delitalmente relevantes passam a ser entendidas como especificações deste modelo, superando-se a tese da *Zweipurigkeit*.

O desenvolvimento dogmático da estrutura da responsabilidade civil, assim perspectivado, tem a suportá-lo um determinado entendimento do pensamento da responsabilidade pelo resultado. Este *Gedanke der Erfolgsverantwortlichkeit* é-nos transmitido a páginas 119 e ss., levando JANSEN a dialogar abertamente com HONORÉ e outros autores inscritos na mundividência da *Common Law*.

Olhemos, de modo mais ou menos detido, para a caracterização modelar que o autor nos proporciona.

Entendendo que a responsabilidade civil só é pensável na confluência de elementos de justiça distributiva e justiça compensatória, JANSEN alerta-nos para a necessidade de compreender o modo como eles interagem. É neste quadro que convoca a noção de responsabilidade pelo resultado (a alemã *Erfolgsverantwortlichkeit* e o inglês *outcome responsibility*), ligando as pessoas às consequências dos seus actos e apartando-a da aleatoriedade de outros eventos. E tal como HONORÉ, JANSEN advoga que a caracterização da responsabilidade pelo resultado só pode ser obtida com apelo a elementos de justiça distributiva. Contrariamente ao jurista inglês, que chega a acusar de ser pouco claro na formulação do seu

modelo (cf. nota 354), JANSEN procura articular de forma detalhada as duas componentes essenciais que chama à colação. Para tanto, traça o esqueleto da responsabilidade civil, que será preenchido posteriormente em termos substanciais.

Esse esqueleto é dado pelo carácter não relacional da *Erfolgsverantwortlichkeit*, que, visando compensar os efeitos da interacção, se baseia numa justiça comutativa (cf. p. 123-124). É, pois, dentro da bipolaridade por ela traçada que a justiça distributiva derrama a sua influência. O risco de responsabilidade e a concreta indemnização não são distribuídos entre todos os membros de uma sociedade, mas no interior do esquema de compensação que une lesante e lesado, pelo que divergentemente é viável afirmar que os indivíduos não são responsáveis quando *nicht zu tun haben*, mas que a sociedade como um todo possa sê-lo. Só que, ainda que assim seja, JANSEN não hesita em mostrar que a valoração do risco com base no qual a imputação de um resultado a um concreto lesante se opera tem uma natureza distributiva (cf. p. 127), pois que, no seio do esquema compensatório previamente delineado, o que se procura é a repartição dos bens e encargos, a traduzir-se na definição das posições dignas de protecção e nos riscos de danos. Ao fazê-lo, porém, arreda do horizonte discursivo um sentido economicamente cunhado (cf. p. 128), chegando ao ponto de afirmar que a prevenção – finalidade maior de acordo com uma perspectiva tecnocrática – pode, inclusivamente, conflitar com o ideário distributivo. Repare-se, contudo, que, não obstante a afirmação contundente da preformatividade da justiça compensatória no balizamento de um perímetro de operatividade da justiça distributiva, casos ocorrem em que as duas podem conflitar (cf. p. 130). Ora, quando assim for, há que valorar os dois vectores, dando primazia a um em relação a outro. Exemplo paradigmático, segundo o seu testemunho, da preferência denotada pela justiça distributiva é o caso *Sindell v. Abbott*, sublinhando JANSEN que decisões como esta devem ficar circunscritas a factuais típicas.

Alguns são, portanto, os dados que urgem sedimentação.

Assim, JANSEN considera que a ideia da *Erfolgsverantwortlichkeit* e a justiça compensatória acabam por ser critérios de valoração vazios, que deixam em aberto a questão de saber por que riscos deve o lesante responder. Necessariamente terão de se associar a elas ulteriores considerações normativas atinentes à justiça distributiva. Esta actua no interior do quadro desenhado por aquelas, impondo uma ponderação que olha exclusivamente para os sujeitos ligados no caso concreto (cf. p. 134-135).

Dogmaticamente, permite-se desta feita distinguir a *Erfolgsverantwortlichkeit* da *Haftungsverpflichtung*, o que conduz àquela outra cisão paralela entre a *Haftungsbeurteilung* e a *Haftungsausschluss*, a qual também surge contaminada pela ideia de justa distribuição.

Simplemente, contra o que se poderia supor, há casos de colisão entre os princípios da justiça compensatória e da justiça distributiva, mostrando-se o autor aberto à primazia da segunda. Com isto, é a admissão da operatividade dela para lá do traçado comutativo, ainda que outra seja a intencionalidade dos seus escritos. Não curamos, com a advertência, procurar a solução justa no apego à causalidade que garanta a imposição da obrigação de suportar o dano ao seu causador em termos fisicistas, mas antes frisar que com isto se afasta o jurista do esquema previamente traçado pela compensação.

E se a justa distribuição dos riscos e posições merecedoras de protecção anda longe do ideário tecnocrata e economicista, não menos verdadeiro é que JANSEN abre a porta do discurso jurídico à consideração de princípios que vão para lá da culpa ou da ponderação do risco, entre os quais avulta o princípio da melhor segurabilidade. Sendo certo que se proscvem considerações não atinentes à pessoal responsabilidade por um dano, quais sejam a existência ou não de um seguro e a situação patrimonial das partes (cf. p. 630), já não seria irrelevante a concreta posição que cada uma delas ocupa face à possibilidade de contratar um seguro. De acordo com a própria formulação do autor, “no fundamento da *Erfolgsverantwortlichkeit* encontra-se uma ideia de distribuição do risco e ambos são aspectos normativos relevantes: em particular, a perigosidade e a avaliação dos comportamentos causadores de danos, de um lado, e a situação do lesado, por outro, ao lado da possibilidade de contratar seguros de cobertura dos danos e da sua prevenção, tal como a razoabilidade da obrigação emergente da responsabilidade civil” (cf. p. 553).

Longe da comutatividade traçada, em casos de colisão discursiva, parece recuperar-se a justiça distributiva na sua pureza, contra o que era a pretensão dialógica do autor.

Não deixamos, contudo, de sublinhar a importância da lição apresentada. É que, tal como JANSEN, concordamos que a ideia de responsabilidade pelo resultado e de comutação nada nos comunicam, excepto se preenchidas normativamente. À segunda, reservamos, como já sabemos, o papel de limite configurador da sanção que há-de ser dispensada no seio do instituto de que curamos. Para a primeira, olhamos do ponto de vista personalista, relevando o resultado à luz das exigências de sentido responsabilizantes que a autonomia do ser humano comunica. Melhor faria, por isso, JANSEN se, em vez de conformar a materialidade subjacente à *Erfolgsverantwortlichkeit* à luz da justiça distributiva, idiossincraticamente percepcionada, a cogitasse não adstritivamente. Ou seja, e de uma forma mais

directa, dizer que A é responsável pelo dano por si causado implica, do ponto de vista da pessoalidade, que haja uma prévia responsabilidade de A para evitar que ele ocorra. Evidentemente que, na interacção generalizada, essa obrigação preliminar só será afirmada no cotejo ponderativo de esferas de risco, o que não significa que se abraça, contra o que sustenta o autor, a justiça distributiva. É que a distribuição do risco de que se fala é absolutamente polarizada nas exigências éticas do encontro entre um *Eu* e um *Tu*. Mais do que significativo em termos teóricos, a solução interpretativa por nós proposta tem a vantagem de nos afastar das aporias a que tradicionalmente somos conduzidos por uma compreensão clássica e causalista do requisito causal [refira-se, em abono do rigor, a este ensejo que JANSEN, criticando a visão de HONORÉ acerca do requisito da causalidade, vem mostrar como a imputação da responsabilidade pelo resultado repousa em considerações normativas, não podendo ser assumida no sentido objectivo de correspondência com o mundo exterior – cf. p. 126] e, a um tempo, de nos salvaguardar de putativas situações de colisão principiológica nas quais, dando-se primazia à distribuição em detrimento da compensação, corremos o risco de nos afastar dos pilares fundamentantes do sistema jurídico privatístico. Louva-se, não obstante, em JANSEN a percepção da responsabilidade pessoal e da nota de comutação anunciada. E não se nega a confluência de ponderações distributivas no seio do mecanismo ressarcitório que, em vez de se dirigirem ao julgador, orientam o legislador na opção de cristalização ou não de situações concretas de responsabilidade objectiva. As quais, arvoradas em norma geral, devem ser, como veremos, interpretadas problematicamente no mesmíssimo apelo às exigências de sentido comunicadas pela pessoalidade livre. [Do autor, cf., igualmente, “Duties and Rights in Negligence: A comparative and Historical Perspective on the European Law of Extracontractual Liability”, *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 24, n.3, 2004, p. 443-469. Diz-nos o autor que “recentes análises teóricas exibiram uma ambiguidade estrutural nos fundamentos normativos do *tort of negligence*, designadamente no que toca a saber se a responsabilidade se baseia na violação de um dever ou na perda da vítima”. E acrescenta que “esta ambiguidade normativa deve-se ao facto de o direito europeu da responsabilidade civil ter sido conceptualmente forjado para objectivos díspares das modernas ideias de justa distribuição dos riscos (...). A ideia de protecção dos direitos individuais pelos remédios delituais é constitutiva do sistema moderno de responsabilidade civil europeu, apesar de escondido atrás da terminologia dominante de deveres, violação, ilícito. Por isso, a *rights-based analysis* é melhor entendida do que o *tradicional duty-models*”. Segundo JANSEN, o *outcome-related model* é útil para explicar a diferença de tratamento entre os diversos tipos de danos. Na verdade, cf. p. 445: em regra, “somos livres para causar perdas económicas aos outros – faz parte da economia de mercado em que vivemos – e ninguém pode queixar-se do sofrimento mental infligido pelos amigos – ou perda do amor do outro. Só quando estão em causa certos interesses é que o ordenamento jurídico intervém”. E mesmo em França, onde o artigo 1382º Code Civil parece rejeitar esta diferenciação, as soluções são similares às dos outros sistemas, por via da consideração da causalidade e da culpa. No fundo, JANSEN aborda aqui o problema da não indemnizabilidade dos danos puramente patrimoniais e chama à colação os diversos modelos delituais dialogantes no espectro europeu. Simplesmente, há que entender adequadamente a expressão *direito/right*. Se virmos nele o correspondente a um dever, “isto não acrescentaria nada à *duty-conception*, porque os simples direitos e deveres tenderiam a coincidir. Se, porém, o direito for concebido como fundamental, isto pode iluminar a estrutura normativa da moderna responsabilidade civil. O direito passa, então, a ser concebido como uma posição legal que deve ser protegido por um conjunto completo de *claims* e como tal entendido como um fundamento imediato para a obrigação extracontratual. Eles não são protegidos apenas por proibições contra a sua violação, mas por toda uma panóplia de demandas”. Pergunta-se, então, por que razão é que a linguagem do *duty* passou a ser primordial. Para o compreender, importa mergulhar numa análise histórica. É aos humanistas que remonta a compreensão do sentido da *iniuria* do ponto de vista do resultado – cf. p. 454 do estudo citado e cf., também, o desenvolvimento histórico que apresentámos *supra*. Criaram-se os grandes sistemas de direitos absolutos, correspondendo a ilicitude à lesão não justificada de tais direitos, concepção que domina o espectro do pensamento jurídico moderno, pese embora a introdução quase axiomática da culpa como pressuposto do ressarcimento. É que, como bem nota o autor, “a passagem para um *duty-model* nunca foi acompanhada por um completo abandono dos direitos, especialmente no pensamento de Christian Wolff” – cf. p. 461. A excelente síntese do autor, oferecendo um quadro compreensivo dos fundamentos dos diversos modelos delituais europeus, não obsta a que, no reconhecimento da superação do pensamento normativista herdado do século XIX, não possamos hoje olhar para a responsabilidade civil do ponto de vista ético-axiológico dos deveres que entretencem as relações entre os sujeitos, reconhecidos como pessoas, no seu encontro no mundo. Para um cabal esclarecimento do que assim fica dito, v. o que sobre o assunto inserimos em texto).

Quanto ao ponto, veja-se, ainda, COLEMAN, *Risks and Wrongs...* cit., p. 324, 350 e 382, atestando que, na definição do *wrong*, concorrem considerações de justiça distributiva que podem inclusivamente incluir

Partindo da ideia de uma sociedade em que o risco está sempre presente, edifica a arquitetura do modelo ressarcitório mostrando que cada um deve suportar o risco de a sua conduta vir a causar danos a terceiros. E como tal princípio operaria em termos recíprocos, garantir-se-ia o desiderato da justiça almejado. O ordenamento imporá determinadas regras de conduta que, uma vez cumpridas, exonerariam o sujeito de uma eventual responsabilidade futura¹¹⁸⁴.

Como veremos, também adiante faremos apelo a uma ideia de distribuição dos riscos. Simplesmente, muito nos separa do pensamento do autor. Desde logo, a explicitação da obrigação de indemnização a partir de uma ideia de justiça distributiva quadra mal com a teleologia primária da responsabilidade civil e a intencionalidade do mundo privatístico que coloca frente a frente dois particulares. Enquanto HONORÉ fala de *corrective justice* unicamente no sentido de mostrar o carácter alocativo daquele remédio¹¹⁸⁵, que faz recair determinadas consequências sobre certas pessoas, pressupondo – para o seu funcionamento – um prévio recurso explicativo à justiça distributiva, embora distinta da distribuição de outros bens¹¹⁸⁶, a nossa chamada à colação da distribuição dos riscos operará tão só no quadro de uma relação entre sujeitos particulares¹¹⁸⁷. Com o que afastamos – *in limine* – o perigo de erigir a prevenção na finalidade por excelência da responsabilidade civil, subtileza essa que não se denota no

ponderações atinentes à eficiência económica, pese embora não arrede a justiça compensatória da solução a dispensar a esse comportamento apodado de *wrongful act*.

¹¹⁸⁴ Cf. ARTHUR RIPSTEIN, “Private Law and Private Narratives”, ... cit., p. 43.

¹¹⁸⁵ Do autor, veja-se, uma vez mais, HONORÉ, *Responsibility and Fault*, Hart Publishing, Oxford, 1999, p. 67-93 e “The Morality of Tort Law – Questions and Answers”, ... cit., p. 81.

¹¹⁸⁶ Cf. ARTHUR RIPSTEIN, “Private Law and Private Narratives”, ... cit., p. 44.

Cf. HONORÉ, “The morality of tort law”, ... cit., p. 83. O autor expressamente afirma que a justificação para a responsabilidade civil deve ser encontrada no quadro da justiça distributiva. Note-se, porém, o recorte particular com que ela é aqui entendida. Na verdade, o autor colima a sua teoria no chamado princípio do risco. Só que considera que ele se prende com aquela, não confinada à distribuição de bens, mas também de perdas.

¹¹⁸⁷ Não deixamos de sublinhar que, no diálogo com o pensamento de NILS JANSEN, chegámos à conclusão que, também para o autor, a justiça distributiva há-de actuar no âmbito delineado pela ideia de comutatividade. Contudo, não menos podemos ignorar as referidas situações de conflito em que, ponderados os vectores em jogo, se pode dar primazia à distribuição. É claro que, importa também dizê-lo, podíamos fixar o discurso ao nível da prescrição legislativa e pensar nos casos de responsabilidade pelo risco para assumir que aí a ideia de distribuição supera a ideia de comutação. No entanto, ainda que tal seja verdadeiro – e desde que não apague dimensão responsabilizatória que fizemos remontar ao momento da assunção do risco –, não interfere no momento da decisão judicativa, pelo que de nada serve explicitar o dado. Veja-se, ademais, as nossas considerações inseridas em texto.

O que pretendemos mostrar é que, enquanto para JANSEN a distribuição opera dentro da bipolaridade traçada pela comutatividade, para nós é o desenho responsabilizatório personalístico que, estabelecendo-se com base no confronto entre esferas de risco, vai desenhar a relação entre particulares na qual se faz apelo a uma ideia de comutatividade (que, aliás, não deixa de estar presente a montante). A este propósito, acompanhe-se, *infra*, o debate entre PERRY e WEINRIB, nota 1202.

pensamento do autor^{1188 1189}. Tanto mais que ela surgirá, na nossa dissertação, como decorrência imediata da pessoalidade chamada à liça¹¹⁹⁰.

No fundo, embora com um denominador comum, a racionalidade mais explicativa do que crítico-reflexiva assumida pelo autor acaba por ser determinante nas diferenças assinaladas, também projectáveis em sede de causalidade^{1191 1192}.

¹¹⁸⁸ Por isso preferiremos, adiante, falar de conexão de risco em detrimento de distribuição do risco. É que esta, tal como a entendemos no quadro do sistema delitual, decorre da compreensão eticamente comprometida da pessoalidade que, com a sua liberdade e responsabilidade, alicerça o modelo.

A discrepância aqui notada intui-se claramente quando acompanhamos a explicitação de RIPSTEIN. Diz-nos o autor, a propósito do modelo de justiça distributiva chamado a fundamentar a responsabilidade, que ela funciona em duas vias: “this distribution is fair in two distinct senses: first, over time it tends to work to the advantage of all, even if it does not work to some particular person’s advantage in some particular case. Second, it is fair across persons” – cf. “Private Law and Private Narratives”, ... cit., p. 43.

¹¹⁸⁹ Cf., porém, HONORÉ, “The morality of tort law”, *Philosophical foundations*... cit., p. 93.

¹¹⁹⁰ Segundo salienta RIPSTEIN, a ideia de pessoa e de *outcome responsibility* não colhe como justificação única da imposição de responsabilidade por via jurídica, dado que elas também estariam presentes nas chamadas *autobiographical imputations*, isto é, quando, não alocativamente, a pessoa prejudica outra e lhe pede desculpa.

No fundo, são os próprios limites da juridicidade que são chamados a jogar o seu papel. Com o que, e em defesa do fundamento por nós entronado, importa tecer algumas considerações suplementares, ainda que de modo sumário, e que a seu tempo elas sejam repriminadas.

A responsabilidade civil é por nós vista como corolário da ideia do direito enquanto direito. Mas, sendo esse o fundamento último de toda a juridicidade, ela pode conhecer projecções várias. Acresce que dois dados são incontornáveis. Por um lado, no seu modo de funcionamento reactivo, a responsabilidade civil implica a prévia definição de obrigações primárias que, quer estejam, quer não estejam positivamente consagradas, – no seu balizamento – levam implícitos os limites da normatividade, aqui entendidos em termos objectivos e concretizáveis na definição do espaço livre do direito. E RIPSTEIN acaba por focar este ponto (cf. “Private Law and Private Narratives”, ... cit., p. 53). Aliás, em abono do rigor, RIPSTEIN não é alheio à clivagem. Isso mesmo se intui quando distingue a *implication responsibility* da *displacement responsibility*, a última a pressupor, por oposição à primeira, a *plurality of interacting persons* (cf. “Private Law and Private Narratives”, ... cit., p. 51). Mais do que isso, a *displacement responsibility* avulta como a razão para tornar alguém *liable* (p. 52), asserção que nos leva finalmente a perceber o sentido da citação com que iniciámos o diálogo com os dois autores inscritos na *Common Law*. Por outro lado, são limites à responsabilidade que se impõem no âmbito da contextura social e do sistema económico tal como ele surge desenhado e regulado, inclusivamente ao nível constitucional. E nessa medida, a obrigação ressarcitória só surge quando o comportamento se desvele ilícito.

Só que essa ilicitude, encontrando o fundamento numa obrigação primária – na tal *displacement responsibility* – bebe-o, mais profundamente, na pessoalidade entendida em termos ético-axiológicos, o que comportará consequências também ao nível do modo como concebemos a causalidade.

¹¹⁹¹ RIPSTEIN é claro na concatenação entre as duas problemáticas. Afirma, inequivocamente, que a justificação da *tort law* ancorada na justa distribuição dos riscos se percebe simbioticamente com a noção de causalidade apresentada por HART e HONORÉ – cf. “Private Law and Private Narratives”, ... cit., p. 58: no fundo, a distribuição dos riscos funciona a esse nível como um meio de especificar o normal curso dos acontecimentos que é quebrado pelo ilícito.

Para maiores desenvolvimentos sobre a posição do autor, cf. HART e HONORÉ, *Causation*... cit.

Também HONORÉ acaba por considerar que a sua construção dos *outcome responsibility* está em consonância com a concepção de causalidade por si e por HART proposta (cf. “The morality of tort law”, ... cit., p. 82, nota 27).

¹¹⁹² Cf. GEORGE CHRISTIE, “The uneasy place of principle in tort law”, *Philosophical foundations of tort law*, DAVID G. OWEN ed., Clarendon Press, Oxford, 1996, p. 114. Refere-se, aí, o autor aos dois possíveis modos de encarar o papel dos princípios relativamente à responsabilidade civil. Um modo explicativo, no quadro do qual se buscam os princípios que podem organizar a experiência jurídica e que explicam a decisão a que se chega dos casos concretos, ainda que eles não tivessem sido ponderados pelo ordenamento *ab initio*. Outros, mesmo que cumpram o desiderato explicativo, têm uma índole normativa.

Ou seja, e de um modo mais perceptível, há dois dados que justificam a falta de sintonia entre o que pretendemos sustentar e a posição de HONORÉ na matéria de que nos ocupamos.

Um de ordem metodológica, directamente relacionado com o tipo de racionalidade mobilizado a que já fizemos referência. Pois que ela, ao não deixar incólumes as soluções práctico-normativas, determina que, ao explicar a fundamentação da responsabilidade legal (*liability*) na assunção de uma dada responsabilidade, passe a redundância, a montante, não derrame a intencionalidade da pressuposição axiológica na concreta conformação delas.

Como salienta PETER CANE¹¹⁹³, um sistema de responsabilidade baseado na ideia de resultado (*outcome responsibility*) requer a convocação de princípios de causalidade, de modo a permitir a ligação entre aquele e uma particular conduta, levando-o a qualificar a ideia de HONORÉ como *a causal concept of responsibility*. Acrescenta o autor que “for the purpose of attributing responsibility (...) principles of causation are inextricable linked with principles of responsibility”.

No fundo, aquilo a que se assiste pode imgeticamente ser reproduzido de acordo com o seguinte esquema lógico: a pessoa só o é verdadeiramente se assumir os resultados da sua acção – vistos como parte integrante da sua autobiografia individual¹¹⁹⁴. Entre aquela e estes intercede um qualquer nexos, uma ligação causal. Mas, como o mesmo esquema pode ser pressuposto no domínio extra-jurídico, requer-se uma explicação que justifique a imposição da *liability*. Esse pressuposto teórico-explicativo pode ou não interferir na concreta conformação da causalidade a que se alude, razão pela qual, pese embora a afirmação contundente da dependência daquela relativamente à prévia *responsibility*, a solução apresentada por HONORÉ conjuntamente com HART a não denotam. Tanto mais que advogam a consideração da causalidade segundo o sentido que a *causa* obtenha ao nível do senso comum¹¹⁹⁵.

Cf., também, ID., “The uneasy place of principle in tort law”, *Southern Methodist University Law Review*, nº49, 1996, p. 524 e ss

¹¹⁹³ PETER CANE, “Responsibility and fault: a relation and functional approach to responsibility”, *Relating to responsibility*. ... cit., p.89

¹¹⁹⁴ No fundo, os resultados pertencem à própria pessoa e nesse sentido denota-se aqui uma aproximação ao que anteriormente rejeitámos quando criticámos a ideia de mera *ascription*.

¹¹⁹⁵ Veja-se, quanto ao ponto, CHRISTIAN VON BAR, *The Common European Law*... cit., p. 412. Criticando o posicionamento, cf. NILS JANSEN, *Die Struktur des Haftungsrechts*... cit., p. 125-126. Adianta o autor que, contrariamente ao sentido expandido por HART e HONORÉ, a ideia de imputação não é consensual, nem pode ser extraída do senso comum, até porque o entendimento que sobre ela se derrama é variável em função do nicho dogmático em que estejamos inseridos. Num exemplo impressionante, o autor alemão afirma que, se no domínio do direito civil é admissível a responsabilidade pela conduta de

Acresce que – e com isto entramos no segundo dos dados a considerar – a referência aos *outcome responsibility* como quadro explicativo da imposição de uma obrigação ressarcitória funciona apenas como referencial de actuação de um princípio maior. Isto é, em si mesmo a ideia de resultado nada nos comunica¹¹⁹⁶. Tudo depende, afinal, da *ratio* da ligação desse resultado à conduta do sujeito. E esta não pode ser encarada de um ponto de vista meramente naturalista, dado que, em si mesma, ela não justifica a juridificação da situação.

No que nos diz respeito, a ligação deflui da própria ideia de pessoalidade. A pessoa, porque o é, assume diante do outro certos deveres. A preterição deles implica que uma responsabilidade de segunda ordem – reactiva – se desencadeie. Mas, se assim é, a ligação entre o resultado e o sujeito não pode deixar de entroncar no primeiro grau de responsabilidade e a tradicional causalidade não pode deixar de ser entendida em termos normativos, porquanto orientada pela obrigação assumida. E porque ao nível civilístico uma das formas mais directas e imediatas de projecção do princípio da responsabilidade que fundamenta o instituto reside na ilicitude do comportamento, há-de passar por ela a indagação causal e depender da concreta modalidade em causa a conformação exacta que se lhe atribui.

Ponto central na nossa dissertação, não chegou ainda o tempo do seu tratamento exaustivo. Na verdade, importa, antes de passarmos ao próximo ponto expositivo, avançarmos um pouco mais no cotejo com os ensinamentos colhidos na *Common Law*.

Afirma STEPHEN PERRY que o *outcome responsibility* pode conhecer diferentes cambiantes¹¹⁹⁷.

Opõe, assim, o chamado *social understanding* ao *personhood understanding* do *outcome responsibility*. Para a primeira visão, os resultados a alocar são tidos como

um terceiro, sem a sua participação no evento, tal seria absurdo ao nível do direito penal e profundamente problemático em termos morais. Repare-se, contudo, que as considerações do autor são mais amplas do que as nossas, dirigidas exclusivamente à ideia de imputação objectiva, tradicionalmente desconsiderada para dar lugar à causalidade.

Sobre o entendimento denotado por HART e HONORÉ a propósito do pressuposto da causalidade, veja-se o que *infra* será referido. De momento, saliente-se unicamente que, se a causalidade estritamente entendida vem resolvida em termos de senso comum pelos autores, há uma dimensão adicional de que não deixam de lançar mão e que se projecta na chamada *cause-in-law*.

¹¹⁹⁶ Esta era, aliás, – e voltamos a frisar este ponto – a ideia subjacente à teoria da adstrição.

¹¹⁹⁷ STEPHEN PERRY, “Honoré on responsibility for outcomes”, ... cit., p. 63. Do autor, cf., ainda, “Responsibility for outcomes, risk and the law of torts”, *Philosophy and the law of torts* (POSTEMA, ed.), p. 72 e ss. e “Risk, harm and responsibility”, *Philosophical Foundations of Tort Law* (DAVID G. OWEN ed.), p. 321 e ss. Note-se que o autor apresenta um entendimento divergente do de HONORÉ relativamente aos *outcome responsibility*.

créditos e débitos sociais; para a segunda impositação, integram a própria individualidade¹¹⁹⁸.

Note-se que as duas componentes não são inconciliáveis. Por um lado, a dimensão social da questão – tal como é sublinhada por HONORÉ – importa um entendimento da justiça distributiva ligada ao princípio do risco. E se o amputarmos de uma das suas faces¹¹⁹⁹ para o olharmos univocamente no sentido da distribuição de riscos que, embora tenha a tecitura social como pano de fundo, opera – em cada caso – entre dois ou mais particulares, ou seja, se encetarmos uma leitura de repartição do domínio do risco e não de distribuição, veremos que, afinal, ela não anda longe da ideia de justiça comutativa¹²⁰⁰. Por outro lado, importa não esquecer que a pessoalidade em que ancoramos o nosso discurso não se discerne como opositora ao dado societário, pois que a pessoa – exactamente porque o é – não pode ser entendida no autismo individualista¹²⁰¹.

É ele, aliás, aliado a uma moralização – que não eticização – do discurso, que determina a dificuldade de transposição do campo da referência ao eu para a alteridade predicativa do jurídico. Ou seja, debatem-se os autores que temos vindo a acompanhar com uma aporia que não é mais do que uma consequência das inconcludências em se deixam enredar.

Na verdade, na referência ao sujeito, olham-no no seu isolamento – como o eu portador de uma biografia pessoal atomizada das restantes – pelo que, porque o direito não se queda no ajuizamento do percurso de cada um, a transposição para o quadro jurídico implicará um *plus* de fundamentação. Esquecem, pois, que a dimensão ético-axiológica identificada é chamada à colação se e quando as outras duas condições de emergência do direito a reclamam e assumem, na delimitação da juridicidade, o sistema

¹¹⁹⁸ Cf. HONORÉ, “The morality of tort law”, ... cit., p. 82.

¹¹⁹⁹ Tal não se percebe, contudo, no pensamento do autor.

¹²⁰⁰ Nuance relevantíssima, ela viabilizará, *infra*, a chamada à colação da ideia de risco no âmbito da responsabilidade subjectiva, sem a imbuirmos de notas predicativas da justiça distributiva no quadro da judicativa realização do direito.

Note-se, ainda, quanto a esta ideia, que a distância que nos separa de JANSEN é ténue e, como tal, deve ser novamente explicitada. Na verdade, o autor caracteriza a justiça distributiva de um modo muito particular e não negamos o ponto. Mas vemos, também, pela exposição feita em texto que ou ela resvala em considerações atinentes ao sentido mais estrito, ou ela se assemelha na intencionalidade a uma ideia de comutação, pelo que aquilo que verdadeiramente vai preencher o conteúdo desta justiça são as exigências de sentido comunicadas pela pessoalidade livre e responsável.

¹²⁰¹ Note-se que a tentativa de reconciliação das duas visões terá sido proposta por PETER CANE, em comentário dirigido a STEPHEN PERRY (cf. , do último, “Honore on responsibility for outcomes”, ... cit., p. 64, nota 4), tendo o segundo dos autores citados rejeitado tal entendimento eclético, por não perceber o que pode ser a “personhood socially constructed”.

como um *prius*, pelo que se corre o risco de se assistir à transmutação da justiça distributiva no denominador determinante¹²⁰².

Em consonância com o pensamento veiculado por estes autores está uma dada concepção em matéria de causalidade. Os danos a indemnizar são seleccionados de acordo com *policy considerations*, resolvendo-se, segundo o testemunho de PERRY, a indeterminação a que, numa visão liberal, somos conduzidos pela pureza da ideia de resultado a clamar um entendimento causal estrito¹²⁰³. Só que, porque o referido

¹²⁰² Cf. STEPHEN PERRY, “Honoré on responsibility for outcomes”, ... cit., p. 66-68.

De acordo com o que dali se colhe, a indeterminação a que somos conduzidos por uma ideia estrita de *outcome responsibility* pode ser complementada por ponderações normativas subsequentes, atinentes à culpa. Esta funcionaria, assim, como um critério de imputação e distribuição do risco que nos apartaria de um ideário distributivo puro. É esse, aliás, o sentido com que PERRY erige a sua defesa da construção de um modelo delitual com base na justiça correctiva. Cf. do autor, “The moral foundations...”, ... cit., p. 496 e ss.

A obrigação de reparar o dano resultaria de um *outcome responsibility* complementado por uma operação de justiça distributiva. Porque mais do que uma pessoa pode ser responsabilizada, por ser mais do que uma a causadora do dano, o *outcome responsibility* funcionaria para criar um círculo de pessoas, no qual se pode teoricamente incluir a vítima, que podem ter de suportar os custos do resultado. É dentro dele que intervêm critérios de justiça distributiva a seleccionar, de entre todos, aquele que está em melhores condições de suportar o dano. Para PERRY, a identificação do responsável dá-se por intermédio da culpa – aqueles que devem suportar o dano são os que actuaram com culpa, na exacta proporção dela.

Para uma crítica da impositação de PERRY, veja-se, também, WEINRIB, “Correlativity, personality...”, ... cit., p. 28: considera que o *outcome responsibility* não fornece um argumento convincente para justificar a passagem da responsabilidade à reparação e, ainda que a benefício da argumentação se possa entender que a culpa cumpre tal desiderato, sempre fica por saber por que razão deve a mesma ser situada ao nível do ideário distributivo. Segundo WEINRIB, a culpa é anterior à distribuição, posto que a formação do *distributive pool of faculty agents* pressupõe que aqueles que nela se inserem estão sujeitos ao dever de suportar o dano, pelo que o que cria a obrigação é a culpa e não a *distributive pool*, tornando o argumento distributivo supérfluo. Mais aduz o autor que a justiça distributiva localizada envolve uma visão comparativa (entre as culpas) e não correlativa e, na pureza das distinções categoriais que herdámos de ARISTÓTELES, não podemos basear a reparação de forma coerente numa combinação entre estruturas correlativas e comparativas. Uma possibilidade seria, portanto, segundo WEINRIB, eliminar a justiça distributiva localizada e formular uma específica concepção de *outcome-responsibility* que pudesse dar origem a um dever de reparar. Mais precisamente, acção e resultado unir-se-iam de forma a tornar possível que o resultado surgisse como uma razão para considerar o agente responsável pela acção que o produziu; e o *outcome responsibility* conectaria a conduta do agente ao dano da vítima através de uma estrutura correlativa de argumentos. Ora, segundo WEINRIB é exactamente isto que os escritos mais recentes de PERRY contêm, ao introduzir a *avoidability-based conception of outcome responsibility*, passando a considerar-se o agente responsável por um resultado se causalmente contribuiu para ele, tinha a capacidade para o prever e podia evitá-lo (Cf. p. 29). A grande diferença passa, portanto, a ser a antecipação da culpa que assim deixa de coexistir com o resultado para passar a integrar o próprio *outcome responsibility*, sem que, na perspectiva da correlatividade abstracta e formal de WEINRIB, a doutrina exposta esteja imune a críticas. Na verdade, segundo ele, a concepção de PERRY conduziria – ou poderia conduzir – à responsabilidade do agente que fosse conhecedor da especial sensibilidade do seu vizinho ou à responsabilidade por danos económicos perpetrados através da concorrência. E isto porque PERRY não lida com a ideia de direitos, mas com a noção de *harms*.

Ousamos, por isso, acrescentar que WEINRIB se mostra muito próximo, na intencionalidade do seu pensamento, do esquema conceptual saído da pandectística alemã e ainda hoje dominante no espectro do ordenamento jurídico europeu e, designadamente, português.

¹²⁰³ Segundo o ensinamento de PERRY, de acordo com a fundamentação liberal, o sistema dos *outcome responsibility* é puramente causal. Parte-se da ideia de que os resultados da conduta pertencem ao sujeito, ao que se alia o pressuposto da obrigação de compensar os danos causados aos outros pelo seu comportamento. Por isso, conclui o autor que “the standard of liability is, according to libertarianism,

absolute, based on causation alone” – cf. STEPHEN PERRY, “Honoré on responsibility for outcomes”, ... cit., p. 69.

Para maiores desenvolvimentos acerca dessa visão liberal libertária da causalidade, cf. RICHARD EPSTEIN, “A theory of strict liability”, ... cit., p. 151 e ss. Veja-se, ainda, “Causation and Corrective Justice: a reply to two critics”, ... cit., p. 477 e ss.; “Defenses and subsequent pleas in a system of strict liability”, *Journal of Legal Studies*, 3, 1974, p. 165 e ss.; “Intentional Harms”, *Journal of Legal Studies*, 4, 1975, p. 391 e ss.; “Causation – In context: an afterword”, *Chicago-Kent Law Review*, 63, 1987, p. 653 e ss. EPSTEIN controla um verdadeiro paradigma causal. Descreve situações em que o dano é causado pela força, ameaça de força ou criação de situações de perigo que redireccionam a força. É com base na trílogia que dá resposta ao que na *Common Law* vem conhecido por *actual causation* e *proximate cause inquiry* (cf. “A theory of strict liability”,... cit., p. 163 e ss. e 204 e ss.).

Atente-se mais pormenorizadamente no sistema por si erigido. Duas são as coordenadas básicas do seu pensamento: a liberdade e a responsabilidade. Porém, contrariamente ao entendimento dialéctico com que colorimos a relação entre os dois pilares, à luz da pessoalidade, a perspectiva de abordagem do autor é individualista, justificando o traçar de fronteira entre eles com base na causalidade. Ou seja, entendida a liberdade no isolamento do ser, ela só geraria responsabilidade, vista como limitação dela, quando o dano fosse causado pelo comportamento do autor. A visão limitadora que se derrama sobre a segunda conduz à desconfiança relativamente a todas as regras que não sejam caracterizadas pela clareza absoluta, ao ponto de sustentar que critérios como a razoabilidade ou a negligência são expedientes judicativos para interferir, não legitimamente, na liberdade de cada um. O passo lógico seguinte seria a proposta de um sistema de *strict liability*, fundado exclusivamente na causalidade. A exclusão da responsabilidade operaria, unicamente, por via da contribuição do lesado para a produção do dano, da assunção do risco por parte dele ou da invasão da propriedade do lesante (cf. “Defenses...”, ... cit., p. 167-168, 174, 185, 201). Tida por necessária e suficiente para a imputação da responsabilidade, a causalidade é analisada de acordo com os *causal paradigms* supra mencionados (cf. “A theory of strict liability”, ... cit., p. 160, 165-166, 168-169, 190-191, 194-195 e “Intentional Harms”, ... cit., p. 398-400). A propósito de casos que não pudessem ser reconduzidos a esses paradigmas cujo denominador comum seria a força, veja-se a ideia de *nonreciprocal causal relationships* avançada por EPSTEIN (cf. “A theory of strict liability”, ... cit., p. 195, “Defenses...”,... cit., p. 202; “Intentional Harms”, ... cit., p. 432).

Cf., não obstante, as reflexões do autor em “Causation – In context: an afterword”,... cit., p. 653-654.

Para uma crítica das posições de EPSTEIN, que denomina de *causal maximalism*, cf. HART e HONORÉ, *Causation... cit.*, p. 30-31 e 96-97. Veja-se, também, para outras considerações, WRIGHT, “Causation in tort law”, ... cit., p. 1751-1752 [o autor entende que EPSTEIN não fornece uma noção de causalidade, nem logra explicitar o conceito com base nos paradigmas causais a que nos referimos, limitando-se, segundo o seu testemunho, a articular determinados métodos de causação do dano – força e ameaça de força. Só que estes, não só se afastam da prática jurisdicional, como todo o discurso vem eivado de uma certa circularidade, porque, quando diz que A agride B, implicitamente está a afirmar que A causou o dano a B, quando essa deveria ser a conclusão a que se chegava no final do percurso dialógico, ao mesmo tempo que a asserção é acompanhada de um critério não causal, a identificar-se com a intencionalidade do comportamento. O círculo vicioso seria também notório nos restantes paradigmas, quer se diga que A ameaçou B, com a agravante de podermos confrontar-nos com pessoas ultra-sensíveis, relativamente às quais a ameaça tem um impacto acrescido, quer se diga que A compele B a lesar C ou se hipotize que A cria, voluntariamente, uma condição perigosa da qual resulta um redireccionamento da força que vem a lesar B. Acresce que WRIGHT, para além de não identificar estes paradigmas com a causalidade, sustenta, ainda, que eles não respondem aos problemas para que a *proximate cause* procura solução – cf. p. 1756] e “Causation, Responsibility, Risk, Probability, Naked Statistics, and Proof...”, ... cit., p. 1015 e ss. [nesse estudo, WRIGHT considera que EPSTEIN falha por não estabelecer o limite da causalidade acoplada ao uso da força. A sua pergunta “até que ponto devemos considerar a força” espelha claramente a sua preocupação. E adverte que a doutrina absolutizadora da causalidade do autor não resolve os problemas causais, antes se limitando a dar resposta ao tópico da imputação. Haveria, portanto, uma clara confusão entre o tópico da *actual causation* e da *proximate cause*, ponto que para WRIGHT se revela fulcral, tamanha é a importância que, no modelo por si proposto, a cisão adquire]. Cf., também, reflectindo sobre o pensamento de EPSTEIN, NILS JANSEN, *Die Struktur des Haftungsrechts*, ... cit., p. 94-98 [JANSEN integra o pensamento de EPSTEIN no que designa por *Korrespondenzthese*. Partindo da dicotómica distinção entre a justiça comutativa e a justiça distributiva, e salientando que tradicionalmente a primeira abarcaria o núcleo central de explicitação do direito delitual, JANSEN vem mostrar que uma tentativa de compreensão dela passa pela ideia de equilíbrio entre perdas e ganhos. Ora, EPSTEIN teria tentado modelar a responsabilidade civil à luz da ideia de que, correspondendo a violação de um direito subjectivo a um dano, a compensação visaria reconstruí-los. A indemnização intentaria compensar a violação das

outcome responsibility surge como um sistema de alocação de resultados, funcionando, afinal, a pressuposição da justa distribuição dos riscos como um componente explicativo-teorético que não derrama toda a sua intencionalidade sobre as soluções predispostas ao nível dogmático – já que ele é contrabalançado por uma visão antropológica do ser humano que se arreda da pessoalidade comunicante e, como tal, da titularidade de um acervo de deveres diante do outro –, as mesmas dificuldades são experimentadas, impondo o recurso à bipartição do problema causal numa questão de facto e numa questão normativa¹²⁰⁴, identificada pelo problema da *remoteness of the damage*^{1205 1206}.

liberdades subjectivas. JANSEN contesta esta correspondência, do mesmo modo que contesta a correspondência estabelecida por WEINRIB. Acerca das críticas que NILS JANSEN derrama sobre cada um dos autores, *vide*, respectivamente, p. 94 e ss. e p. 99 e ss.].

Caracterizando a *libertarian theory of tort*, cf. JOHN C. P. GOLDBERG, “Twentieth Century Tort Theory”,... cit., p. 65 e ss. [Segundo a exposição de GOLDBERG, a visão libertária da responsabilidade civil visa reconectar o instituto com o ideário político do *laissez-faire*, através da ligação entre o delito e a noção de propriedade. Partem da premissa de que a pessoa exerce um domínio absoluto sobre si mesmo – o seu corpo e a sua reputação – à semelhança do que acontece com as coisas que adquire pelas suas acções e ninguém, quer seja o Estado, quer seja um indivíduo, pode exigir o que for sobre tais bens, nem condicionar o seu valor, através de impostos ou outras transferências involuntárias. A cada um pertence o dano que causa e como tal deve compensar a vítima, pelo que assim se captaria o sentido corrente de conceitos como a causalidade. Em termos prescritivos, a doutrina redundaria num duplo caminho: restrição da responsabilidade em domínios como a actuação médica, em que se passa a considerar o estado da prática muito paternalista; e expansão da responsabilidade, pela transição da responsabilidade baseada na culpa para a responsabilidade estrita. Veja-se, também, p. 67 e ss., onde GOLDBERG aponta algumas críticas normalmente dirigidas a esta perspetiva: não só a configuração dos direitos como refracções do direito de propriedade se afigura controversa, como a causalidade naturalisticamente concebida não pode ser vista como critério da responsabilidade].

Não nos esqueçamos, *in fine*, do que *supra* ficou dito a propósito das doutrinas que procuram alicerçar a responsabilidade na pura causalidade. Designadamente, revise-se o pensamento de VENEZIAN e as críticas que se lhe dirigem.

¹²⁰⁴ Cf. HONORÉ, “The morality of tort law”, ... cit., p. 82, nota 27. O autor recusa a catalogação da sua posição – conjunta com HART – em matéria de causalidade como normativa, para a matizar como funcional. Argumenta que se lança mão dos critérios causais na medida em que eles sejam necessários para cumprir determinados propósitos. E, assim sendo, é natural que incorporem *cut-off points*. Mas, segundo as suas palavras, isso não faz deles categorias normativas, na medida em que são neutrais do ponto de vista da valoração das condutas.

¹²⁰⁵ HART e HONORÉ fazem confluír o problema da causalidade com o da atribuição de responsabilidade e lançam mão de três critérios, que vêm a redundar nos chamados *commonsense principles of causation*, usados para determinar a responsabilidade. Consideram, assim, extraindo-os de asserções do senso comum, que a causa implica um comportamento humano intencional ou uma acção anormal e que tem de ser a última intervenção deliberada ou a última ocorrência anormal e independente. Cf. *Causation*... Cit., p. 33-35, 41-42, 130-131. Veja-se, ainda, p. 51-61, 71, 81-83 e 186, considerando os problemas de mera indução, para os quais apresentam uma solução não causal, considerando que o lesante é responsável se ele induziu uma acção subsequente deliberadamente ou se negligentemente criou a oportunidade de ela ocorrer.

Sintetizando, podemos considerar que a posição de HART e HONORÉ a propósito da causalidade é captada por dois grandes critérios: *voluntary intervention* e *abnormal condition*, mostrando que, apurada a *cause-in-fact*, o problema da recondução da lesão ao comportamento do agente acaba por confluír com a própria essência da *ilicitude da conduta*. Com isso procuram responder ao problema da *proximate cause*, e eleger de entre as condições a que pode ascender ao estatuto de *responsible cause*.

Pesa na concepção dos autores a subtracção dos comportamentos humanos às leis da generalização causal (cf. p. 56-57).

A clivagem em relação ao que pretendemos defender torna-se, então, evidente. O problema que diagnosticamos no quadro de pensamento em que mergulhámos passa, pois, pela bipartição de fundamentos¹²⁰⁷, o que, em última instância, redundará na concepção antropológica pressuposta. Ainda que se pretenda informá-la com a nota do valor, a *personhood* surge despida da índole comunicacional e solidária que lhe recortámos, pelo que não existe *a priori* a possibilidade de se definir um resultado a evitar¹²⁰⁸. Na verdade, o *social understanding* resulta de uma *social decision*. A repartição do risco – aqui entendida como verdadeira distribuição, embora com um enfoque não consequencialista puro – acresce a e não é intrínseca à personalidade¹²⁰⁹.

Alia-se a isto a particularidade de, quando apela a uma ideia de justiça correctiva, o autor parecer aproximar-se da concepção de *ascription*, ao interpretar o movimento como acção e decisão que devem ser *ascribed to authors*¹²¹⁰. É, aliás, daí que parte, distinguindo posteriormente a responsabilidade baseada na culpa e a *strict liability* como formas de transposição do campo moral para o campo jurídico^{1211 1212}.

Para uma crítica ao pensamento de HART e HONORÉ, cf. WRIGHT, “Causation in tort law”, ... cit., p. 1747 e ss.

¹²⁰⁶ Cf., num sentido similar, embora não idêntico, STEPHEN PERRY, “Honoré on responsibility for outcomes”, ... cit., p. 69. A não identidade resulta da consideração do autor que, chamando à colação a obra por nós também citada – *Causation in the Law* –, vem afirmar que a teoria ínsita na mesma não consubstancia uma verdadeira doutrina da causalidade, mas um verdadeiro *account of responsibility*.

¹²⁰⁷ Cf. STEPHEN PERRY, “Honoré on responsibility for outcomes”, ... cit., p. 70. O autor aduz que HONORÉ apresenta duas concepções de *outcome responsibility* e que elas são independentes entre si.

¹²⁰⁸ Cf., porém, JOHN GARDNER, “Obligations and outcomes in the law of torts”, ... cit., p. 131.

¹²⁰⁹ Cf. STEPHEN PERRY, “Honoré on responsibility for outcomes”, ... cit., p. 74. O autor afirma contundentemente que “um conceito geral de *outcome responsibility* não torna a responsabilidade dependente de uma prévia violação da norma”.

Com isto corre-se o perigo, segundo salienta, de se poder resvalar para um sistema puro de *strict liability*. Veja-se, para um mais denso aprofundamento do pensamento do autor, PERRY, “The moral foundations...”, ... cit., p. 499. Segundo o autor, a justiça correctiva procederá ao identificar o universo de pessoas de quem a vítima pode exigir a indemnização e cumprirá tal missão através da noção de *outcome responsibility*. A causalidade de danos evitáveis gera uma noção de responsabilidade, devendo depois especificar-se as circunstâncias que conduzem à *liability*. Seria, então, a culpa a prestar depoimento no sentido de afirmar quem é responsável no universo previamente definido.

Criticando o entendimento e defendendo uma inversão metodológica nos termos a ponderar, cf. COLEMAN, *The Practice of Principle, In Defence of a Pragmatist Approach to Legal Theory*, Oxford University Press, 2001, p. 51 e ss. Segundo defende, não é possível definir um universo de potenciais responsáveis a partir de um princípio atributivo como aquele de que fala PERRY. E isto porque não devemos determinar quem de entre todos está ligado a um *bad outcome* para depois analisar quem actuou culposamente, mas antes se deve identificar sobre quem recai a obrigação de suportar o dano por ter actuado de forma distinta e relevante quando comparado com os restantes indivíduos. Em sentido próximo, cf. *supra* o testemunho de WEINRIB.

¹²¹⁰ Cf. HONORÉ, “The Morality of Tort Law”, *Responsibility and Fault*, ... cit., p. 29-30. Cada acção pertence àquele que causalmente a originou; é-lhe atribuída intrinsecamente porque faz parte da sua história de vida. (HONORÉ, “The Morality of Tort Law”, *Philosophical foundations ...*, cit., p. 81 e ss.)

¹²¹¹ A ideia de responsabilidade é, em HONORÉ, construída com base no modelo do *outcome responsibility*. O autor parte do enunciado simples de que os resultados da conduta pertencem ao agente (cf. *Responsibility and Fault*, p. 10). Quer a responsabilidade moral quer a responsabilidade legal traduzem formas especiais daqueles *outcomes*.

Na base da dicotomia entre elas encontrar-se-ia uma opção social, pelo que, em última instância, o sistema não se justificaria unicamente segundo um prisma personalista mas social.

Há, contudo, aparentemente uma independência entre eles. Que acaba por se refractar – embora não dedutivamente – no enfoque colocado em cada uma dos modos de repartição social daquela responsabilidade. Entroncada na culpa ou na *strict liability*, esta última pressuporia um especial perigo (cf. *Responsibility and Fault*, p. 23 e 86. Note-se, aliás, que a exigência de verificação ou não da *fault* é discutida pelo autor, não no quadro da dicotomia entre a justiça correctiva e a justiça distributiva, mas fazendo apelo a uma ideia de justiça retributiva. Aliás, para ele, a pura ideia de justiça correctiva encaminhar-nos-ia para uma lógica de adstrição de resultados ao agente que os causou, sem distinção do tipo de conduta. Sem que, contudo, conduza a uma possibilidade universal da *strict liability*, dado que a justiça retributiva impede uma desproporção que com ela poderia ser originada em desfavor do lesante – cf. “The morality of tort law”, ... cit., p. 88-89. Outros limites se imporiam, subsequentemente, à indemnizabilidade dos danos: o escopo da norma violada, cuja preterição desencadeia a anti-juridicidade do acto; a previsibilidade do dano; conduta do lesado – cf. p. 90 e ss.).

O autor explica, portanto, a responsabilidade pela articulação combinada da justiça correctiva e da justiça distributiva. A justiça correctiva operaria no exacto momento em que aquele que causa o dano o tem de suportar. Mas o que explica essa imposição no quadro jurídico é uma prévia repartição dos riscos em sociedade, e, como tal, um preliminar recurso a considerações atinentes à justiça distributiva. São palavras do autor: “to justify corrective justice involves appealing at a certain stage to the just distributive justice in a society (...) Corrective justice depends on distributive justice” – cf. HONORÉ, “The morality of tort law”, ... cit., p. 84.

Note-se que, radicando um dos cenários justificativos da responsabilidade, numa leitura ontológica do *outcome responsibility*, torna-se difícil perceber por que razão se reivindica a culpa como pressuposto de procedência da pretensão no campo legal. Sublinhando esse aspecto, aliás reconhecido por HONORÉ (*vide Responsibility and Fault... cit.*, p. 140), cf. PETER CANE, “Responsibility and Fault...”, ... cit., 86: o autor indaga “if outcome responsibility is the basic form of responsibility in a society, why should degrees of competence be relevant to responsibility?”.

Resposta diversa – e portanto mais lograda – torna-se plausível no contexto da nossa proposta de fundamentação do sistema. O entendimento de que partimos é não só ontológico como axiológico, pelo que – fora casos excepcionais, ainda assim lidos à luz da pessoalidade, – a imposição de uma obrigação ressarcitória só parece obter sentido com base no juízo de culpabilidade. Esta, aliás, é ao nível do direito civil entendida como um desvio da conduta. E por isso afigura-se como uma projecção positiva da pessoalidade, para lá do papel limitador do ressarcimento, o único que lhe era reconhecido no período individualista liberal. Perguntar-se-á, então, para que serve a ilicitude. E a resposta afigura-se simples, numa proporção inversa à complexidade que a categoria encerra: para limitar o âmbito de relevância dogmática do instituto. A *ratio* da imposição de cada uma das diversas modalidades de ilicitude será, pois, a da restrição da responsabilidade. Não em nome da liberdade, já o sabemos, mas em nome da articulação conjunta de outros princípios normativos do sistema que oferecem um recorte preciso – a ser salvaguardado – da vivência comunitária e económica. Mas isso não significa que não haja na ilicitude uma projecção da pessoalidade que – como referente de sentido agregador – funcionará como arrimo interpretativo na mobilização que, a partir do caso concreto, dele se faça.

Sobre o papel da culpa, ou mais amplamente da *fault*, cujo conceito discute, ao nível da responsabilidade delitual, cf. DAVID G. OWEN, “Philosophical Foundations of Fault in Tort Law”, ... cit., p. 201 e ss.

Cf., ainda, VILMOS PESCHKA, “The removal...”, ... cit., p. 137 e ss. O autor apresenta a culpa como uma categoria ética e moral, mas sustenta abertamente que ela não pode conhecer – uma vez vertida para a realidade do jurídico – o mesmo conteúdo que conhece na esfera da relação unilateral do eu com a sua consciência (cf. p. 138). Ela foi amputada do seu sentido mais fundo, como se comprova pela objectividade com que o critério da culpabilidade surge revestido, e colima-se, agora, numa ideia de exigibilidade face à conduta alheia. Lapidar é, pois, a sua asserção: “Moral notions are transformed into ethical ones, and paradoxical as this may sound, this entails a removal of moral content from responsibility for civil wrongs, a purification of the same” (p. 139). A dimensão ética surge, portanto, para VILMOS PESCHKA como a mediação entre a esfera particular da moralidade e a lei. “Moral categories are made subordinate to the norms of mores, they dissolve into the ethical. It is this form of moral norms transformed in the ethical and invested with a particular content that intrude into legal regulation, e.g. responsibility for civil wrongs in civil law, driving out the subjective, moral component”.

Segundo o autor, isto implica que o juiz, na ponderação do caso concreto, não tenha apenas em conta o dano causado, proibido por lei, mas mobilize para fundar a sua decisão outra norma, colimada na culpabilidade, pese embora o distanciamento que esta, aferida segundo o padrão do *bonus pater familias*, apresenta em relação ao estrito domínio moral.

A sintonia com uma solução causal ancorada no entendimento do senso comum é, portanto, perfeita^{1213 1214 1215}.

E o afastamento paulatino em relação ao quadro axiológico postulado pela doutrina continental tradicional torna-se, então, perceptível. As influências filosóficas que sofreram os autores ali inscritos são determinantes na clivagem anunciada. Não é propriamente a ideia de inscrição na história biográfica pessoal que marca o seu curso, mas a liberdade que se arvora em alicerce fundacional do sistema.

Só que, tal como nos paladinos do modelo dos *outcome responsibility*, a ancoragem na liberdade negativa, de pendor ainda iluminista, vai redundar numa exteriorização do critério causal. Pois que se a pessoa é tida como livre desde que não

Saliente-se, porém, que o autor acaba por estender o seu raciocínio, apresentando, a par da desmoralização da responsabilidade civil, a deseticização da mesma. A páginas 146, o VILMOS PESCHKA retrata-se da ancoragem ética por si defendida para o instituto. A responsabilidade civil pressuporia, portanto, a ilicitude (violação da norma que proíbe o sujeito de causar danos a terceiros) e a causalidade, mas não necessariamente aspectos subjectivos, como seja a culpa.

¹²¹² Cf., num sentido crítico, PETER CANE, “Responsibility and fault: a relational and functional approach to responsibility”, ... cit., p. 81. Entende o autor que a ideia de *outcome responsibility* está demasiado focada na relação entre a conduta e o resultado para prover um paradigma de responsabilidade em termos gerais. Além disso (cf. p. 93), pese embora se centre no resultado – e potencie uma explicação congruente para a responsabilidade civil, se bem que não para a penal –, acaba por não valorizar adequadamente o impacto sobre a vítima. Ao que acresce a irrelevância do ajuizamento da conduta para o quadro teórico proposto (*loc. cit., op. cit.*).

Cf., ainda, p. 98. CANE, partindo da distinção entre *outcome responsibility* e *responsibility for outcomes*, critica o enfoque apresentado por HONORÉ para explicar a responsabilidade legal.

¹²¹³ A indagação causal passaria a incorporar, de certo modo, o próprio quadro de inteligibilidade da *tort law*. E projectar-se-ia no mesmo juízo pré-jurídico de que ela vem imbuída. Ao que acresceria depois uma justificação para a imposição da *liability*, ancorada na *fault* ou na ideia de justiça distributiva. E essa passagem da *morality* para o campo do juridicamente relevante justificaria, se necessário, a introdução de limitações normativas à indemnização, normalmente tratadas em sede de causalidade, como a que contende com as noções de proximidade do dano ou escopo da norma.

Para compreendermos que a causalidade passa a incorporar a própria noção de responsabilidade quando perspectivada explicativamente segundo o prisma dos *outcomes responsibility*, cf. JOHN GARDNER, “Obligations and outcomes in the law of torts...”, ... cit., p. 130, onde se apresenta a distinção entre consequências e resultados da acção.

¹²¹⁴ E, como tal, também perfeitamente rejeitável, porque inconsonante com a pressuposição ética e axiológica de que partimos.

Mas outros argumentos podem ser aduzidos no sentido de vincar a sua imprestabilidade. Desde logo, e sem entrarmos na escalpelização dogmática das soluções prático-normativas que viabiliza, dir-se-á que quadra mal com a intencionalidade jurídica a assunção da possibilidade de resolver um problema jurídico com base numa concepção pré-jurídica.

¹²¹⁵ O que aqui fica dito impõe um esclarecimento adicional, para tornar explícito o que de algum modo possa ter ficado implícito. Na verdade, o quadro de pensamento com que dialogamos – não sendo uniforme – acaba por se mostrar congruente, pela configuração dos *outcome responsibility*, com a ideia da limitação da responsabilidade de acordo com *policy considerations*. Mas não deixa de, também, ao implicar a concepção de acção a que nos referimos, postular uma ligação fisicista entre a conduta e o resultado. As questões da *causation in fact* e da *causation in law* são, então, respondidas segundo diversos pontos de vista, que, em HART e HONORÉ, como já referimos, apontam para a solução do problema de acordo com a linguagem do senso comum. Ora, aqui, há que ter em conta que não é só – ou não é preferencialmente – uma concepção de sujeito e da correspondente liberdade que joga o papel determinante, antes devendo, se quisermos perceber a posição dos autores, salientar a influência que os mesmos sofreram da filosofia da linguagem.

contenda com a esfera de liberdade alheia, a imposição da responsabilidade repousará sempre na projecção comportamental, isto é, no rasto que o sujeito derrama com a sua acção e que só pode ser percepcionado numa óptica de extrapolação do mesmo *eu*. Percebe-se, portanto, a necessidade de procurar um critério causal que ligue o comportamento do sujeito ao seu resultado. Critério esse que, ainda que normativizado, não deixa de fazer apelo a uma ideia naturalista e mecanicista da acção.

Acontece que, se partirmos de um diferente entendimento do ser livre, deixa de se justificar a compreensão causal nos mesmos moldes ou com o mesmo recorte. Porque a pessoa, contrariamente ao indivíduo, não é aquela que faz o que quer, quando quer e porque quer, estribado na sua vontade insindicável, mas é aquela que se orienta solidaristicamente pelo outro, através do qual se reconhece. Ao não se esquecer do seu semelhante no momento da tomada de decisão – por meio da qual, obviamente, prossegue os seus interesses – assume, juridicamente, deveres para com ele. Tais deveres, predispostos a evitar a obliteração do sentido ético do agir humano e projectados na normatividade constituída ou a constituir, em nome do fundamento último do direito que verdadeiramente o queira ser, consubstanciam-se na obrigação – entendida em sentido não técnico-jurídico – de não produção de um determinado resultado, pelo que, uma vez ocorrido, avulta a responsabilidade que leva ínsita aquilo que tradicionalmente era visto – do prisma externo – como causalidade^{1216 1217}.

¹²¹⁶ Acentuando as diversas matizes dos diversos modelos explicativos da responsabilidade, cf. THOMAS NAGEL, *The view from nowhere*, Oxford University Press, New York 1986, p. 164-188.

Uma breve advertência: não só a taxonomia apresentada pelo autor não corresponde exactamente à nossa, como importa sublinhar uma vez mais a diferença entre uma perspectiva explicativa e aquela outra, por nós adoptada, que, com cariz crítico-reflexivo, comporta consequências práctico-normativas evidentes.

¹²¹⁷ Cf. PETER CANE, *Responsibility in law and morality*, ... cit., p. 5 e cap. 6.

O autor aduz que, no tratamento da responsabilidade civil – e fiel à dicotomia por si protagonizada entre a responsabilidade histórica e a responsabilidade prospectiva –, importa considerar não só a correcta alocação dos custos do dano, mas também a distribuição dos riscos. Para ele, há uma diferença entre *be responsible* e determinar *what our responsibilities are*.

Dir-se-á, em jeito perfunctório e apenas na medida em que isso importa para o cabal esclarecimento do que ficou dito em texto, que, do nosso ponto de vista, a correcta alocação dos custos depende de uma tomada de posição acerca da distribuição dos riscos, contribuindo tal posicionamento para uma solução diversa da tradicional em matéria de causalidade. Só que essa distribuição de que se fala deve ser vista como repartição, dada a intencionalidade teleológica da responsabilidade civil, a dizer respeito ao mundo privatístico e, como tal, ancorada, embora longe dos mecanismos de troca do mercado, num esquema de comutatividade. Esquema esse que não pode ser compreendido sem o apelo ao fundamento maior, ou seja, à teleonomologia e, como tal, à ideia de pessoalidade.

Repristinando o que ficou dito *supra* acerca da distinção estabelecida por PETER CANE entre a *historic* e a *prospective responsibility*, voltamos a chamar à colação o seu testemunho para com ele dizer que “there is an important sense in which historic legal responsibility is parasitic on and subsidiary to prospective legal responsibility. Historic responsibility enforces, reinforces and underwrites prospective responsibility. Historic responsibility is not an end in itself, but only a means to the various ends the law seeks to further by creating and imposing prospectives responsibilities. Historic responsibility (...) is the pathological form of legal responsibility” – cf. PETER CANE, *Responsibility in law and morality*, ... cit., p. 35.

Em suma, e lançando mão de uma perspectiva analítica redutora da complexidade dos problemas, com o único propósito de facilitar a sedimentação de quadros mentais, viabilizadores da prossecução do nosso percurso dialógico, diremos que – uma vez arredados os esquemas funcionalistas consequencialistas – três sistemas são, macroscopicamente, desenháveis.

Um primeiro, diacronicamente situado na gênese da emergência dos grandes modelos ressarcitórios, ancorado na ideia de liberdade negativa. Um segundo, assente numa visão ontológica, polarizado, ainda, no resultado.

Qualquer um destes esquemas – com o seu pendor fundamentador etéreo e explicativo, respectivamente – olha para o resultado, situado no centro nevrálgico da responsabilidade civil, atenta a sua finalidade reparadora, como algo extrínseco à esfera de actuação do sujeito.

É certo que, rememorando a teoria da adstrição e o modelo dos *outcomes responsibility*, o resultado que nos importa é reconduzido ao núcleo predicativo da actuação do sujeito. Mas é-o *a posteriori*, de acordo com um pensamento que imageticamente se poderia descrever como uma sequela ou prolongamento daquele agir^{1218 1219}.

¹²¹⁸ Veja-se, numa clara síntese do modo como as coisas vão pensadas nesse quadro, ANTONY HONORÉ, “Principles and values underlying the concept of causation in law”, *Causation in Law and Medicine*, edited by IAN FRECKELTON and DANUTA MENDELSON, Ashgate, Darthemouth, 2002, p. 4. e ss.

¹²¹⁹ Veja-se, porém, na *Common Law*, a construção que ARTHUR RIPSTEIN faz do modelo delitual, onde partindo de uma ideia de *outcome responsibility* chega à formulação da doutrina do *risk ownership* e da justa interacção subjectiva, que convoca a razoabilidade própria do homem que, ao agir, considera que todos têm os mesmos interesses na liberdade e na segurança. Cf. ARTHUR RIPSTEIN, *Equality, Responsibility and the Law...* cit., p. 94 e ss., e da qual daremos conta mais pormenorizadamente de forma esparsa.

Do autor, cf., com inegável importância, *Justice and Responsibility*, www.ssrn.com/abstract=71620, que, nesta nota, acompanharemos com particular proximidade. O autor biparte as teorias acerca da responsabilidade em dois grandes grupos. À *agency conception*, baseada numa ideia de atribuição e perspectivadora da responsabilidade como uma relação entre uma pessoa e uma consequência, opõe a sua proposta de uma *reciprocity conception*, nos termos da qual a responsabilidade passa a ser pensada como uma relação entre pessoas com respeito pelas consequências expectáveis da acção e considera que as duas se distanciam no que tange aos resultados que uma pessoa é chamada a suportar. Esta cisão, de que em seguida daremos conta com mais pormenor, pode ser analisada à luz de um outro binómio: carácter extrínseco e carácter intrínseco das limitações à *liability*. Na versão mais alargada da *agency conception*, o simples facto de uma pessoa causar um resultado é suficiente para que ela deva ser por ele considerada responsável; numa versão mais restrita, acrescenta-se a nota da controlabilidade para se afirmar, então, que o agente só deve responder pelas consequências que causou e que podia ter evitado. Qualquer uma delas coincide na afirmação de que “I am responsible, just because it was me, and nobody else, who brought about this outcome” – cf. p. 7/8. Ora, RIPSTEIN vem aduzir que a responsabilidade só tem sentido no contexto da interacção entre os sujeitos e na articulação com a ideia mais geral de limitação recíproca da liberdade.

Atentemos, então, na explicitação do autor: “as pessoas têm vidas separadas para viver, com os seus fins próprios, e tratá-las como iguais requer que os seus objectivos possam ser compatibilizados, pelo que se há-de impor limites ao modo como as pessoas se tratam e prosseguem os seus fins. Estes limites são recíprocos porque asseguram que ninguém pode fazer aos outros mais do que eles fazem a si” – cf. p. 10.

Quer isto dizer, e voltando a usar o verbo do autor, que “eu não interfiro com a capacidade que os outros têm de fazer da vida o que entenderem e também não respondo perante eles pelo que faço com a minha, do mesmo modo que os outros não respondem perante mim pelo modo como conduzem as suas vidas”. No quadro deste relacionamento livre, as consequências pelas quais uma pessoa responde dependem do *entitlements* para com os outros e não simplesmente do facto de a conduta ter tido um efeito, ainda que lesivo, nos outros. Pelo que conclui não ser a responsabilidade pressuposta pela *liability* conceptual, mas sim normativa, na medida em que se predica nas normas que regem a conduta das pessoas – cf. p. 11. Mais concretamente, a *reciprocity conception* vê a responsabilidade à luz de obrigações recíprocas que os sujeitos assumem entre si. E se as normas permitem traçar a fronteira entre o que alguém faz e o que simplesmente acontece (cf. p. 12), então avulta na sua plenitude a asserção do autor, chamada à colação *supra*, segundo a qual “you are being liable because you are responsible” (cf. p. 13). No fundo, “a *reciprocity conception* recusa subordinar a *accountability* a uma forte concepção de atribuição, nem supõe que a *accountability* seja uma condição necessária e suficiente para a atribuição”, antes pressupondo uma dimensão dita institucional (ou seja, são as instituições jurídicas que definem normativamente o que é devido a cada um) – cf. p. 14. Assim compreendida a responsabilidade, ela leva ínsitos os seus próprios limites, pelo que a resposta à questão de saber por que consequências há-de o lesante ser chamado a responder não vai ser procurada num expediente externo. Nem a pessoa é considerada responsável por todas as consequências da sua acção, impondo-se posteriormente restrições com base em *policy considerations*, nem os seus contornos exactos são apresentados, como com HART e HONORÉ, de quem RIPSTEIN se distancia expressamente, segundo um critério causal. Assim, a extensão da responsabilidade é co-determinada pelos deveres a partir dos quais ela se edifica. Posto o que algumas notas se afiguram pretinentes a este ensejo.

Louva-se, antes de mais, o afastamento em relação a uma ideia de adstricção pura a um resultado, a inculcar o sentido imputacional da responsabilidade. Do mesmo modo que se constata com agrado a sintonia crítica relativamente ao pensamento dos *outcome responsibility* protagonizado por HONORÉ a culminar na assunção de um critério causal de que também nos afastamos.

Com o que reforçamos algumas das posições expendidas em texto e percebemos mais claramente o sentido crítico com que RIPSTEIN olha para a *personhood* como fundamento do ressarcimento. É que o que ali vai implicado não é o sentido ético da pessoalidade no seu encontro intersubjectivo, mas uma ideia quase autobiográfica que, igualmente, não partilhamos.

Mas constata-se também o sentido aporético dos alicerces em que se estriba. Pois que, se nós fundamos a nossa posição num sentido ético-axiológico do ser pessoa, enquanto ser livre, responsável e necessariamente aberto ao outro por meio de pontes comunicacionais, RIPSTEIN parte do indivíduo liberal, pelo que não se percebe como se conciliam dados que pertencem a mundividências diferentes. No solipsismo do eu exclusivamente preocupado em não interferir com a esfera de liberdade alheia, porquanto isso implicasse uma intromissão não legítima na concepção e condução da vida de cada um, encontrar-se-á um critério de edificação dos deveres que pretendem evitar que sobre os outros recaiam os custos das nossas escolhas? Ou se aceita um pensamento sem raízes no mundo, ficcionando que algumas das nossas atitudes não têm repercussões nas esferas alheias e deixamos de compreender a realidade que nos interpela, ou somos forçados a admitir que a previsibilidade com que RIPSTEIN pondera os deveres que emergem no quadro de interacção por si cogitado só é pensável por referência ao cuidado devido diante do outro, que permitindo a abertura do *eu* ao *tu* nos afasta, concomitantemente, do individualismo de que aporematicamente se parte.

O que se contesta não é, pois, o resultado a que o autor chega, mas a inconciliabilidade dele com os pressupostos de que parte.

Repare-se que é o próprio autor quem sente necessidade de reconciliar as liberdades dispersas. Em “Tort Law in a Liberal State”, *Journal of Tort Law*, vol.1, issue 2, art. 3, p. 16/17, refere expressamente tal imperativo, salientando que o *due care* reflecte a necessidade de reconciliar o interesse que as pessoas isoladamente têm em prosseguir as suas finalidades com o interesse de não ingerência por parte de um terceiro e afastando-se da ideia holmesiana de busca do equilíbrio através de uma ponderação custo-benefício, já porque o peso específico dos interesses não deve ser sopesado, já porque os propósitos do lesante e a vulnerabilidade da vítima devem ficar à margem das cogitações do decidente. É que, para RIPSTEIN, não se trata, com a *liability*, de sobrepor a segurança à liberdade, mas de sublinhar o valor da *equal freedom*. E a articulação desta só se consegue alcançar num determinado quadro institucional, que nos permita conciliar os direitos, donde teremos de concluir que, contra a pressuposição do indivíduo dessolidário de que parte, RIPSTEIN acaba por convocar o sujeito contextualizado no mundo, aberto ao outro, com quem dialoga e que é diante dele merecedor de uma pretensão de respeito, pelo que paulatinamente se aproxima da pessoa.

Cf., ainda, ARTHUR RIPSTEIN, “Philosophy of tort law”, *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Legal Philosophy* (JULES COLEMAN and SCOTT SHAPIRO, eds.), Oxford University Press, Oxford, 2002, chapter 17, p. 656 e ss. Afirma o autor que a *liability* fica dependente da *responsibility*, por sua vez dependente das normas de conduta. São estas, em última instância, que determinam o âmbito da responsabilidade, posto que “se A viola a norma que estabelece um nível de cuidado que deve cumprir diante do outro, é responsável pela lesão que a norma fixou que não podia impor”, donde a *law of negligence* surge a “estabelecer os limites aos riscos que as pessoas podem impor aos outros”. E se “a fronteira entre riscos apropriados e não apropriados é fixada por um sistema de normas de igual liberdade” (cf. p. 662), nem por isso se deixa de intuir o sentido negativo com que a mesma vai pensada pelo autor, sem que tal se consiga, afinal, compatibilizar com o abstracto de que se parte. Na verdade, a ipseidade absoluta de que se parece partir mostra-se inconsonante com o sentido comunicacional da reciprocidade que é chamada à colação.

Sobre o ponto, veja-se CASTANHEIRA NEVES, “O direito interrogado pelo tempo presente ...”, ... cit., p. 38-39, contrapondo o *individualismo possessivo* ao *individualismo ético*, e considerando, a propósito do último, que “este outro individualismo deixa simplesmente de afirmar o egoísmo possessivo e define-se, ao contrário, como o reconhecimento em todo o indivíduo, seja ele qual for, de um limite categórico imposto ao meu egoísmo, a saber a barreira dos seus direitos fundamentais, do respeito pela sua singularidade como subjectividade irreductível (...)” envolve “um axioma prático [no reconhecimento de cada um dos outros e na titularidade dos seus direitos] capital e irrenunciável – deve mesmo acentuar-se a axiologia desse reconhecimento (...) mas esse reconhecimento, só por si e sem a consideração de outras dimensões em que o reconhecido se integre também (...) não exclui o fechamento sobre si numa possível ou não excluída incomunicação e cegueira ao outro, e então nesses ainda assim possíveis fechamento, incomunicação e cegueira ao outro persistirá fundamentalmente intocado o sentido de uma titularidade afirmada e vivida num isolamento, se não necessariamente anti-comunitário, pelo menos acomunitário. O que o direito (...) não poderá aceitar, já que (...) seria isso verdadeiramente a sua negação, pela exclusão do vínculo normativo-social, e com ele a correlativa responsabilidade, a reconhecer também irreductivelmente perante os outros e que ao direito compete não menos definir e afirmar”. Com o que adianta “(...) tanto é dizer, a responsabilidade comunitária a integrar normativamente os direitos e a implicar que afinal os direitos também obrigam”, sem que “em tudo o que se disse [tenha sido] negada ou minimizada a liberdade (...)”.

Para outros esclarecimentos acerca da posição de RIPSTEIN e da sua crítica à *personality*, cf. ERNST J. WEINRIB, “Correlativity, personality...”, ... cit., p. 35 e ss. Partindo da sua concepção de justiça correctiva, ancorada em conceitos abstractos como a correlatividade e a personalidade, WEINRIB propõe o exercício comparativo entre o seu pensamento e o de RIPSTEIN e conclui haver uma sintonia bastante entre a primeira e a ideia de reciprocidade em que o segundo alicerça a *liability*. Sem que a mesma possa apagar uma discrepância substancial, posto RIPSTEIN rejeitar a concepção de pessoa que atende à capacidade para prosseguir fins, sem ponderar os que são particulares, ainda que não se considere o bem-estar das partes. É que, para este, o que permite delimitar os interesses protegidos é o contrabalançar recíproco dos interesses na segurança do lesado e os interesses na liberdade do lesante. E, embora os resultados concretos a que ambos chegam possam não distar sobremaneira (v.g. no caso da defesa da não responsabilidade pela omissão – cf. p. 37), WEINRIB não deixa de criticar o afastamento potencial em relação à *personality*. Salienta o autor que, estribando-se na filosofia de RAWLS, RIPSTEIN tem de reformular os conceitos de racionalidade e razoabilidade, uma vez que eles não são transpostos para o direito privado automaticamente: porque a *tort law* não olha para as acções como manifestações das concepções pessoais do que é bom, mas como execução da finalidade do agente numa dada ocasião, a racionalidade passa a ser olhada como uma projecção da finalidade do agente no mundo exterior; porque a *tort law* não está comprometida com a medida pessoal da justiça, mas com o facto de a acção do sujeito ser ou não compatível com a justiça, a razoabilidade transforma-se no imperativo de não infringir os direitos dos outros. Donde conclui que a ideia de razoabilidade convoca uma noção de autonomia e esta é a que vai implicada na ideia de personalidade (cf. p. 39 e 41). Ou seja, WEINRIB sugere que, independentemente da rejeição que RIPSTEIN faz da personalidade, ela pode ser importante para os seus objectivos teóricos, uma vez que ela fornece a referência para a consideração do que é a autonomia apropriada ao direito privado a partir da qual se devem balancear os interesses na segurança e na liberdade, e chega mesmo a aventar a possibilidade de ela se encontrar implícita no trabalho do autor que comenta (cf. p. 42).

Note-se que, implícita ou explícita, a concepção de personalidade que aqui vai questionada dista, quer pela abstracção, quer pela não contaminação com as notas positivas da liberdade, daqueloutra por nós intencionada.

Dito de outro modo, talvez mais directo e portanto explícito, o *eu* é livre negativa e positivamente. Nenhum comportamento imposto ou nenhuma restrição heterónoma ao seu querer serão considerados legítimos, excepto se justificados para salvaguarda de outros interesses, valorados superiormente, ou outras esferas jurídicas, fazendo-se jus ao âmbito mais estrito do *neminem laedere*. Percebe-se, pois, que o afloramento danoso, fazendo tocar o sinal de alarme – no sentido em que mostra que o *eu* se não restringe ao seu domínio para afectar a esfera de liberdade do *tu* –, se compreenda extrapondo-se, pelo que, a par das circunstâncias que o matizam como ilícito e culposos, ele só terá relevo para a relação controvertida se o lesado vier provar a ligação dele com aquele prévio comportamento do agente. Ligação que, sublinhe-se, só é pensável, neste quadro, como algo exterior, como um verdadeiro nexos, dado que o dano é algo extrínseco, saído é certo da influência activa ou omissiva da esfera do agente, mas em termos meramente repercussivos, não apresentando qualquer imanência com o ser.

E, se essa pertença ao ser é desvelável no seio do pensamento protagonizado por quem constrói em termos explicativos a responsabilidade civil a partir do modelo dos *outcome responsibility*, é ainda – e passe a antinomia – uma imanência exógena, porquanto ela se justifique pela necessidade de recomposição do percurso autobiográfico do *eu* que ficaria incompleto se algum dos resultados que o mesmo produziu dele fossem extirpados. Ou seja, nada à partida coloca o resultado de que se cura num círculo por que o sujeito responde. Aquele liga-se a ele porque lhe pertence, independentemente do valor ou desvalor com que apareça revestido em concreto. E a construção do jurídico em nada se distancia, desta feita, do modo como olhamos para os diversos aspectos da nossa vida. Pelo que, não só a transposição para o plano do dever ser implica a convocação de um *plus* de fundamentação, como somos instados a lançar mão de um critério causal que cumpra o desiderato limitador da responsabilidade em face da amplitude inicial de que partimos.

Só que, sendo embora estas – na versão continental e da *common law* – as visões tradicionais, e ainda maioritárias, do problema, nem por isso temos de ser condenados à impossibilidade de perscrutar um outro modo de intelecção da questão. Vimos, aliás, que a pretensa condenação envolveria, igualmente, que abdicássemos de ser consentâneos com o modo como olhamos para a juridicidade como um todo e perspectivamos a concreta realização do direito perante os casos da vida.

Partindo da pessoalidade, sabemos que o sujeito deixa de estar autistamente encerrado sobre si mesmo para se abrir ao outro e assume, nesse estatuto inelutável – porque inseparável da sua dignidade ética –, determinados deveres para com ele. A produção de um dano passa a ser, *ab initio*, vista como desvaliosa.

Não é, contudo, qualquer dano que desencadeia a reacção jurídica. A imprestabilidade, ao nível normativo, de uma noção hiperbólica de responsabilidade faz-nos perceber que a culpa há-de assumir-se como projecção dogmática imediata do fundamento de que se parte. Ultrapassa, portanto, o papel de mero expediente de limitação da obrigação ressarcitória, não obstante cumprir, em termos intra-sistemáticos, tal finalidade. E se, primitivamente, a culpa foi pensada como filão de salvaguarda da liberdade negativa, não se invoque, hodiernamente, em abono de tal posição, quer o argumento histórico, quer a sindicância da mesma em abstracto. Pois que, se não está, ao nível do direito civil, em causa a censura *tout court* do agente, não deixa de se consubstanciar ela num juízo de censura ético-jurídica pela constatação do desvio da conduta relativamente aos padrões de cuidado que seriam exigíveis a um homem médio.

Ao ser pessoa, o homem assume diante do outro, pelo qual se reconhece, determinados deveres de respeito e de cuidado. Desmoralizado o conteúdo da sua conduta, ela não deve, porém, apartar-se das exigências éticas que a informam, sob pena de ter de ser considerada desvaliosa do ponto de vista jurídico. E, assim sendo, o desvio comportamental relativamente a esse padrão razoável permite chancelá-la de culposa.

A concretização que ela conhece no âmbito da interacção social há-de ser, contudo, matizada pelas ideias de razoabilidade e exigibilidade, a pressupor a previsibilidade de um determinado resultado em que o agir humano se refracte¹²²⁰.

Não basta, contudo, a culpa.

A interdependência dos interesses, a implicar a constante e instantânea interferência da actuação de cada um na esfera alheia, e a noção clara da complexidade telúrica, a fazer apelo a um mínimo de razoabilidade, tornaram evidente a necessidade de balizar a relevância jurídica dos comportamentos, mesmo que intencionais.

A busca dos fundamentos da responsabilidade, qualquer que seja o pendor do critério guia abraçado, não denota outra preocupação senão essa. Preocupação que é também nossa e que motiva uma suspensão no percurso dialógico encetado, sem a qual não estaremos aptos a perceber o exacto alcance das propostas que se seguem.

¹²²⁰ Sobre a culpa ao nível do direito civil, cf. o que se disse *supra*.

Quer isto dizer que, antes de iniciarmos o próximo ponto expositivo, onde trataremos a causalidade – arvorada em tema central da nossa dissertação – na sua comunicação íntima com a ilicitude¹²²¹, teremos de perceber em que é que a última se traduz e como chegamos à sua tematização¹²²².

Para tanto, importa relembrar o nosso ponto de partida: a pessoa. E dualizar o diálogo em duas vertentes: num plano, ainda, *do direito*, a fazer a ponte entre o fundamento maior e a *ratio* da circunscrição da relevância jurídica a certos comportamentos, para aí percebermos que o alicerce de que partimos não deixa incólume o modo como perspectivamos essa mutação de grau; num plano *de direito já constituído* para constatar como é que os vários ordenamentos jurídicos se organizaram no sentido de operar aquela limitação.

O que assim fica esquematicamente enunciado motivaria considerações vastíssimas. E como bem se perceberá não é esse o nosso propósito, já porque com isso ultrapassaríamos o nódulo problemático em que mergulhámos, já porque a chamada à colação da ilicitude, sobre a qual derramaremos um enfoque personalista, tem um escopo meramente instrumental, porquanto viabilize a sedimentação de quadros de intelecção do fenómeno ressarcitório que não deixam intocável a questão da causalidade¹²²³.

Não será difícil intuir que a pressuposição da trans-sistematicidade por nós operada não pode resvalar no excesso endémico de responsabilidade, pois que, com ele, era o próprio crivo da justiça a ser posto em causa. Mas não recuamos, aqui, ao ponto de onde partimos, numa circularidade que fizesse lembrar o eterno retorno. O que significa que será dentro da inspiração recebida pela pessoa, na sua conformação dialéctica entre a liberdade com assento axiológico e a responsabilidade, que quedaremos procurar o

¹²²¹ Cf., *inter alia*, LAURENZ VOSS, *Die Verkehrspflichten. Eine dogmatische-historische Legitimierung*, Duncker & Humblot, Berlin, 2007, p. 20 e ss., apresentando uma análise história do conceito de ilicitude consagrado pelo § 823 BGB, para o que recorre a uma aprofundada análise dos trabalhos preparatórios do diploma citado.

¹²²² Anunciamos, deste modo, o nosso destino mais imediato. Ao mesmo tempo que alertamos para o carácter não inovador desse anúncio, porquanto o mesmo estava implícito na concatenação temática por nós estabelecida.

Na verdade, quando analisámos criticamente a doutrina dos *outcomes responsibility*, tivemos oportunidade de salientar que não nos contentávamos com um fundamento da responsabilidade civil que nenhum conteúdo positivo comunicasse ao agir humano. Pelo que, obviamente, a anti-juridicidade em que se traduz, afinal, a ilicitude há-de mostrar-se consonante com essa ideia maior. E deixámos no ar que, a ser assim, se viabilizava uma inversão dos termos com base nos quais a causalidade vai sendo pensada.

¹²²³ Cf. KAUFMANN, *Filosofia do Direito*, ... cit., p. 304, onde o autor expressamente alerta para o facto de a teoria personalista da validade jurídica não deixar incólumes, ao nível dos problemas jurídicos específicos, a solução patenteada, exemplificando argumentativamente, para o efeito, com a “qualificação de um comportamento como ilícito ou culposo”.

filão de circunscrição dos comportamentos relevantes para efeitos indemnizatórios. Ou dito de outro modo, não está aqui, de novo, em causa a fundamentação da própria juridicidade, a debater-se com o problema de saber qual a legitimidade para a imposição da responsabilidade, mas outrossim a questão de, porque ela entronca no princípio do direito como direito, colher na sua amplitude – e num esforço analítico normativo evidente – os critérios de projecção num determinado instituto jurídico vigente ao nível do direito constituído¹²²⁴.

Assim sendo, e porque nos situamos no plano do justo, a convocar não só a realidade – sem a qual o direito não existe – com a sua tecitura específica, como também a implicar a *epoché* do altruísmo máximo, por mais que ele possa ser importante noutros domínios da acção^{1225 1226 1227}, urge empreender o esforço de delimitação dos comportamentos susceptíveis de desencadear a reacção do ordenamento¹²²⁸.

¹²²⁴ Note-se, ainda, que não procuramos determinar em que medida o legislador pode impor uma obrigação ressarcitória. Não só a nossa perspectiva não se colima num entendimento identitário entre o direito e a lei como também essa problemática se situa a montante, na indagação dos fundamentos da normatividade e da responsabilidade.

¹²²⁵ O *eu* que se reconhece como sujeito de uma ineliminável dignidade ética no encontro com o *tu* não pode deixar de ser reconhecido como igual por ele, sob pena de não se cumprir este reconhecimento próprio da projecção de identidades comunicantes num jogo de espelhos. Ou seja, o sujeito sabe-se portador de uma ineliminável dignidade ética porque se reconhece no outro, mas para isso importa que esse outro também se reconheça dialecticamente com o mesmo valor. E se bem que o ponto de vista do outro não seja bastante, ele é imprescindível, pelo que o direito que se queira justo só o é na salvaguarda de iguais posições e não no apagamento salvífico de cada um em nome da solidariedade norteadora dos comportamentos.

¹²²⁶ Os critérios da razoabilidade, da exigibilidade podem, pois, ser interpretados a esta luz.

¹²²⁷ O problema poderia ser colocado a um outro nível e com uma outra intencionalidade. E aí, verdadeiramente, transpareceria o sentido último dos limites da juridicidade, a convocar as condições de emergência do direito: condição mundano-social, condição humano-existencial e condição ética. Cf., entre outras referências do autor, CASTANHEIRA NEVES, “O direito interrogado pelo tempo presente ...”, ... cit., p. 61: “é (...) com fundamento na terceira condição que certas relações de carácter social e de implicação comunitária, mas em que não se manifesta activa (...) ou passiva (...) o reconhecimento impositivo da pessoa, se excluem do direito”, exemplificando com “as relações de amor e amizade e quaisquer outras análogas em que não tenha sentido a atribuição e a sua reivindicação a imputação e a sua responsabilidade, etc – recorde-se a parábola do filho pródigo, a afirmar o amor para além da justiça e de que, por isso, excluía (...) as relações entre pais e filhos, entre os cônjuges, refira-se as relações no seio das comunidades dos primeiros cristãos segundo os Actos dos Apóstolos, em que não havia meu nem teu, e igualmente todas as filadélfias, todas as comunidades de amor, inclusive as associações informais de amigos”.

¹²²⁸ AROSO LINHARES fala, a este propósito e no quadro mais amplo da relevância metodológica dos princípios normativos no seio do ordenamento jurídico, de um princípio da formalização, que, “situado no pólo do *commune*”(...), exige que a institucionalização da responsabilidade comunitária (já constitutivamente limitada *quoad substantiam*) seja também limitada (-determinada) *quoad modum*: “exigir uma institucionalização *formal* da responsabilidade jurídica — uma institucionalização que constitua e controle racionalmente um esquema de demarcação *objectivamente* determinável (capaz de nos permitir reconhecer onde começam e acabam os deveres que a comunidade nos impõe) — significa desde logo assumir a mediação irreduzível da *intersubjectividade* (mundano-social) e com esta (e com a *relativização* dos sujeitos que esta justifica) também um sentido específico de *comunidade*. Um sentido que só a *intentio* de uma responsabilidade *finita* e *delimitada* (levada a sério como uma das condições da

Dois limites se afiguram, imediatamente, imperiosos.

Por um lado, todos aqueles que resultam do que MAIHOFFER cunhou de *situações sociais de coexistência antagónica* ou de *estrutura antinómica*¹²²⁹ e que, entre nós, CASTANHEIRA NEVES¹²³⁰ adoptou e explicitou, afirmando serem “situações socialmente inevitáveis que só podem ser resolvidas à custa ou pelo sacrifício de um dos participantes da situação”, mas ressalvando a necessária justificação delas, “pela possibilidade de reversibilidade de posições, e pela compensação que o sacrificado obtenha indirectamente da mediação comunitária pela potenciação nessa base de um enriquecimento comunitário, de um enriquecimento ou pelo menos uma não diminuição do bem comum, na expressão clássica”¹²³¹.

Por outro lado, não se pode ir ao ponto de exigir que o sujeito, no seu agir livre, deixe de pensar na concretização do seu próprio plano de vida. O que se exige, isso sim, é que, ao fazê-lo, não olvide o outro, pelo que a oposição ao interesse alheio ou a sua directa afronta só será legítima quando inevitável¹²³².

Com o que se passa – ainda no plano do *quid iuris* – à percepção da *ratio* da não indemnizabilidade de princípio dos chamados danos puramente patrimoniais ao nível delitual civil¹²³³. Pois que, não estando em causa a menor valia dos bens afectados se comparados à riqueza assente na propriedade, sempre se dirá que, em regra, a consecução de interesses patrimoniais, numa lógica de mercado, envolverá o afastamento dos concorrentes e oponentes¹²³⁴.

afirmação jurídica da pessoa) estará afinal em condições de institucionalizar” – cf. AROSO LINHARES, *Introdução ao Direito, Sumários Desenvolvidos* (policopiado), 2009/2010

¹²²⁹ *Apud* CASTANHEIRA NEVES, “Pessoa, direito e responsabilidade”, ... cit., p. 42.

¹²³⁰ Cf. *op. cit.*, *loc. cit.*

¹²³¹ *Idem.*

¹²³² E com isto afasta-se não só a legitimidade do que tradicionalmente era conhecido por um acto emulativo, como também de todas as acções que, a coberto da prossecução do interesse próprio, não se conformam, numa lógica de precaução, com o respeito devido ao nosso semelhante.

¹²³³ Danos puramente patrimoniais caracterizam-se pela prejudicialidade não acompanhada da violação de direitos absolutos ou de interesses legalmente protegidos. Para maiores desenvolvimentos sobre a figura, cf. MAFALDA MIRANDA BARBOSA, *Liberdade versus responsabilidade...* cit., e demais bibliografia aí citada sobre o tema. *Vide*, entre nós, para um elenco de hipóteses aptas a assimilar a relevância da categoria, SINDE MONTEIRO, “Hipóteses Típicas de Responsabilidade Civil”, *Revista da Universidade Moderna*, 1998, p. 1 e ss.

¹²³⁴ Na verdade, embora consideremos que o ordenamento jurídico se escalona segundo uma hierarquia valorativa, encimada pelo valor da vida humana, a que se seguem todos os direitos de personalidade, a mesma lógica não colhe por referência à comparação entre os direitos reais e os direitos de crédito, num tempo histórico em que a riqueza mobiliária domina a sociedade.

Acresce que, ainda que assim não fosse, sempre ficaria por explicar por que razão a protecção dos primeiros pela via delitual inviabilizaria idêntica tutela dos segundos.

BUSSANI, PALMER e PARISI, *The comparative law and economics of pure economic loss*, in www.gmu.edu/departments/law/faculty/papers/docs/01-27.pdf. (cf., ainda, “The frontiers of tort liability: pure economic loss in Europe”, *Liability for pure economic loss: Frontiers of tort law*, 2001), p. 20-21.

Entroncam aqui outros princípios normativos que, conformando o conteúdo da consciência jurídica geral, oferecem um figurino próprio à estrutura social e económica a que o direito, porque não se queda num modo de ser nefelibata, não pode ser alheio. É, pois, a economia de mercado e a ideia de livre concorrência a marcarem o seu terreno, com o que encontramos o segundo dos limites anunciados.

Exigibilidade, encarada em sentido amplo, aliada à tecitura normativa da realidade¹²³⁵ determinam, pois, uma restrição da responsabilidade que, polarizada na

Referem os autores que um dos argumentos avançados para rejeitar a indemnizabilidade dos danos puramente patrimoniais é a ideia de que meros interesses económicos não podem nem devem ser tratados do mesmo modo que são a integridade física e a propriedade – “People are more important than things, and things are more important than money”. Esclarecem, contudo, que este argumento se baseia numa premissa oculta. Ou seja, segundo os autores, estes valores necessitam de ser escalonados na medida em que não seja possível dispensar a todos o mesmo grau de protecção. Só que, acrescentam, não há nada que nos diga que a protecção de interesses meramente económicos acarretaria uma tutela menos eficaz para os restantes interesses.

Veja-se, também, CARNEIRO DA FRADA, *Contrato...cit.*, p. 176-177, nota 366; PICKER, “Die Forderungsverletzung...”...cit., p. 369 e ss. e “Vertragliche und deliktische Schadenshaftung/Überlegungen zu einer Neustrukturierung der Haftungssysteme”, *Juristenzeitung*, 1987, p. 1041-1058; CANARIS, “Schutzgesetze-Verkehrspflichten-Schutzpflichten”, *Festschrift für Karl Larenz zum 80. Geburtstag am 23. April 1983*, München, Beck, 1983, p. 27 e ss. („Norme di protezione, obblighi del traffico, doveri di protezione”, *Rivista Critica del Diritto Privato*, Anno, I, nº3, 1983, p. 574 e ss.); SINDE MONTEIRO, *Responsabilidade por conselhos...cit.*, p. 197 e 504; CASTRONOVO, “Danno, danno ingiusto, danno meramente patrimoniale”, *Le frontiere nobili della responsabilità civile*, *Rivista Critica di Diritto Privato*, 1989, p. 539-624. Cf., ainda, GALGANO, “Le mobili frontiere del danno ingiusto”, *Contrato e impresa*, 1985, p. 1 a 27.

Em sentido contrário, defendendo que os interesses patrimoniais se situam no final da escala de valores a ser protegidos, cf. HELMUT KOZIOL, “Compensation for pure economic loss from a continental lawyer’s perspective”, WILLEM VAN BOOM, HELMUT KOZIOL e CHRISTIAN WITTING (eds.), *Pure economic loss*, Tort and Insurance Law, vol. 9, European Centre of Tort and Insurance Law, Springer, Wien, New York, 2003, p. 144.

Vide, também, ADOLFO DI MAJO, “Il problema del danno al patrimonio”, *Rivista critica diritto privato*, 1984, p. 323 e ss.

Cf., ainda, a este propósito BANAKAS, *Civil liability for pure economic loss*, Kluwer, 1996 e *Tortious liability for pure economic loss... cit.*; WILLIAM BISHOP, « Economic loss in tort », *Oxford Journal of Legal Studies*, 2, 1982, p. 1-29; PETER CANE, *Tort law and economic interests*, 2nd edition, Clarendon Paperbacks, Oxford, 1996; JAN VAN DUNNÉ, “Liability for pure economic loss: rule or exception? A comparatist’s view of the civil law-common law on compensation of non physical damage in tort law”, *European Review of Private Law*, 4, 1999, p. 397 e ss.; ID., « Responsabilità per danno meramente patrimoniale : regola o eccezione ? », *Danno e responsabilità*, nº2, 2000, p. 121 a 139; SOFIA SEQUEIRA GALVÃO, *Da responsabilidade civil do banco por informações*, Lisboa, 1994 (policopiado); MARKESINIS, « La Politique Jurisprudentielle et la Réparation du Préjudice Économique en Angleterre : une approche comparative », *Revue Internationale de Droit Comparé*, 35^{ème} année, nº1, Janvier-Mars 1983, p. 31 a 50 ; PONZANELLI, “Il resarcimento del danno meramente patrimoniale”, *Danno e responsabilità*, 1998, p. 729 e ss.; URS SCHWEIZER, *Spieltheorie und Schuldrecht - Der Ersatz reiner Vermögensschäden*, Schönningh Verlag, 2005 (numa perspectiva diferente das habituais abordagens do fenómeno, a fazer apelo a uma racionalidade que não acolhemos no seio da juridicidade); SPIER (ed.), *The limites of liability – keeping the floodgates shut*, ...cit.; ID., (ed.) *The limites of expanding liability – Eight fundamental cases in a comparative perspective*, Kluwer law international, Netherlands, 1998; DIETER STRAUCH, “A respeito da responsabilidade por conselhos, informações e pareceres com base no BGB”, *Revista de Direito e Economia*, ano XV, 1989, p. 5 a 29; TORTORANO, Franco – *Il danno meramente patrimoniale...*

¹²³⁵ Há um jogo dialéctico de condicionamento mútuo entre a realidade e a normatividade. Por um lado, o plano dos princípios normativos derrama, necessariamente, a sua influência sobre a realidade, conformando-a. Por outro lado, a consciência jurídica geral, neste nível mais superficial, recebe dessa realidade os dados que normativiza.

personalidade e arvorada em princípio que entronca na própria ideia do direito como direito, se agigantava num primeiro momento.

Decorre daqui uma inversão clara dos dados problemáticos. Não temos de perscrutar uma justificação para cada uma das modalidades particulares de responsabilidade civil no campo dogmático, mas, pelo contrário, perceber por que razão somos confrontados com limitações à obrigação ressarcitória. Uma inversão que era já notória em PICKER, mas com duas diferenças de não pequena monta. Por um lado, a mobilização metodologicamente positiva do fundamento de que se parte, ao invés do que se constata no pensamento do autor. Por outro turno, a cisão entre o mundo delitual e o mundo contratual, ali desconhecida, por se reconhecer que, pese embora o fundamento último de toda a juridicidade, os diversos institutos jurídicos conhecem intencionalidades normativas imediatas diversas¹²³⁶.

Mas decorre também do explicitado que o menor âmbito do jurídico quando cotejado com a riqueza da caridade entre humanos se há-de projectar dogmaticamente numa dada forma de imputação objectiva. Surge, portanto, a ilicitude como expediente limitador da responsabilidade.

E com isto impõem-se, novamente, esclarecimentos intercalares.

Assumida desde sempre como portadora de um desiderato limitador da responsabilidade, não podemos deixar de salientar a distância que nos separa desse mundo individualista com base no qual ela foi, inicialmente, pensada. Pois que, enquanto nesse tempo histórico a própria responsabilidade era vista como uma limitação

A este propósito, cf. CASTANHEIRA NEVES, *O “jurisprudencialismo” – proposta de uma reconstituição crítica do sentido do direito* (inédito), cit., p. 36: CASTANHEIRA NEVES tem o cuidado de diferenciar o compromisso puramente ético da intencionalidade do problema prático. São suas as palavras: “a ética no seu absoluto, a impor a atenção, mesmo a responsabilidade, pelo outro como outro na sua absoluta e incomparável singularidade, implica por último o amor e acaba por remeter, no limite, ao horizonte e à vivência da santidade, naquele sempre escândalo da justiça perante o amor, como nas parábolas do Filho Pródigo e dos Trabalhadores da Vinha, na sua abstracção afinal do mundo prático. Daí que, ou no plano puramente ético, não estejamos só para além do ser, estamos também para além da justiça – quero dizer, para além do problema prático especificamente. A caridade (...) supera a justiça, porque amar é dar, oferecer ao outro do que é meu, embora se deva também reconhecer que nunca existe sem a justiça, que induz a dar ao outro o que é dele, o que lhe pertence em razão do seu ser e do seu agir (Bento XVI)”. Ou seja, não podemos encontrar a solução do problema prático directamente no compromisso ético, porque as intencionalidades são diversas. Enquanto “o amor deve ser entendido no seu absoluto ético ao outro, a justiça implica a relatividade comunitária com o outro; o amor traduz-se no acolhimento absoluto e incondicional do outro em si mesmo, na sua infinita e incomparável singularidade pessoal, a justiça implica a mediação da tercialidade e exige a comparação segundo um padrão comum num espaço de partilha”, por isso, “o amor está para além da justiça e remete em último termo ao campo da santidade”, enquanto a justiça se refere ao campo da prática. Na verdade, o modelo de perfeição que aspira ao absoluto dos novíssimos, o apelo à santidade e à beatitude não podem excluir as condições humano-históricas das seculares e reais sociedades humanas, em que existe o poder, o capital, o sistema de mercado”.

¹²³⁶ Nega-se, efectivamente, uma relação de especialidade entre a responsabilidade delitual e contratual.

à liberdade, hodiernamente ela consubstancia-se numa actualização da mesma pelo que, em determinadas situações, pode a ideia do direito como direito impor ao agente a obrigação de reparar o dano perpetrado ainda que fora do âmbito de relevância das modalidades legalmente previstas em primeira linha¹²³⁷. Com o que intuímos outra diferença essencial entre os dois modos de perspectivar a ilicitude, porquanto se originariamente ela se estribava no direito ou interesse violado, actualmente a sua intencionalidade – compreendida como projecção axiológica da personalidade e, simultaneamente, como expediente de limitação da responsabilidade, actuando, portanto, como filtro objectivo de selecção das hipóteses susceptíveis de obter provimento em sede ressarcitória – conduz-nos paulatinamente a um enfoque que a perspectiva sob o prisma do dever.

Pelo que é outro problema que tem, então, de ser equacionado, abrindo-se a porta à querela que tem dividido os arautos da ilicitude da conduta aos arautos da ilicitude do resultado.

Só que o mesmo não pode ser logradamente solucionado se não acedermos a outro patamar argumentativo. Já não nos quedamos, pois, no domínio dos princípios mas da projecção dogmática que eles recebem e que, já o sabemos, não se une àquele por uma matriz dedutiva. E para tanto urge perceber outro dado. Na verdade, nem todos os ordenamentos jurídicos se conformam com uma noção autónoma de ilicitude. Ao modelo que erige uma cláusula – ou várias – de selecção prévia e objectiva dos comportamentos susceptíveis de desencadear a dita pretensão indemnizatória procedente opõem-se todos aqueles que edificam o seu arquétipo delitual sob a égide da *faute*^{1238 1239}.

¹²³⁷ Abre-se, assim, a porta à mobilização activa do abuso do direito como modalidade de ilicitude delitual.

¹²³⁸ Veja-se, quanto ao ponto, *inter alia*, JAN SMITS, *The making of european private law. Towards a Ius Commune Europaeum as a Mixed Legal System*, Intersentia, Antuérpia/Oxford/Nova Iorque, 2002, cap. 7 (tort law), § 1.

¹²³⁹ Quanto ao ponto, criticando a existência de um requisito autónomo de ilicitude, cf. FERNANDO PANTALEÓN, “Principles of European Tort Law. Basis of liability and defences. A critical view from outside”, *Indret*, 3/2005, www.indret.com, p. 5. Considera que a formulação do pressuposto autónomo da ilicitude não só é prescindível como se afigura contraproducente. Na verdade, segundo o autor, centrando-se na *Erfolgusunrechtlehre*, será necessário considerar a existência de um absurdo dever absoluto de não causar danos a outem, ou haverá que prever, a seu ver erroneamente, que uma das condições de procedência de uma pretensão indemnizatória passa pela violação de direitos com eficácia *erga omnes*; e encontrando-se na *Verhaltensunrechtlehre*, o requisito torna-se estranho à responsabilidade objectiva e nada acrescenta, no campo da responsabilidade por culpa, à intenção ou à violação do dever de cuidado. Não concordamos com a posição do autor. Não pretendemos, por ora, tomar posição na querela que divide os defensores de uma perspectiva aos arautos da outra, mas sempre se dirá que, se a *Verhaltensunrechtlehre*, num entendimento linear, pode conduzir à miscigenação da culpa e ilicitude, e a uma aproximação à *faute*, a consideração do resultado ilícito não só se ancora, quando adequadamente

27. Ilicitude da conduta e ilicitude do resultado

Ao nível do direito civil, o resultado é fundamental, tanto quanto a responsabilidade delitual se oriente, primacialmente, para a indemnização do dano. Isto, que resulta do recorte comutativo do instituto, determina a centralidade do requisito causal.

Simplesmente, também sabemos neste ponto do nosso percurso dialógico que o entendimento da pessoa de que partimos, de acordo com a visão metodológica a que fundamentadamente aderimos, não deixa incólumes as soluções que vinham sendo pensadas ao nível extracontratual. Na verdade, àquela finalidade primária há-de associar-se outra que, no apelo à teleonomologia do instituto, refracta ao nível do concreto desenho criteriológico a intencionalidade que o sentido mais denso da responsabilidade humana comunica.

Por isso, apartamo-nos quer de um entendimento negativo de liberdade humana que, polarizada na individualidade, é herdeira de um pensamento em vias de superação, quer de uma perspectiva dos *outcomes* de responsabilidade que os olha exclusivamente sob o prisma onto-antropológico e os valora segundo um dado percurso autobiográfico.

A dupla negativa, que aqui rememoramos, permite-nos não ter de lançar mão de uma ideia de justiça distributiva, ainda que idiossincraticamente concebida, como distribuição de riscos, para complementar aquela outra comutativa, bem como de não ter de chamar à colação *policy considerations*, que, se podem ter um determinado conteúdo ético, podem também extrapolá-lo, conduzindo-nos a considerações de oportunidade social¹²⁴⁰.

compreendido, num dever – não absurdo – de não causar danos aos outros, como se vem a materializar na projecção da lesão de direitos com eficácia absoluta.

¹²⁴⁰ Em síntese, podemos chamar novamente à colação o pensamento de alguns autores. NILS JANSEN – *Die Struktur des Haftungrechts...* cit., p. 567 e ss. – concebe a operacionalidade da justiça distributiva no interior do círculo definido pela justiça comutativa, defendendo ser aquela que viabiliza que um dano seja imputado a um sujeito. Questiona-se, porém, como se estabelece, então, a relação «eu-tu», se o problema imputacional não está resolvido? Importa, além disso, saber em que medida ficamos ou não salvaguardados da abertura a posições consequencialistas, ainda que não efficientistas. Já para HONORÉ (HONORÉ, “The morality of tort law”, ... cit., p. 81 e ss.), a comutação ocorre por via do resultado que é, segundo uma ideia auto-biográfica, imputado a um sujeito (aquele que lhe dá causa, entendendo-se a causalidade segundo a perspectiva do senso comum). A justiça distributiva operaria a montante, justificando por que razão o resultado é juridicamente relevante. Por seu turno, PERRY (“Honoré on responsibility for outcomes...”, ... cit., p. 60 e ss.) entende que o *outcome responsibility* criaria um círculo de potenciais responsáveis, ou melhor, de pessoas que putativamente teriam de suportar o dano, entre as quais se poderia também incluir a vítima. Dentro dele, intervêm critérios de justiça distributiva que visam seleccionar aquele que está em melhores condições de suportar o dano. Para o autor, a

É claro que nenhuma destas ideias diz directamente respeito à causalidade. Mas não menos é verdade que consoante o desenho concreto que o resultado assume, assim será diverso o caminho que urge percorrer em termos de problematização causal.

Em consonância com as conclusões pretéritas, aquele não pode ser entendido do ponto de vista exterior, mas na imanência da conduta humana. Isto é, e dito de um modo mais perceptível, o resultado que tanto nos importa só pode ser valorado na íntima relação com o comportamento do sujeito, pelo que a responsabilidade não se predica num puro desvalor de resultado, mas é informada, outrotanto, por um desvalor de conduta. Percebe-se que assim seja na medida em que a pessoa, enquanto ser positivamente livre e responsável, no encontro com o seu semelhante, titula uma série de deveres de respeito. Ou num plano dialógico diferente, à ontológica consideração do modo de actuação humana alia-se a necessária pressuposição axiológica que permite chancelar de valiosa ou desvaliosa a conduta.

Estas considerações, porém, dizem-nos pouco em relação ao modo como devemos conceber a ilicitude. Mesmo que rejeitemos ser suficiente a censura ético-jurídica comunicada pela culpa, para sustentarmos que todos os pressupostos de uma pretensão indemnizatória procedente devem ser informados pelas notas predicativas da personalidade livre/responsável, a verdade é que estamos longe de um pensamento lógico-dedutivo, pelo que os contornos do requisito hão-de ser o resultado, não só das exigências de sentido a que nos referimos, mas das valorações dogmáticas e legais.

É, por isso, que se torna fulcral olhar para um outro binómio que tem separado os cultores deste nicho doutrinal. Falamos da cisão que separa os defensores da ilicitude da conduta dos sequazes da ilicitude do resultado¹²⁴¹.

identificação do responsável dar-se-ia por intermédio da culpa. Pergunta-se, porém, como se define o círculo de potenciais responsáveis se não se fizer actuar, aí, o critério da culpa. Para WEINRIB (“Correlativity, personality...”, ... cit., p. 28), esta é anterior à distribuição: a formação do *distributive pool of faculty agents* pressupõe que aqueles que nela se inserem estão sujeitos ao dever de suportar o dano, pelo que o que cria a obrigação é a culpa e não o *distributive pool*.

Quanto a nós, sustentamos que a justiça comutativa traça o equilíbrio entre lesante e lesado e respectivos patrimónios. Ora, esta relação é estabelecida em termos imputacionais, só sendo pensável em função da personalidade livre e responsável. Por isso, a solução que buscamos em sede de causalidade vai ser co-determinada por esta pressuposição de sentido.

¹²⁴¹ Sobre o ponto, cf. DIETER MEDICUS, *Bürgerliches Recht...* cit., p. 366; MÜNZBERG, *Verhalten und Erfolg als Grundlagen der Rechtswidrigkeit und Haftung*, Klostermann, Frankfurt am Main, 1966, p. 109 e ss., 201 e ss.; LARENZ/CANARIS, *Lehrbuch...* cit., II/2, p. 364 e ss.; SINDE MONTEIRO, *Responsabilidade por conselhos...* cit., p. 300 e ss.; RIBEIRO DE FARIA, “Algumas notas sobre o finalismo no direito civil”, ... cit., p. 74 e ss.; ADELAIDE MENEZES LEITÃO, *Normas de protecção e danos puramente patrimoniais*, ... cit., p. 648 e ss.; THEODOR KEIDEL, “Rezension: Münzberg, Wolfgang, Verhalten und Erfolg als Grundlagen der Rechtswidrigkeit und Haftung”, *Juristenzeitung*, 21, Heft 19, 1966, p. 656 e ss.; HENRIQUE SOUSA ANTUNES, “Apontamento sobre a responsabilidade civil do fabricante de tabaco”, *Direito e Justiça*, vol. XVII, 2003, p. 174 e ss., nota 11 (procurando, entre outros aspectos, analisar a

Um primeiro esclarecimento é imposto a este ensejo, pois que embora próximas na terminologia, as categorizações a que aludimos não se confundem nem se determinam apofanticamente: mesmo afastando do nosso espectro dialógico o requisito da culpa, podemos sustentar uma simbiótica combinação entre o desvalor de conduta e de resultado e advogar uma concepção de ilicitude estribada no resultado¹²⁴².

A doutrina da ilicitude do resultado (*Lehre von Erfolgsunrecht/Erfolgsunrechtlehre*) contenta-se com a violação do direito ou bem jurídico para a

questão do impacto prático que a diferença acarreta e dialogando, a esse ensejo, com o problema das presunções de prova); NILS JANSEN, „Das Problem der Rechtswidrigkeit bei § 823 Abs. 1 BGB“, *Archiv für die civilistische Praxis*, 202, 2002, p. 517 e ss.; LARENZ, „Rechtswidrigkeit und Handlungsbegriff im Zivilrecht“, *Festschrift für Dölle*, Band I, Mohr, Paul Siebeck, Tübingen, 1963, p. 169 e ss.; VON CAEMMERER, „Bereicherung und unerlaubte Handlung“, *Festschrift für Rabel*, Band I, 1954, p. 333 (também publicado em *Gesammelte Schriften*, Band I, *Rechtsvergleichung und Schuldrecht*, Mohr Siebeck, Freiburg, 1962, p. 209 e ss.); ID., „Wandlung des Deliktsrechts“, *Festschrift zum 100jährigen Bestehen des Deutschen Juristentages*, Bd. II, 1960, p. 49 (também publicado em *Gesammelte Schriften*, Band I, *Rechtsvergleichung und Schuldrecht*, Mohr Siebeck, Freiburg, 1962, p. 452 e ss.); ID., „Die absoluten Rechte in § 823 Abs. 1 BGB“, *Karlsruher Forum (Beiheft)*, 1961, p. 24 e ss. (também publicado em *Gesammelte Schriften*, Band I, *Rechtsvergleichung und Schuldrecht*, Mohr Siebeck, Freiburg, 1962, p. 554 e ss.); WEITNAUER, „Gedanken zum Problem der Rechtswidrigkeit und des Verschuldens“, *VersR*, 61, p. 1057 e ss.; ZIPPELIUS, „Die Rechtswidrigkeit von Handlung und Erfolg“, *Archiv für die civilistische Praxis*, 157, p. 390 e ss.; ID., *Die Rechtswidrigkeit von Handlung und Erfolg als Grundlagen der Rechtswidrigkeit und Haftung*, 1966; OLIVEIRA ASCENSÃO, *Acção finalista e nexo causal ... cit*; LUÍS MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações I*, cit., p. 313 e ss.; NUNO MANUEL PINTO OLIVEIRA, “Sobre o conceito de ilicitude do artigo 483ºCC”, *Separata do Livro dos Estudos em Homenagem a Francisco José Veloso*, Braga, 2002, p. 528 e ss.; ENNECCERUS/NIPPERDEY, *Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts*, 15. Aufl., Mohr, Tübingen, 1960, p. 860 e ss.; NIPPERDEY, „Rechtswidrigkeit, Sozialadäquanz, Fahrlässigkeit Schuld im Zivilrecht“, *Neue Juristische Wochenschrift*, 957, p. 1777 e ss.

Dando conta da distinção entre a ilicitude da conduta e do resultado, cf. BANAKAS, *Tortious liability for pure economica loss : a comparative study*, Hellenic Institute of International and Foreign Law, Athens, 1989, p. 59 e ss. (Do autor, veja-se, ainda, “Thoughts on a new european tort law”, *Festschrift für Erwin Deutsch zum 70. Geburtstag*, Heymanns, Köln, 1999, p. 14-15) e DEUTSCH, *Allgemeines Haftungsrecht...* cit., p. 153 e ss., falando da *Verbotsbezogene (handlungsbezogene) Rechtswidrigkeit* – p. 153 – e da *Gefährdungsbezogene (erfolgsbezogene) Rechtswidrigkeit* – p. 154.

Numa perspectiva comparatística, cf., com indicações a este propósito, KOZIOL (ed.), *Unification of tort law: wrongfulness*, Kluwer Law International, Netherlands, 1998. Assim, a ilicitude da conduta é dominante na Áustria, ficando a verificação daquela dependente da violação de um dever de cuidado. Argumenta nesse sentido o autor com base na ideia segundo a qual apenas as condutas humanas são susceptíveis de violar regras, urgindo, por isso, a avaliação do comportamento do lesante. Da mesma forma, os bens jurídicos, mesmo aqueles a que o ordenamento jurídico reconhece uma tutela absoluta, não estão protegidos contra qualquer violação. Neste sentido, o resultado apenas indicaria a ilicitude, não a estabelecendo.

É igualmente dominante na Grécia, África do Sul, Inglaterra, França e Bélgica. Já não será na Suíça, Alemanha e Holanda.

No mesmo estudo, cf., ainda, PIERRE WIDMER, “Function and relevance under Swiss Law”, p. 115 a 127. Considerando duas categorias, a violação de um direito absoluto e a violação de uma norma de conduta, o autor refere que, quando a ilicitude é estabelecida por referência à primeira, é o resultado que se considera ilícito em si mesmo. No segundo caso, apenas o comportamento é susceptível de ser considerado ilícito.

¹²⁴² Cf. LARENZ/CANARIS, *Lehrbuch...* cit., II/2, p. 365, esclarecendo que também para os defensores da *Lehre von Erfolgsunrecht* importa levar a cabo um juízo sobre a conduta, não procedendo contra ela o argumento segundo a qual só um comportamento humano pode ser qualificado como ilícito.

Cf., ainda, no mesmo sentido, ADELAIDE MENEZES LEITÃO, *Normas de protecção ...cit.*, p. 650.

afirmação, ou pelo menos indicição¹²⁴³, da ilicitude; para a teoria da ilicitude da conduta (*Lehre von Verhaltensunrecht/ Verhaltensunrechtlehre*) só seria assim nos casos de actuação dolosa, pressupondo-se, nas restantes situações, a violação de um dever objectivo de cuidado^{1244 1245}.

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

¹²⁴³ A *nuance* deve-se ao facto de se excluir a ilicitude sempre que, em concreto, intervisse uma causa de justificação.

¹²⁴⁴ Cf. LUÍS MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações...*, cit., I, p. 325, considerando, a este propósito, que a distinção entre dolo e negligência releva ao nível do direito civil, porque, se o agente agir com dolo, actua logo ilicitamente, desde que lese algum direito subjectivo ou interesse objecto de uma norma de protecção, ao passo que, se não existir dolo, só haverá ilicitude se o lesante violar um dever objectivo de cuidado, “o que implica reconhecer estar presente na negligência um requisito suplementar de ilicitude e não apenas uma forma de culpa”. O autor adere, por isso, a uma ideia finalista.

¹²⁴⁵ Sobre o ponto, cf., igualmente, GERT BRÜGGEMEIER, *Haftungsrecht...* cit., p. 53 e ss. Pela importância da exposição que aí encontramos, acompanhemos *brevi momenta* os ensinamentos de BRÜGGEMEIER. O autor começa por nos apresentar três tipos de delitos negligentes – *Fahrlässigkeitsdelikt I*, consubstanciado na tradicional violação directa do interesse protegido, não relevando a obrigação de comportamento; *Fahrlässigkeitsdelikt II*, a traduzir-se na violação negligente de deveres de conduta positivos; *Fahrlässigkeitsdelikt III*, a implicar a violação indirecta ou distante (*indirekt oder Fernverletzung*) – para, posteriormente, questionar a posição que ocupa na economia delitual a preterição de um dever de comportamento e chamar à colação a posição de WAGNER. Segundo o último autor citado, a negligência não é considerada uma forma de culpa, mas tratada ao nível do tipo, sendo entendida como uma violação do cuidado devido. Assim, no quadro da culpa, avulta apenas a questão da imputabilidade e de um possível erro sobre a proibição. Ora, apesar de BRÜGGEMEIER admirar a coragem para pôr em causa estruturas cristalizadas, considera que o passo que foi dado não é consistente. Assim, não só a indicição da ilicitude e o erro sobre a proibição não desempenham nenhum papel no quadro do delito negligente, como detecta um problema na combinação entre a negligência e a violação do dever. É que, segundo explicita o autor, a negligência civil traduz-se na violação da diligência no cuidado e não na violação do dever de diligência. Acresce que, apesar do dever de garante das omissões ser diferente do dever de cuidado tematizado a propósito da negligência, gera-se a ideia de que a responsabilidade por negligência é uma espécie de responsabilidade por omissão.

V., igualmente, p. 75 e ss., topando com a distinção entre as violações indirectas e as violações directas. No que às primeiras concerne, considera que, “além da questão da violação do interesse, da negligência e do nexa de causalidade, coloca-se um problema adicional: o do fundamento da imputação normativa do dano remoto”, tendo de ser construído um nexa de responsabilidade entre o lesante e o lesado.

No fundo, o que o testemunho do autor nos mostra é que, a despeito da uma bifurcação que nos conduza ora para o resultado na sua pureza, ora para a conduta, valorando-a exclusivamente à luz da culpa, existe uma terceira alternativa, que nos convida a lidar com a questão imputacional. Esta não se confunde, contra o que se poderia pensar, com a causalidade.

No que às lesões indirectas concerne, o autor esclarece que, para definir um âmbito de protecção, se recorre muitas vezes a noções como a finalidade de protecção e o nexa de responsabilidade. Trata-se, segundo testemunha, de uma via de demarcação de áreas de risco e não de causalidade. Tal protecção é definida em três vertentes: categoria de lesados, categoria de danos e lesões, categoria de riscos; e só é erigida tendo em conta a especificidade dos casos, os interesses envolvidos e os riscos em questão.

morte de um sujeito, sem que verdadeiramente se possa chancelar de ilícita a sua actividade¹²⁴⁶.

Assiste-se, face à constatação, à defesa da posição segundo a qual a ilicitude se colimaria na conduta e não no resultado¹²⁴⁷. A solução, reservada para os delitos negligentes, implicava que “a conduta deveria estar em contradição com uma norma do ordenamento no próprio momento da acção e não somente em atenção ao resultado lesivo posteriormente verificado”¹²⁴⁸.

¹²⁴⁶ Cf. LARENZ/CANARIS, *Lehrbuch...* cit., II/2, p. 364 e ss. (cf., também, p. 368, considerando que o problema fica solucionado logo ao nível do *Tatbestand* de responsabilidade, cuja função é a delimitação de comportamentos que podem servir de base à responsabilidade extracontratual, pelo que a colocação de certos produtos no mercado não pode surgir como violação dos bens jurídicos ou direitos previstos no § 823 BGB. É que, em alguns casos, o comportamento só releva pela violação de uma obrigação de evitar o perigo). Veja-se, ainda, MEDICUS, *Bürgerliches...* cit., p. 366, afirmando que a morte é estatisticamente uma consequência segura da venda e produção de certos bens perigosos.

Sobre o ponto, cf., também, MARK A. GEISTFELD, “Social value as a policy-based limitation of the ordinary duty to exercise reasonable care”, *Wake Forest Law Review*, vol. 44, p. 899 e ss., com referência ao precedente *Hamilton v. Beretta U.S.A. Corporation*. Ensina o autor que o Tribunal de recurso de Nova Iorque considerou que os fabricantes de armas não têm um dever de cuidado na comercialização e distribuição das suas armas relativamente às pessoas lesadas ou mortas pelo uso ilegal daqueles objectos. O Tribunal chega a esta conclusão ponderados diversos factores, incluindo as expectativas razoáveis das partes e da sociedade em geral, a proliferação de demandas, a desproporção do risco e da alocação da reparação, entre outras. Segundo o autor, a extensão do escopo do dever tem de ter em conta a extensão dos benefícios sociais em comparação com os custos. Atenção especial para o alerta do autor. Segundo o seu testemunho, a resolução de um litígio referente à responsabilidade civil pode implicar a consideração de interesses sociais, sem que isso se traduza na adesão a uma racionalidade de tipo economicista ou utilitarista. Cf. p. 906, onde o autor, mais enfaticamente, nos diz que o *tort duty* é matéria de direito privado, mas os tribunais podem basear-se em *public-policy factors* para o limitar, sem que isso coenvolva uma visão utilitarista, até porque “podem ter em conta determinados valores sociais sem se pôr em causa o recorte privatístico do instituto”: “se os custos sociais e os benefícios forem definidos por referência ao valor normativo da autonomia individual, então os tribunais podem considerar os valores sociais quando formulam os direitos individuais e os correlativos deveres. A *right-based* liability deve respeitar a autonomia quer do titular do direito, quer do titular do dever. Deve também respeitar a autonomia de outros indivíduos da comunidade que sejam por ela afectados. O conteúdo do direito e o escopo do dever dependem de um *social-value factor* que assume o tópico distributivo em como a regra da responsabilidade vai afectar os interesses da autonomia para lá dos interesses particulares envolvidos”. Em sentido diverso, considerando que o problema da ilicitude não se chega sequer a colocar por não existir sequer causalidade adequada, *vide*, entre nós, ANTUNES VARELA, *Das obrigações...* cit., I, p. 543-544.

Veja-se, quanto ao ponto, SINDE MONTEIRO, *Responsabilidade...* cit., p. 307, acrescentando que a ilicitude não é directamente deduzida a partir da existência de um nexo de causalidade, mas só da ligação entre este e um comportamento que, pela sua periculosidade para os direitos de outrem, é desaprovado pela ordem jurídica. Não são aqui consideradas, por isso, as situações em que é criado um risco lícito, isto é, inevitável de acordo com os dados técnicos e económicos.

¹²⁴⁷ Cf. ENNECCERUS/NIPPERDEY, *Allgemeiner Teil ...* cit., p. 860 e ss.; MÜNZBERG, *Verhalten und Erfolg...* cit., p. 109 e ss. e 201 e ss.; KÖTZ/WAGNER, *Deliktsrecht, ...* cit., p. 49 e ss.

¹²⁴⁸ Cf. SINDE MONTEIRO, *Responsabilidade por conselhos...* cit., p. 300, acrescentando que “não age ilicitamente quem actua no âmbito da adequação social”.

Veja-se, sobre o ponto, LARENZ/CANARIS, *Lehrbuch...* cit., II/2, p. 365, criticando a ideia segundo a qual a ilicitude deve partir da violação de uma norma especial.

De todo o modo, segundo um dado entendimento, a consideração da conduta ficaria circunscrita às hipóteses de lesões indirectas ou danos indirectos¹²⁴⁹. Distingui-los daqueles outros directos passa a ser, portanto, uma tarefa prioritária do jurista, sem que, contudo, se tenha gerado unanimidade em torno dos critérios da dicotomia, ensaiados por autores como VON CAEMMERER¹²⁵⁰, LARENZ¹²⁵¹, HANS STOLL¹²⁵², entre outros.

Por directa, dever-se-ia entender a violação que cai no âmbito do próprio decurso da acção. No que a esta respeita, deve considerar-se ilícito o acto que atente directamente um bem jurídico dotado de uma protecção *erga omnes*.

Tomando como sustentáculo de argumentação o caso dos produtores de objectos potencialmente perigosos, LARENZ adianta que, sendo a produção de tais bens uma condição no plano natural, não pode ser um nexos causal directo a determinar a ilicitude. Necessário é que se verifique a violação de uma obrigação de comportamento que o autor qualifica dogmaticamente como uma *Gefahrvermeidungspflicht* (obrigação de evitar o perigo)¹²⁵³. Outra seria a situação das lesões directas dos bens jurídicos e direitos contemplados no § 823 I BGB. Se no caso da enfermeira que fornece uma dose mortal de um medicamento ao paciente, não se estando diante de um comportamento

¹²⁴⁹ Cf. LARENZ/CANARIS, *Lehrbuch...* cit., II/2, p. 365; LARENZ, “Rechtswidrigkeit und Handlungsbegriff im Zivilrecht”, ... cit., p. 183 e ss.

Note-se que, segundo o depoimento do autor citado (cf. LARENZ/CANARIS, *Lehrbuch...* cit., II/2, p. 366), os defensores da doutrina da ilicitude da conduta insistem que a ilicitude, mesmo na intervenção directa sobre bens jurídicos, se encontra na violação do dever. É adianta, em tom crítico, que “o que eles não têm suficientemente em conta é que este surge a partir da ameaça de um resultado negativo que possa avultar”.

¹²⁵⁰ VON CAEMMERER, “Wandlung des Deliktsrechts”, ... cit., p. 49, p. 77 e ss., p. 131 e ss.; VON CAEMMERER, “Die absoluten Rechte in § 823 Abs. 1 BGB”, *Karlsruher Forum (Beiheft)*, 1961, p. 24 e ss. (também publicado em *Gesammelte Schriften*, Band I, *Rechtsvergleichung und Schuldrecht*, Mohr Siebeck, Freiburg, 1962, p. 554 e ss.). Entende o autor que haverá inequivocamente ilicitude quando haja violação directa de um dos bens tutelados pelo §823 I BGB, bem como quando se viola dolosamente uma norma de comportamento a que alude o segmento II do mesmo preceito. Em qualquer destes casos, a ilicitude redundará num desvalor de resultado, na chamada ilicitude do resultado, não relevando saber se se empregou ou não o cuidado devido. É claro que no que diz respeito à violação de normas legais de protecção de interesses alheios, o autor introduz um elemento subjectivo, mas autonomiza esta consideração da determinação de um juízo de culpa sobre o agente. Distintos destes são todos aqueles ilícitos que só se discernirão quando se verificar a omissão da medida de cuidado exigível. No fundo, mais não são do que casos em que não há um ataque directo contra bens jurídicos, mas há o colocar em perigo desses mesmos bens.

¹²⁵¹ LARENZ, “Rechtswidrigkeit...”, ... cit., p. 183 e ss.; LARENZ/CANARIS, *Lehrbuch...* cit., II/2, p. 365 e ss.

¹²⁵² HANS STOLL, “Unrechtstypen bei Verletzung Absoluter Rechte”, *Archiv für die civilistische Praxis*, nº162, p. 203 e ss., aqui 229 e ss.

¹²⁵³ LARENZ/CANARIS, *Lehrbuch...* cit., II/2, p. 366.

Cf., a este propósito, SINDE MONTEIRO, *Responsabilidade por conselhos...* cit., p. 306. Fala o autor de acções que conduzem a um resultado lesivo que se verifica fora do quadro do decurso da acção, embora em termos de causalidade adequada e considera que, aqui, se deve dar razão à teoria da ilicitude da conduta. *Vide*, igualmente, nota 465, sustentando que nestas hipóteses se verifica uma aproximação entre os conceitos de negligência objectiva e de ilicitude, mas não uma identificação.

ilícito sem mais e concluindo-se que a descrição do evento não é só um problema descritivo e ontológico, antes desempenhando aqui um papel fulcral a argumentação jurídica, é crucial entender que os protagonistas daquelas condutas directas devem abster-se de produzir o resultado negativo, havendo também aqui a violação de uma obrigação de comportamento – *Erfolgsvermeidungspflicht* (obrigação de evitar o resultado).

Para LARENZ, a distinção entre a *mittelbaren Beeinträchtigungen* e a *unmittelbaren Eingriffen* não é supérflua, tendo consequências dogmáticas ao nível da divisão entre a *Gefahr-und Erfolgsvermeidungspflicht*¹²⁵⁴.

Na prática, tal implica que, no tocante às primeiras, apesar das prováveis consequências negativas, o sujeito deve comportar-se como faz, adoptando certas medidas de cuidado; e no tocante às segundas, que ele deve agir de um modo diverso. Torna-se, assim, clara a diferença entre a *Erfolgsunrecht* e a *Verhaltensunrecht*¹²⁵⁵. Para LARENZ o problema situar-se-ia, contudo, ao nível do *Tatbestand*, ou seja, no quadro da delimitação dos comportamentos delitualmente relevantes¹²⁵⁶. É que, em determinadas situações, a conduta só releva se for violada uma obrigação de evitar o perigo.

Denota-se, portanto, uma *nuance* na ordenação sistemática dos pressupostos delituais a implicar o afastamento em relação a uma visão mais ortodoxa do problema. Segundo esta, a ilicitude por intervenções indirectas só ocorreria diante da violação de um dever, não se podendo aplicar o *Modell of Rechtswidrigkeitsindikation*¹²⁵⁷. Trata-se

¹²⁵⁴ Cf. LARENZ/CANARIS, *Lehrbuch...* cit., II/2, p. 367, que aqui acompanhamos de muito perto.

¹²⁵⁵ Cf. LARENZ/CANARIS, *Lehrbuch...* cit., II/2, *loc. cit.*

¹²⁵⁶ Cf. LARENZ/CANARIS, *Lehrbuch...* cit., II/2, p. 368. Já antes nos tínhamos referido a este ponto. Convém, porém, notar que se trata de uma mutação do pensamento do autor, já que, como o próprio refere, na 12ª edição das suas lições considerou que o problema devia ser tratado ao nível da controvérsia entre a ilicitude do resultado e a ilicitude da conduta como um problema atinente ao ilícito.

A propósito dos requisitos, em geral, de um delito, falam LARENZ e CANARIS (*Lehrbuch...* cit., II/2, p. 362), a par da acção (*Handlungsbegriff*) de *Dreistufigkeit des Deliktsaufbaus*. Estas três condições que fazem de uma acção *unerlaubtheit* são a) *Tatbestandsmässigkeit*; b) *Rechtswidrigkeit*; c) *Schuld*. Consideram, então, a propósito do *Tatbestandsmässigkeit*, que ele integra as acções humanas, restando saber se a conduta está ou não prevista no *Tatbestand*. Por exemplo, e continuando a acompanhar o excuro dos autores, a destruição de um apartamento constitui uma violação da propriedade, mas será que a captação de fotografias dele e posterior divulgação pode ser entendida no mesmo sentido? Já o dano não deve ser visto com um elemento do *Tatbestand*, mas um pressuposto da pretensão indemnizatória, pelo que a violação da integridade física se há-de integrar no § 823 I BGB, ainda que os danos experimentados sejam mínimos ou não existam. Consideram, igualmente, que o nexo de causalidade está fora dele, porque o acto deve ser a causa, pelo que não é lógico que o nexo causal se situe no mesmo nível (cf. p. 363). No fundo, a ilicitude seria indiciada pelo preenchimento do *Tatbestand*, aferindo-se a culpa em relação àquela. A causalidade avultaria autónoma.

¹²⁵⁷ Cf. LARENZ/CANARIS, *Lehrbuch...* cit., II/2, p. 368, que aqui continuamos a acompanhar de muito perto.

pois da posição que nos encaminha para a consideração da ilicitude da conduta, que, merecendo aplausos por pôr em relevo que só condutas humanas podem ser sancionadas e por permitir saber, no próprio momento da acção, se o agente está a actuar ou não em conformidade com o direito¹²⁵⁸, não deixa de concitar dúvidas aos juristas porquanto conduza a uma “quebra de unidade fundamental no conceito de ilicitude, dado que se torna patente a propósito da legítima defesa e em outras situações nas quais uma pessoa está legitimada para exercer uma acção de prevenção ou de remoção de uma perturbação ao exercício dos seus direitos, face a uma pura situação de ilicitude objectiva com independência portanto do ponto de saber se o agressor ou perturbador violou ou não um dever de cuidado”¹²⁵⁹.

Mais problemática parece ser, não obstante, a ligação estreita entre a *Lehre von Verhaltensunrecht* e a doutrina finalista. O problema foi amplamente debatido na doutrina penal da construção do crime e terá tido o impulso de WELZEL¹²⁶⁰. Para ele, a

No caso das lesões directas, o resultado indiciaria a ilicitude com a violação da obrigação de evitar o resultado (*Erfolgsvermeidungspflicht*); para o dano indirecto, a violação da obrigação de evitar o perigo indiciaria com o resultado a ilicitude.

¹²⁵⁸ Cf. SINDE MONTEIRO, *Responsabilidade por conselhos...* cit., p. 303

¹²⁵⁹ Cf. SINDE MONTEIRO, *Responsabilidade por conselhos...* cit., p. 303. O autor dá o exemplo da enfermeira que se prepara para fornecer uma dose letal de medicamento a um paciente. “Pensemos no caso da enfermeira que se prepara para injectar um doente com um líquido mortal, na convicção não negligente de que se trata de um vulgar medicamento. Ao doente ou a um terceiro que se aperceba do que se trata é inquestionavelmente legítimo o exercício da legítima defesa ou auxílio necessário, tirando das mãos da enfermeira a seringa mesmo que para tal seja necessário feri-la. Neste contexto, a ilicitude não pressupõe que o comportamento do agressor, como tal, vá contra o dever de cuidado (...)” – cf. p. 303/304.

NIPPERDEY acabaria por responder a esta crítica, considerando que a legítima defesa será possível desde que não exista um dever de tolerância. Também o Supremo Tribunal Alemão não considera ilegítimo o recurso à legítima defesa nos casos em que há observância do dever de cuidado. SIEBERT viria mesmo dizer que sempre que esteja em causa a legítima defesa bastaria a ilicitude do resultado – cf. RIBEIRO DE FARIA, “Algumas notas...”, cit., p. 143.

No fundo, o que os autores fazem é negar a desprotecção dos bens jurídicos nas situações apresentadas, pese embora tenham de aderir a uma dupla concepção de ilicitude, na esteira de WELZEL que, a propósito da doutrina da infracção penal, acaba por considerar que a ilicitude enquanto elemento do tipo de crime difere substancialmente da ilicitude enquanto pressuposto de uma causa de justificação. E é exactamente isso que SINDE MONTEIRO critica no excerto citado – cf., novamente, RIBEIRO DE FARIA, “Algumas notas...”, cit., p. 144, nota 282.

Sobre o ponto, veja-se, ainda, ENNECCERUS/NIPPERDEY, *Allgemeiner Teil ...* cit., p. 860 e ss.; NIPPERDEY, „Rechtswidrigkeit, Sozialadäquanz,...“ , ... cit., p. 1777 e ss.

¹²⁶⁰ Para uma panorâmica geral sobre a construção dogmática da doutrina do facto penalmente punível, v. FIGUEIREDO DIAS e COSTA ANDRADE, *Direito penal – questões fundamentais. Apontamentos e matérias de estudo da cadeira de Direito Penal segundo as lições dos Professores Doutores Figueiredo Dias e Costa Andrade*, Coimbra, 1996, policopiado, p. 225 a 274.

Para maiores desenvolvimentos acerca do finalismo, cf. *infra* o que sobre o tópico explicitaremos.

Sobre a importância do recurso aos ensinamentos do campo dogmático vizinho – o direito penal – cf. MENEZES CORDEIRO, *Direito das Obrigações...* cit., II, p. 305; PITTA E CUNHA, *Omissão...* cit., p. 11, que aliás constrói toda a sua teoria através da prévia análise da dogmática da construção da infracção criminal. Sobre o problema do finalismo em direito civil, cf., ainda, OLIVEIRA ASCENSÃO, “A teoria finalista e o ilícito civil”, ... cit., p. 9 a 28.

acção é vista como a supradeterminação final de um processo causal. Ou seja, cada acção implica um fim que o homem quer ver realizado, pelo que cada um irá mentalmente desenhar um plano de consecução desse fim, escolhendo os meios mais adequados à realização do mesmo. E neste processo, o ser humano antecipa os efeitos da sua acção, estabelecendo aqueles que assume e aqueles que não assume¹²⁶¹. Neste sentido, o dolo e a negligência passam a integrar o tipo de ilícito. Exactamente porque para o direito, *rectius* o direito penal, o que releva são os comportamentos humanos, distintos dos meros acontecimentos. Assim, se distinguiria claramente um homicídio de uma morte produzida por um acontecimento natural. A acção não poderia continuar a ser vista como uma acção causal, na esteira da escola moderna, partidária de um positivismo naturalista, que a definia como um movimento corporal determinante de uma modificação do mundo exterior, ligada causalmente à vontade do agente¹²⁶². Efectivamente, se considerássemos como juridicamente relevante a acção voluntária, sem mais, seríamos forçados a considerar idêntica no plano da tipicidade penal a actuação de um marginal que com uma faca provoca ferimentos numa pessoa e a actuação do médico que opera o doente. A ilicitude determinar-se-ia apenas pela existência ou inexistência de uma causa de exclusão da mesma e a culpa era vista, não como um juízo de censura ético-jurídica, mas como uma dimensão psicológica susceptível de permitir imputar o facto ao agente a título de dolo ou de negligência. Sem que com isto se tivesse que aderir cegamente à posição de WELZEL. Na verdade, mediando os dois extremos encontramos ao nível penalista a Escola Neo-clássica do sudoeste alemão, também conhecida por Escola de Baden, a que adere entre nós EDUARDO CORREIA. Esta já considerava a existência de elementos subjectivos ao nível da ilicitude e apresentava uma concepção normativista de culpa, para a qual nem todos os elementos apresentam uma natureza subjectiva¹²⁶³.

Estabelecido de uma forma superficial o quadro do pensamento penalista sobre a matéria, podemos dizer que muitos são os autores que pretenderam transportar para o

Remete-se, igualmente, para o tratamento posterior que faremos da problemática, porquanto aqui a mesma não seja senão a florada.

¹²⁶¹ RIBEIRO DE FARIA, “Algumas notas...”, cit., p. 74-75

¹²⁶² O sistema clássico de direito penal, defendido entre outros por VON LISZT, VON BELING e RADBRUCH, partindo de uma concepção mecanicista de acção, entendida como um comportamento corporal voluntário causador de determinada alteração no mundo exterior, acabaria por ser condenada ao fracasso por não admitir, designadamente, a captação das realidades omissivas.

¹²⁶³ E superando a concepção de WELZEL, podemos igualmente considerar a teoria social da acção.

direito civil as doutrinas de WELZEL¹²⁶⁴, sem que haja uma coincidência entre alguns desses autores e aqueles que se mostram arautos da teoria da ilicitude da conduta¹²⁶⁵.

A posição faz avultar problemas dogmáticos de relevo: defende-se a ideia de que a violação da obrigação de comportamento (*Verletzung der Verhaltenspflicht*), necessária para integrar o conteúdo do ilícito, é idêntica à preterição do cuidado devido no tráfego nos termos do § 276 I 2 BGB, e por isso à negligência nos termos do § 823 I BGB¹²⁶⁶, e tal leva a que a negligência seja analisada ao nível do ilícito^{1267 1268 1269}. Ora, com isso, o que se perde é a clareza da bipartição entre os dois pressupostos delituais, que, de acordo com o modelo proposto por IHERING, se devem manter cindidos. É certo que os autores continuam a manter a dicotomia, mas não menos seguro é que se torna, as mais das vezes, problemático encontrar em termos definidos as linhas de fronteira entre as duas categoriais¹²⁷⁰. À ilicitude ficaria sempre reservado o papel de dínamo de

¹²⁶⁴ HANS WELZEL, *Derecho Penal. Parte General*, (tradução de Carlos Fontán Balestra), Roque de Palma Editor, Buenos Aires, Buenos Aires, 1956 (<http://pt.scribd.com/doc/4137698/Welzel-Hanz-DERECHO-PENAL-PARTE-GENERAL>)

¹²⁶⁵ Falamos de MÜNZBERG, ESSER e VON CAEMMERER.

¹²⁶⁶ Cf. ENNECERUS/NIPPERDEY, *Allgemeiner Teil...* cit., p. 862: o dolo e a negligência fazem parte do conceito de acção, sob pena de se desvirtuar o que verdadeiramente caracteriza o modo de agir humano, distinguindo-se, por isso, do juízo de censurabilidade.

¹²⁶⁷ Cf. LARENZ/CANARIS, *Lehrbuch...* cit. II/2, p. 369, considerando, ademais, que ao nível do direito civil não há motivos para abandonar a tradicional perspectiva de cisão entre a ilicitude e a culpa, porque o § 276 I 2 apresenta o círculo de tráfego em termos mais rigorosos e mais abstractos. A páginas 370, os autores distinguem a *genereller Verhaltenspflicht* do *verkehrserforderlicher Sorgfalt*.

¹²⁶⁸ Sobre o ponto, veja-se, entre nós, SINDE MONTEIRO, *Responsabilidade por conselhos...* cit., p. 303, sustentando que a consequência da aceitação da doutrina moderna é a de que a questão de saber se houve infracção do dever geral de cuidado passa a ser considerada ao nível da ilicitude e já não ao nível da culpa. Adverte, porém, em nota 451, que nem todos os adeptos da doutrina moderna aceitam a doutrina finalizada acção.

Cf., igualmente, ADELAIDE MENEZES LEITÃO, *Normas de protecção ...* cit., p. 648, nota 1733, afirmando que “a *faute* napoleónica é mais tradutora de um sistema final de acção, na medida em que funde a ilicitude e a culpa”. Veja-se, também, da autora p. 651. Segundo esclarece, a teoria da ilicitude do resultado “integra o dolo e a negligência na culpa em termos coerentes com o critério da culpa em abstracto – artigo 487º/2 – e da culpa como deficiência da conduta”. Já a teoria da ilicitude da acção “integra o dolo e a negligência na ilicitude e coloca-se perante a seguinte alternativa: apreciando a culpa em concreto e a culpa como deficiência da vontade, nega a existência de culpa e de responsabilidade nos casos em que o indivíduo actua com toda a diligência que é capaz, mesmo que inferior à diligência exigida no tráfego, ou exclui a culpa da construção dogmática da responsabilidade civil, recusando somente a responsabilidade em situações de inimputabilidade”.

¹²⁶⁹ Veja-se, entre nós, a posição de NUNO MANUEL PINTO OLIVEIRA, “Sobre o conceito de ilicitude do artigo 483ºCC”, ... cit., p. 533. Defende a aplicação da teoria da ilicitude do resultado às acções directas e a teoria da ilicitude da conduta às acções mediatas. Pressupõe, para tanto, e no que respeita às últimas, a violação de deveres do tráfego, autónomos em sede de ilicitude, que exigem que o agente adopte todas as medidas necessárias à remoção do perigo que uma pessoa ideal adoptaria. Diferenciam-se portanto estes deveres do dever de cuidado actuante em sede de culpa, já que este implica que só se exija ao agente que adopte as medidas que uma pessoa medianamente normal e razoável adoptaria – cf. p. 539.

¹²⁷⁰ Veja-se, a este propósito, VON CAEMMERER, “Die absoluten Rechte in § 823 Abs...”, ... cit., p. 24. Tendo como centro da sua reflexão o caso de uma árvore que cai no terreno do vizinho, dois dias depois de a ter mandado examinar, mas esquecendo-se de a analisar interiormente, VON CAEMMERER diz que neste caso há violação de um dever objectivo de cuidado, havendo ilicitude, que determina a obrigatoriedade de remoção da coisa do terreno vizinho, mas não há culpa.

limitação do ressarcimento por referência a determinados bens jurídicos, mas pensar assim seria, afinal, recuar até à sua configuração por via do resultado.

E se não se ignora que a obediência ao modelo, com origem dogmática clara, pelo legislador não é mister, posto não ser a nossa interpretação da norma eivada por um subjectivismo histórico, sequer por um objectivismo obnubilador da dimensão problemática dela, razões há que parecem depor no sentido da configuração da ilicitude de acordo com o resultado. A todas as elencadas acresce outra, à qual faremos referência sem pormenorização, por não ter chegado ainda o momento da sua cabal escalpelização. Na verdade, anda ligada, como vimos, a defesa de uma concepção de ilicitude assente na conduta a uma perspectiva finalista da acção. Ora é esta – pelos motivos que a seu tempo expenderemos – que nos concita as maiores dúvidas¹²⁷¹.

Não obstante, isto não nos faz resvalar na pureza da consideração do resultado. Dois são os pontos em que ancoramos o nosso entendimento. Por um lado, sabemos-lo já, o direito ajuiza condutas, pelo que só um comportamento humano pode ser chancelado como desvalioso ou não. Simplesmente, isto não constitui fundamento bastante para a proscrição da doutrina da ilicitude do resultado, pois, como vimos, os seus cultores não deixam de relevar em termos adequados a actuação humana por detrás do efeito. O ponto foi, aliás, sublinhado, entre nós, por SINDE MONTEIRO, quando afirma que “basta, para assegurar a conexão funcional do conceito, partir do princípio de que o juízo sobre a ilicitude incide sobre um comportamento externo desaprovado enquanto tal, tomando (...) como fundamento da valoração o próprio resultado quando este se verifica no decurso da acção, não constituindo um efeito afastado ou longínquo da conduta”¹²⁷². Por outro lado, qualquer requisito de procedência de uma pretensão indemnizatória há-de ser informado pela intencionalidade específica da juridicidade, pelo que não fará sentido olhar para o resultado na sua pureza.

Há-de, portanto, valorar-se o resultado perspectivando-o como efeito da preterição de um dever de respeito diante do nosso semelhante. E porque não somos ilhas em confronto com os demais, essa preterição não implica somente a invasão de uma esfera de exclusão do outro, mas igualmente a violação positiva de deveres de

¹²⁷¹ Cf. WIETHÖLTER (*apud* RIBEIRO DE FARIA, “Algumas notas...”, cit., p. 138, nota 267) afirma que a linha de separação entre as teses dominantes e as mais recentes não gira fundamentalmente entre o desvalor da acção e o desvalor do resultado, e isso porque, no fim de contas todos acentuam o resultado, mas centra-se no próprio conceito de acção (...). Enquanto no âmbito da tese tradicional por acção se entende a própria produção do resultado, no âmbito das teses finalistas da acção é um comportamento comandado pela vontade”.

¹²⁷² Cf. SINDE MONTEIRO, *Responsabilidade por conselhos...* cit., p. 305.

cuidado para com o outro. Acontece que estes são mais amplos e mais abstractos que os deveres objectivos de cuidado, entendidos em sentido técnico, pelo que não é só a culpa que entra em cena, mas uma ideia de imputação objectiva a partir da qual cada um responde por determinadas consequências da sua conduta.

O que aqui fica dito compreende-se até num outro posicionamento metodológico. Não é a morte em si que pode ser chancelada de ilícita, mas a morte provocada por um terceiro. Não se estranha, por isso, que o pensamento tradicional tenha insistido na necessidade da descoberta de um nexó de causalidade entre aquele resultado e a acção humana que lhe deu azo¹²⁷³. O dado não deixa de ser curioso na óptica do tema que nos ocupa, pois ele parece vir acompanhado do reconhecimento da imprestabilidade do critério da adequação probabilística na presença de danos indirectos¹²⁷⁴, ou, e dito de um modo mais acutilante em abono daquilo que já defendemos, a inviabilidade de com ela se lograr aceder a uma solução materialmente justa e normativamente fundada sempre que haja incremento da problemicidade do caso concreto¹²⁷⁵.

¹²⁷³ Cf. SINDE MONTEIRO, *Responsabilidade por conselhos...* cit., p. 307, explicitando que, de acordo com a tradicional teoria da ilicitude do resultado, é de considerar objectivamente antijurídica toda a ofensa a um bem ou direito absolutamente protegidos, desde que entre a conduta do agente e aquela ofensa se verifique um nexó de causalidade adequada.

¹²⁷⁴ Pense-se no caso do fabricante de armas.

¹²⁷⁵ Mais curioso ainda é pensar que, se a adequação se transmuta num juízo de probabilidade corrigida pelo índice cognitivo do agente, com clara aproximação a uma ideia de previsibilidade aferida em abstracto, então parece que se esbate o fosso relativamente à doutrina da ilicitude da conduta. Significa, ainda, esta ideia que a causalidade fundamentadora da responsabilidade sempre desempenhou, no quadro delitual, um papel vital.

Sobre o ponto, veja-se Cf. ADELAIDE MENEZES LEITÃO, *Normas de protecção ...* cit., p. 649. A autora, distinguindo a doutrina da ilicitude do resultado da doutrina da ilicitude da conduta, vem dizer que a primeira, sendo dominante na doutrina, não pode ser seguida quer nos casos de delictos negligentes, quer nas situações em que se está diante de um tipo normativo em aberto. Veja-se, ainda, p. 651, afirmando que “a ilicitude não é indiciada quando o tipo legal é indeterminado. Tal acontece nos casos dos direitos à empresa e do direito geral de personalidade que, enquanto direitos-quadro, não têm contornos nítidos. Na sua violação, a ilicitude é de fundamentar através de uma ponderação em relação aos direitos das outras pessoas. Mas também nos tipos legais que protegem bens jurídicos clássicos, como por exemplo a vida, a ilicitude pode ter de se fundamentar devido à indefinição do conceito violar. Na maior parte das vezes, é indiscutível que ocorreu um resultado de violação na vida, podendo ser, não obstante, duvidoso se o comportamento da pessoa preenche a violação no sentido jurídico: será que se ofendeu ilicitamente a integridade física de outrem por se ter iluminado mal a entrada de sua casa levando a que o lesado tenha tropeçado?”. Continuando a acompanhar o pensamento da autora, vemos que “era fácil responder a estas questões se se pudesse entender o termo violar ilicitamente como introduzir uma causa para o resultado da violação (...). Uma compreensão tão larga do conceito de violação seria juridicamente inútil, o que se revela claramente nas omissões. A indicição da ilicitude pelo preenchimento do tipo delitual objectivo limita-se, no § 823 I BGB, à violação directa de um dos bens jurídicos clássicos. O termo directo implica que o resultado da violação esteja de tal modo no decorrer da acção que é nítida a imputação à pessoa que age, o que falta nas omissões e quando a violação representa só uma consequência remota da acção da pessoa enquanto violação mediata. Quando a ilicitude não está indiciada, tem que existir a violação de um dever de cuidado” (cf. p. 651-652)

Donde, podemos talvez experimentar algumas conclusões.

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

Em homenagem ao modelo iheringiano, a violação do direito absoluto deve ser vista como o ponto de ancoragem da judicativa realização do direito no caso concreto. Arredada a *faute* napoleónica, colhido o ensinamento dos antigos, e metodologicamente desaconselhada uma interpretação hermenêutica de tipo subjectivista histórico que perscrute, enquanto assume como objecto a norma texto, a vontade do legislador, cremos, ainda assim, haver boas razões para a manutenção do *status quo* doutrinal.

Mas isso não acarreta que fiquemos presos a um formalismo conceptualista que olvide a intencionalidade material e a densificação ética do instituto. A projecção dogmática da escarpelização que fizemos do princípio normativo do direito enquanto direito, na sua aplicação à responsabilidade civil, pode conhecer diversos cambiantes. Embora orientados pela violação de direitos absolutos, não estamos condenados a derramar sobre o critério de sindicância anunciado um olhar axiologicamente neutro. Pelo contrário, procurando interpretar o artigo 483º CC à luz da sua inserção sistemática, iluminada pela sua teleologia última (teleonomologia), naquilo que resulta da simbiose adequadamente compreendida dos dois objectivos da interpretação que apenas aparentemente se dicotomizam – a interpretação dogmática e a interpretação teleológica –, somos forçados a concluir que aquela lesão de que se lança mão está eivada da marca de desvalor. A ideia de ilicitude do resultado justifica-se por uma opção dogmática que não reduz à irrelevância o pináculo sustentador do sistema. Até porque estamos longe dos postulados jusnaturalistas que impõem uma visão do mundo juridicamente comprometido à luz de uma racionalidade apodíctica de matriz dedutivista. Aquele admite múltiplas concretizações, e quem queira assumir logradamente o seu papel de jurista, na profundidade que o caracteriza, deve estar atento

Parece, de facto, pelo excuro que aqui acompanhamos de perto que a necessidade de reconduzir a violação de um dever de cuidado ao núcleo de aferição da ilicitude se prende, afinal, com a insusceptibilidade de, nos casos eivados por uma maior problematicidade, se saber quando é que há violação do bem jurídico. Acresce que a autora é clara ao denunciar a imprestabilidade de uma noção naturalística ou quase naturalística de causa para fazer face à aporia. Simplesmente, a introdução de elementos atinentes à culpa no quadro de valoração do ilícito importa a contaminação do sistema com elementos perturbadores. E se eles não são de molde a frustrar a tentativa dogmática, sempre se dirá que a tripartição do modelo delitual em pequenas cláusulas de ilicitude nos leva a considerar o resultado como determinante ao nível da desvelação daquela por via da violação dos direitos absolutos. Donde, o que, afinal, está em jogo é a urgência de ponderar um nexos de imputação objectiva que se configura, a este nível, como um verdadeiro nexos de ilicitude.

para, no momento da mobilização da norma, a interpretar na sua remissão para os princípios¹²⁷⁶.

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

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

Ora, se assim é, a desvelação da ilicitude por esta via, não ficando dependente da aferição da culpa, fica, contudo, refém de um nexos de imputação.

Do ponto de vista dogmático, isto afigura-se especialmente importante. Em primeiro lugar, é a ancoragem da ilicitude ao nível do resultado que impõe a imprescindibilidade de se lidar com a dita causalidade fundamentadora da responsabilidade¹²⁷⁷; em segundo lugar, a improcedência da adequação ao nível dos casos eivados com um grau de problematicidade acrescida mostra que, afinal, o critério não serve a este nível, levando-nos a aventar, ademais, a existência de um verdadeiro nexos de ilicitude no desenho delitual, pois o que se procura é, com contornos autorais, determinar se aquele resultado pode ou não ser remetido para a esfera de responsabilidade do agente¹²⁷⁸.

¹²⁷⁶ Cf. SINDE MONTEIRO/MARIA MANUEL VELOSO, “Fault under Portuguese Law”, ... cit., p. 184, considerando que a culpa e a ilicitude são similares na sua natureza, uma vez que ambos se consubstanciam em julgamentos. A ilicitude refere-se à infracção objectiva de uma norma legal; a culpa diz respeito a uma apreciação negativa do comportamento do agente (que é reprovado por não ter adoptado o nível de cuidado exigido).

¹²⁷⁷ Cf. HERMANN LANGE/GOTTFRIED SCHIEMANN, *Handbuch des Schuldrechts...* cit., p. 77, considerando que o problema da causalidade surge quando a responsabilidade fica dependente de um determinado resultado: “assim, no caso do § 823 I BGB, segundo o qual a obrigação de indemnização fica dependente da intervenção dolosa ou negligente num dos bens jurídicos aí especificados. É necessário que haja um nexos entre o comportamento e a realização do resultado (*haftungsbegründende Kausalität*). Note-se, porém, que, apelando à dicotomia entre esta e a *haftungsausfüllende Kausalität*, de que já demos conta, os autores salientam que, ao nível daquela, estamos livres da identificação do nexos causal, enquanto que, a propósito da última, a adequação e a finalidade da norma são para provar.

¹²⁷⁸ A este propósito veja-se MENEZES CORDEIRO, *Direito das Obrigações...* cit., II, p. 339.

Veja-se, ainda, LAURENZ VOSS, *Die Verkehrspflichten...* cit., p. 64. O autor, mergulhando na análise da problemática atinente aos deveres do tráfego, explica que, no âmbito delitual, surgem duas posições contraditórias: a) por um lado, a vontade do legislador de proteger por via do § 823 I os bens jurídicos absolutos e de edificar, aí, um conceito específico de ilicitude; b) por outro lado, a lesão dos bens ou direitos absolutos não pode ser separada da conduta do infractor, pelo que o esforço dogmático subsequente passa por compatibilizar estas duas posições antagónicas.

Qualquer um destes pontos será desenvolvidamente abordado *infra*, funcionando agora, a um tempo, como conclusão e ponto de partida heurístico da nossa investigação.

Mas há um outro dado que não nos pode ser indiferente. Na verdade, se aceitamos fundadamente que a dita causalidade fundamentadora da responsabilidade se liga insofismavelmente – e é reclamada – por uma dada configuração da ilicitude, então, torna-se compreensível que a mobilização da categoria imputacional fique dependente da concreta modalidade de ilícito em causa, do mesmo modo que a ausência de uma concepção autónoma de ilicitude nos ordenamentos jurídicos de inspiração napoleónica determina uma abordagem díspar da questão. Constata-se, aliás, que ali não só se responde àquele primeiro vazio com um estreitamento dos critérios causais, de molde a limitar a amplitude inicial do ressarcimento baseado na *faute*, como os autores vêm afirmar que a questão causal influi no preenchimento do conteúdo desta^{1279 1280}.

A própria ilicitude – ao cumprir, sobretudo a partir da leitura personalista que sobre ela derramamos, um escopo limitador da responsabilidade – condiciona a resposta, parcelarmente, ao problema da concatenação causal^{1281 1282 1283 1284 1285}.

¹²⁷⁹ Assim, e conforme já citado anteriormente, FLORENCE G'SELL-MACREZ, *Recherches...* cit., p. 372-373. Veja-se, quanto ao ponto, MENEZES CORDEIRO, *Da responsabilidade dos administradores...* cit., p. 430, considerando que algumas das questões que poderiam ser tratadas ao nível da causalidade são, no direito francês, resolvidas pelo pressuposto da *faute*.

Cf., igualmente, SANTOS JÚNIOR, *Da responsabilidade de terceiro...* cit., p. 238, nota 787, autonomizando a *faute* da causalidade.

Veja-se, a este propósito, CHRISTOPHE QUÉZEL-AMBRUNAZ, *Essai sur la causalité...* cit., p. 428. Esclarece o autor que a determinação do nexos de causalidade, entre outras funções, permite identificar as vítimas que têm direito a uma indemnização. É neste contexto que se distinguem as vítimas directas das vítimas por ricochete. As primeiras são directamente atingidas pelo nexos de causalidade; as segundas apenas o são pela intermediação de um próximo. Dependendo da concepção de causalidade, é possível aceitar como lógica a assimilação, na medida em que a vítima por ricochete sofre um movimento de valor tanto quanto a vítima principal. Mostra-se, aqui, que a restrição dos titulares da pretensão indemnizatória se opera por via dos critérios causais, enquanto num ordenamento assente no modelo iheringiano a resposta é dada por outro meio. Os titulares da pretensão indemnizatória são aqueles que previamente se mostram titulares dos direitos absolutos lesados. É claro que, para se saber se houve ou não ilicitude polarizada nessa preterição do direito, importa estabelecer previamente um nexos de imputação (exactamente aquele que procuramos edificar na nossa dissertação), mas não se erra se se disser que o filtro limitativo resulta da ilicitude e não da causalidade. Acerca das vítimas indirectas, v., igualmente, p. 435 e ss.

Determinados autores em Itália recorrem ao conceito de dano directo e ao problema causal para dar resposta à questão dos danos reflexos. Assim, A. FEDELE, *Il problema della responsabilità del terzo per pregiudizio del credito*, Milano, 1954, p. 66. Analisando o tema, cf. G. TEDESCHI, “La tutela aquiliana del creditori contro i terzi (com speciale riguardo al diritto inglese)”, *Rivista di diritto civile*, 1955, p. 291 e ss.

¹²⁸⁰ Relacionado com a problemática, cf. GERT BRÜGGEMEIER, *Haftungsrecht...* cit., p. 12 e ss. O *Tatbestand* delitual define um âmbito de protecção pessoal e objectivo, determinando quais os interesses protegidos, contra que comportamentos e contra que riscos. Fala, neste contexto, o autor de uma *Schutzzweck- oder Relativitätsansatz* que vem, em larga medida, suplantar a causalidade jurídica da adequação.

¹²⁸¹ Veja-se, quanto ao ponto, JANE STAPLETON, “Legal cause...”, ... cit., p. 944 (evidenciando a relação complementar entre a *legal cause* e os conceitos que definem a incidência da obrigação delitual relevante,

como o conceito de dever no *tort of negligence*); p. 951 e ss. (estabelecendo um confronto entre duas perspectivas de abordagem da questão delitual – a *duty strategy* e a *non-duty strategy* – e considerando que tal tem consequências a diferentes níveis, importando a segunda um estreitamento dos critérios causais e das respostas que se forneçam à *legal cause*) e p. 1002 (onde, impressivamente, alega haver um nítido paralelo entre o debate acerca do *duty* e aquele outro relativo à *legal cause*. JANE STAPLETON considera que os novos desafios colocados pelos problemas de onde emergem pretensões indemnizatórias, por ela cunhados de *non-traditional claims* –, a reclamar elaboradas respostas ao nível da *legal cause*, são exactamente os mesmos que se patenteiam a propósito da *incidence of obligation*. E acrescenta que, tal como há necessidade de atentar nas razões normativas para o reconhecimento de um *duty of care*, sente-se a urgência de prescrutar os fundamentos para a delimitação do *scope of liability*).

¹²⁸² Cf., quanto ao ponto, CEES VAN DAM, *European Tort Law...* cit., p. 268, considerando que é difícil comparar o requisito da causalidade nos diferentes ordenamentos jurídicos, porque o que é tratado como uma questão de causalidade em França pode ser tratado, em Inglaterra, como uma *duty question* e, na Alemanha, como uma *scope question*. Exemplificativamente, chama à colação um *cable case*, e explicita que, no Reino Unido, se coloca o problema de saber se o lesante tinha ou não um *duty* em relação ao lesado, enquanto na Alemanha se coloca a questão de saber se foi violado algum dos direitos protegidos pelo § 823 BGB. Já em França, a solução é encontrada ao nível da causalidade

Note-se, ainda, que em texto pretendemos significar mais. Na verdade, pretendemos adiantar que, ocupando a ilicitude um papel de destaque no modelo ressarcitório com que operamos, ela será um ponto charneira a partir do qual muitos problemas atinentes ao que tradicionalmente seria entendido como causalidade são ponderados. Mas sugerimos, igualmente, que, porque a posição maioritária aponta, ainda, no sentido da compreensão da ilicitude a partir do resultado, é isso que nos impõe a consideração de um primeiro segmento causal, perspectivado sob a óptica da imputação.

¹²⁸³ Ao mesmo tempo que o desenho da ilicitude condiciona a resposta que se há-de encontrar em sede do que tradicionalmente vinha conhecido por causalidade, é bom notar que aquela só pode ser afirmada, no quadro da violação de bens jurídicos dotados de uma protecção absoluta, mediante o estabelecimento de um nexo de imputação que permita dizer que o resultado se inscreve na esfera de responsabilidade do pretense lesante.

Veja-se, a título meramente ilustrativo, LARENZ/CANARIS, *Lehrbuch...* cit., II/2, p. 378 e ss. A propósito dos *geschützten Güter und Rechte und ihr Schutzbereich* ao nível do § 823 I BGB, os autores falam das doenças psíquicas e de transtornos psíquicos mediatos, relacionando o problema com a questão da imputação objectiva e da causalidade preenchedora da responsabilidade. Cf., em especial, p. 380, lidando com o problema dos *Schockschäden* [v., também, *inter alia*, ERNST A. KRAMER, “Schutzgesetze und adäquate Kausalität”, ... cit., p. 354].

A propósito da segunda modalidade de ilicitude delitual, cf. RIBEIRO DE FARIA, *Direito das Obrigações*, I, ... cit., p. 420 e ss., em especial p. 424, considerando que “é preciso indagar se as acções praticadas ou as omissões havidas estão entre as condutas que a lei de protecção proíbe ou ordena. Ou dito de outra sorte: se os danos produzidos se verificam ou afectam os bens jurídicos que caem debaixo da protecção da norma, ou se as pessoas lesadas se situam no círculo das pessoas que são protegidas” e advertindo que isto faz com que “nem sempre seja nítida a distinção entre a função que com a ilicitude se prossegue e aquela que se visa com o próprio princípio da causalidade”.

Quer sobre o dano de choque, quer sobre a segunda modalidade de ilícito, ulteriores considerações serão expandidas.

¹²⁸⁴ Sobre o ponto, cf. A.M. HONORÉ, “Causation and remoteness of damage”, ... cit., p. 2, considerando que o dano tem de estar ligado à ilicitude, tendo de ser de um tipo que seja compensável no âmbito da intencionalidade do sistema legal. Veja-se, ainda, p. 6, falando da *Rechtswidrigkeitszusammenhang*, a que posteriormente também faremos referência.

¹²⁸⁵ Cf. ADELAIDE MENEZES LEITÃO, *Normas de protecção e danos puramente patrimoniais*, ... cit., p. 641 e 642, considerando que os pressupostos da responsabilidade civil se normativizaram, actuando, nesse plano normativo, uns em relação aos outros. Segundo a autora, podem surgir três modelos de enumeração daqueles pressupostos: ao modelo analítico (tradicionalmente seguido pela maioria da doutrina nacional) opõe-se um modelo sintético (acolhido por PESSOA JORGE, GOMES DA SILVA e MENEZES CORDEIRO). A eles alia-se um outro, proposto por CORTES ROSA – “A delimitação do prejuízo indemnizável em Direito Comparado Inglês e Francês”, ... cit., p. 377 –, que a autora segue, e que fala do sistema do nexo de causalidade (parte da necessidade de um nexo causal entre o acto ilícito e o dano); do sistema da culpa (que só admite o ressarcimento dos danos abrangidos por esse desvalor subjectivo); e do sistema de ilicitude, que opera a delimitação dos danos pela noção de ilicitude.

E, se assim for, secundamos dogmaticamente a ideia firmada pela mera articulação dos princípios¹²⁸⁶.

Donde se traça o nosso plano. Pois que, se ao nível destes a solução é, não só viável, como exigível, o perscrutar de cada uma dessas anunciadas modalidades de ilícito conduzir-nos-á a conclusões análogas¹²⁸⁷.

28. Resultado preliminar e ordem de sequência.

A análise da teleologia da responsabilidade civil encaminha-nos para o campo da comutatividade e aponta-nos para a importância do resultado a este nível. Por seu turno, a escalpelização do sentido último do instituto torna perceptível a impossibilidade de olhar para o resultado do ponto de vista da exterioridade do ser. Ligado necessariamente à conduta – que assim passa a ser chancelada de desvaliosa –, ele projecta-se na ilicitude¹²⁸⁸.

¹²⁸⁶ Na verdade, o que aqui fica dito mostra-se, pela constatação da falência da adequação ao nível das condutas indirectas, e pela improcedência dogmática da simbiose entre culpa e ilicitude, em perfeita consonância com o que anunciamos pela pressuposição da pessoalidade a propósito da crítica a uma ideia individualística e outra onto-antropológica dos *outcomes responsibility*.

¹²⁸⁷ Note-se, ademais, que o equilíbrio entre uma ideia de desvalor de conduta e de desvalor de resultado não conhece o mesmo ponto de arquimedes ao nível de todas as modalidades de ilicitude.

¹²⁸⁸ Por isso, pese embora a centralidade da ideia de dano na dogmática do ressarcimento, negamos ver na responsabilidade civil um instituto nuclearmente constituído por ele, sem apego a dimensões éticas.

É essa, aliás, a crítica que CASTANHEIRA NEVES dirige a um modelo romano de responsabilidade. Cf. CASTANHEIRA NEVES, “Pessoa, Direito e responsabilidade”, ... cit., p. 12.

Continuando a analisar, fenomenologicamente, os modelos de responsabilidade sucedâneos no devir histórico, o insigne jurista – traçando a fronteira, erigível a partir do que designa por modelo clássico ou modelo ético, entre a responsabilidade civil e a penal – afirma ter aquela um carácter marcadamente patrimonial, mas “que nem por isso deixava de ser, no seu sentido fundamentante, responsabilidade pessoal”, pelo que a culpa avulta como uma condição da reparação. Só que, se a segunda se orienta para a sanção da própria acção, “no direito civil visa-se recuperar os efeitos patrimoniais prejudiciais da acção em outrem” (p. 13).

E intui-se no escrito do autor uma ideia de que nos aproximámos em texto. Na verdade, parece ser essa projecção no dano que exige, a par de uma “imputação ética (por não cumprimento do dever prescrito)”, uma “imputação física (ou causalidade) depois de Pufendorf”. (p. 12), sem que isto implique que a mesma deixe de cumprir um papel de relevo também ao nível da responsabilidade penal.

Para maiores desenvolvimentos da ideia de PUFENDORF acerca da imputação, cf. SIMONE GOYARD-FABRE, *Os fundamentos...* cit., p. 59 e ss. Operando o cotejo entre os diversos autores que se inscrevem no jusracionalismo, GOYARD-FABRE afirma que sendo “em termos de dever que se traduz a ideia de direito natural”, este atesta, no quadro do pensamento pufendorfiano, “a superioridade dos *entia moralia* sobre os *entia physica*: enquanto estes últimos são natureza de ponta a ponta, os seres morais possuem, além do instinto da natureza, as luzes do entendimento e as determinações da vontade”. E é exactamente por isso e porque “não há direito sem dever” que “as acções dos seres morais são susceptíveis de imputação, implicam a responsabilidade dos seus autores. Não traduzem por um *conatus* um princípio de determinação necessitante; só exprimem o direito natural na medida em que correspondem a uma obrigação, em que se manifestam como um dever (...). No contexto individualista em que a responsabilidade de cada um se vê implicada, cada um deve considerar e tratar os outros como seus iguais por natureza”.

Contra o que poderia ser pensado, isto não implica dogmaticamente a adesão à ilicitude da conduta. Boas razões haverá para negá-la. Nessa medida, será a polarização do juízo de desconformidade objectiva no resultado que imporá um segmento de causalidade fundamentadora da responsabilidade. Esta primeira dimensão do problema – aquela que escolhermos como objecto preferencial da nossa investigação – não poderá deixar de ser, no seu desenho concreto, contaminada pela pressuposição axiológica de que se parte.

Assiste-se, portanto, a uma tensão dialéctica entre o plano dogmático e o plano do *quid ius* que entretece toda a questão imputacional. Ao convocar a necessidade de refracção do resultado num juízo de desvalor, a dimensão fundacional da personalidade livre, porque não opera axiomáticamente, não determina o tipo de ilicitude que o sistema deve apresentar. Se boas razões dogmáticas depõem no sentido da polarização daquela no resultado, então significa isso que as exigências comunicadas pelos princípios tornam incontornável a existência de um nexos que reconduza o resultado/evento lesivo ao comportamento do agente.

Acresce que, se assim é, então podemos avançar que a conformação dogmática do ilícito condiciona a(s) resposta(s) em sede de causalidade^{1289 1290}. É esta ideia que procuraremos confirmar nos pontos expositivos subsequentes¹²⁹¹.

Pese embora as elucidativas palavras de GOYARD-FABRE no tocante à escarpelização do pensamento de PUFENDORF, importa não esquecer a distância que separa a hipostasiação individualista da pressuposição personalista. E, se a primeira já permite tematizar a responsabilidade, fá-lo ao abrigo da liberdade negativa pelo que se mostra, *in terminus*, incapaz de apreender o verdadeiro sentido da responsabilização, com o que nos fornece um sentido empobrecedor da imputação a ser complementado por aqueloutro conceito de causalidade. O que, porventura de forma implícita fica assim dito, será detidamente desenvolvido em texto quando nos confrontarmos com os modelos de responsabilidade forjáveis no quadro de um sistema de direito.

¹²⁸⁹ Denota-se a influência estrutural e intencional que o concreto modelo de responsabilidade delitual com que lidamos exerce sobre a modelação do requisito tradicionalmente identificado com a causalidade. Cf., próximo desta ideia, CHRISTIAN VON BAR, *The Common European Law...* cit., p. 412, considerando que quanto mais analítico for o sistema de responsabilidade civil, menos importância ganha o requisito causal na sua pureza.

¹²⁹⁰ A outro ensejo, considera VON BAR importante a consideração do tipo de dano para efeitos de estabelecimento da causalidade. Nesse sentido, cf. CHRISTIAN VON BAR, *The Common European Law of Torts...* cit., p. 465 e ss. Assim, considera o autor que é mais fácil imputar a um pretenso lesante um dano à pessoa ou à saúde do que um dano à propriedade e que, por sua vez, este se imputa mais facilmente que um dano puramente patrimonial.

Atente-se que a lição do insigne jurista não pode deixar de ser olhada com o distanciamento próprio de quem está ciente da miríade de modelos imputacionais que convivem no espectro europeu. Na verdade, privando-se alguns, por desígnio do legislador, de uma ou várias cláusulas de ilicitude, procuram por via do requisito causalidade operar a restrição à responsabilidade. Isso mesmo é reconhecido por VON BAR, p. 466.

Veja-se, ainda, como o requisito da causalidade pode ser chamado a cumprir a função de limitação da responsabilidade quando, no modelo imputacional vigente, não se desenhe um ponto de ancoragem na violação de um direito de tipo absoluto. Cf. a este propósito as considerações relativas à responsabilidade civil pela poluição marítima por hidrocarbonetos no quadro da Convenção Internacional sobre a

29. A segunda modalidade de ilicitude delitual: a violação de disposições de protecção de interesses alheios

A aparente simplicidade enunciativa da segunda modalidade de ilicitude extracontratual – “violação de disposições legais de protecção de interesses alheios” – é proporcionalmente inversa ao grau de complexidade que a sua mobilização em concreto acarreta¹²⁹².

responsabilidade civil pelos prejuízos devidos à poluição por hidrocarbonetos de 29 de Novembro de 1969 revista pelo Protocolo de Londres de 27 de Novembro de 1992, em CARLOS DE OLIVEIRA COELHO, *Poluição marítima por hidrocarbonetos e responsabilidade civil...* cit., p. 61 e ss. Restringindo os prejuízos indemnizáveis às “perda ou dano exterior ao navio causado por uma contaminação resultante da fuga ou descarga de hidrocarbonetos provenientes do navio (...), o sistema normativo parece, tal como atestam decisões jurisprudenciais dos nossos Tribunais e a opinião do autor, adoptar “um critério de conexão física e da estreita proximidade entre a contaminação e o dano a indemnizar, de maneira a impedir a excessiva ampliação dos danos potencialmente ressarcíveis (...)” (cf. p. 62).

Quanto ao problema, cf., ainda, SINDE MONTEIRO, “Protecção dos interesses económicos na reponsabilidade civil por dano ambiental”, *A Tutela Jurídica do Meio Ambiente: Presente e Futuro*, Coimbra, 2005, p. 137 e ss., analisando a questão do ponto de vista da conceptualização dos danos puramente patrimoniais.

Veja-se, igualmente, W. H. VAN BOOM/I. GIESEN, “Hatungsbegründende und haftungsausfüllende Kausalität”, Netherlands, *in Digest...* cit., p. 601, considerando que ao teste da *conditio sine qua non* acresce o teste da imputação – artigo 6:98 BW: “a compensação apenas pode ser exigida se o dano estiver relacionado com o evento que deu lugar à responsabilidade de tal modo que esse dano, tendo em conta a sua natureza e a natureza da responsabilidade, possa ser imputado ao devedor como resultado desse evento”. Segundo os autores, o critério permite tratar de forma diferente os danos físicos e os danos puramente patrimoniais. Note-se que o comentário a que aludimos associa-se à ponderação de um *cable case* (Hoge Raad, 2 de Outubro de 1998).

Cf., também, GERT BRÜGGEMEIER, *Haftungsrecht...* cit., p. 78 e ss. No tocante aos danos por ricochete, considera que, havendo lesão de uma terceira pessoa, temos de indagar se existe um dever de cuidado em relação a ela (*Haftungszusammenhang*) e posteriormente saber em que medida o dano consequencial pode ser imputado ao fundamento da responsabilidade.

Que o modelo delitual em que nos inserimos condiciona o modo como deve ser pensado o problema da causalidade não suscita qualquer dúvida. Para um reforço desta afirmação, cf. GENEVIÈVE VINEY/PATRICE JOURDAIN, *Traité: Les conditions...* cit., p. 207. Lidando, aí, com o nexos que deve ser estabelecido entre o dano inicial e as consequências ulteriores, as autoras referem que não só se tornam problemáticas as situações em que o prejuízo se produz muito tempo depois da lesão, como aquelas em que os danos se projectam num terceiro (i.é, nas situações em que o jurista se confronta com os danos em cascata, reflexos ou por ricochete. Relativamente a estes, adiantam que a sua indemnização é admitida com muitas restrições, que se justificam, exactamente, pela ausência de causalidade. Mas acrescentam que os tribunais admitem que há resarcimento sempre que eles apresentem uma relação causal com o facto lesivo, ou seja, desde que se prove que ele não teria ocorrido se aquele facto não tivesse acontecido – cf. p. 208).

¹²⁹¹ Cf. ERWIN DEUTSCH, *Allgemeines Haftungsrecht...* cit., p. 76 e ss., considerando que a causalidade é um elemento fundamental do Tatbestand da responsabilidade e tem uma dupla função (*begründen und begrenzen* – fundamento e limite), traça, contudo, a dicotomia entre os sistemas baseados na culpa (nos quais, segundo a sua posição, a causalidade não é um fundamento adequado para a responsabilidade, por ser este papel cumprido pela negligência ou pelo dolo. Admite, contudo, que em qualquer dos casos há correcções aos critérios de imputação através da análise da relação causal) e os sistemas assentes no risco.

¹²⁹² A propósito da importância prática-normativa da consagração desta segunda modalidade de ilicitude, dicotomizando o domínio pessoal do domínio patrimonial, cf. VAZ SERRA, “Requisitos da responsabilidade civil”, *Boletim do Ministério da Justiça*, nº92, p. 94-95; SINDE MONTEIRO, *Responsabilidade por conselhos, ...cit.*, p. 237 e ss.

E se a dúvida que se podia concitar em alguns espíritos acerca da bondade de autonomização dela por referência à violação de direitos absolutos se esvanece pelo rememorar da lição de IHERING e do seu acolhimento por GUILHERME MOREIRA, dado que, ao privilegiar a separação estanque entre culpa e ilicitude, tinha de ser garantida a sindicância autonomizada da segunda, tornando-se imperioso, fora do quadro dos direitos absolutos, encontrar uma norma que viesse tutelar determinados interesses, nem por isso os problemas prático-normativos que daí resultam são eliminados¹²⁹³.

Desde logo é o alcance de *disposição legal* a ser posto em causa. Pois que, se no tempo da sua emergência, os ares do positivismo poderiam tornar líquida a resposta – no sentido da sua identificação com uma norma legal *tout court* –, hodiernamente, a recusa fundada de identificação do direito com a mera legalidade formal, o reconhecimento da índole constitutiva da tarefa judicativa e a obliteração do carácter injuntivo do cânone metodológico consagrado nos artigos iniciais do Código Civil legitimam a pergunta: interpretar-se-á ou não o segmento do artigo 483º CC no sentido de nele integrar as *normas* de raiz jurisprudencial^{1294 1295 1296 1297}?

Mais recentemente, cf., com amplo desenvolvimento, ADELAIDE MENEZES LEITÃO, *Normas de protecção...* cit.

Na doutrina portuguesa, acerca desta modalidade de ilicitude delitual, *vide*, igualmente, ANTUNES VARELA, *Das obrigações...* cit., I, p. 540 e ss.; ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações...* cit., p. 488 e ss.; RIBEIRO DE FARIA, *Direito das Obrigações*, I, ... cit., p. 424.

¹²⁹³ A diferença entre o parágrafo I e II do § 823 BGB ou entre a primeira e a segunda modalidade de ilícito em Portugal esbateu-se no momento em que os bens da personalidade passaram a ser entendidos como direitos subjectivos.

Neste sentido, cf., entre nós, SINDE MONTEIRO, *Responsabilidade por conselhos...* cit., p. 237 e VAZ SERRA, “Requisitos...”, ... cit., p. 94 e ss. Referem-se os autores portugueses, sobretudo, à existência de um direito geral de personalidade. A questão não é, contudo, pacífica. Veja-se, a propósito, NUNO MANUEL PINTO OLIVEIRA, *Os direitos de personalidade e a solução do dissentimento...* cit.; DIOGO COSTA GONÇALVES, *Pessoa e direitos de personalidade: fundamentação ontológica da tutela*, Almedina, Coimbra, 2008; PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *Direitos de personalidade*, Almedina, Coimbra, 2006

¹²⁹⁴ No sentido de considerar que em causa estão apenas as leis enquanto fonte de direito definida no artigo 1º, nº2 do CC, cf. SINDE MONTEIRO, *Responsabilidade por conselhos*, ... cit., p. 246.

Admite, porém, que o conceito seja entendido em termos materiais. Assim, em causa estaria não só a lei em sentido próprio (emanada da Assembleia da República), mas todos os restantes actos legislativos e regulamentares. Essencial é que ela provenha de um órgão estadual.

SINDE MONTEIRO, colhendo a lição germânica, apresenta os outros elementos essenciais da qualificação de uma norma como disposição legal de protecção de interesses alheios: 1) tem de proibir um determinado comportamento, acantonando-se aí a nota de ilicitude que se pretende desvelar, razão pela qual não podem ser consideradas para o efeito as normas que estabelecem nulidades de determinados actos (cf. SINDE MONTEIRO, *Responsabilidade por conselhos...* cit., p. 247 e nota 225); 2) tem de visar proteger interesses alheios, isto é, tem de dirigir à tutela de uma pessoa ou círculo de pessoas, não sendo suficiente que tenha por objectivo a protecção da colectividade em geral (cf. SINDE MONTEIRO, *Responsabilidade por conselhos...* cit., p. 249); 3) importa que a norma vise a protecção daquela pessoa contra aquela espécie de danos e contra aquele modo de lesão (aquele tipo de perigos) [cf. SINDE MONTEIRO, *Responsabilidade por conselhos...* cit., p. 249 e nota 234. Com referência a RÜMELIN, o insigne jurista português lança mão de um exemplo para explicitar a importância da consideração deste terceiro elemento: “contra os regulamentos da polícia, alguém não afastou o gelo do passeio; uma outra pessoa, por receio de seguir por esse passeio, chama um táxi, o qual pouco depois sofre um acidente,

Não sendo possível negar, para sermos congruentes com o posicionamento metodológico em que nos temos estribado, a bondade de uma perspectiva práctico-normativa das fontes do direito, que as entenda enquanto concretos modos de surgimento da normatividade jurídica vigente, nem ousando opor-nos ao entendimento que considera que o juiz constitui direito no seu decidir concreto, boas razões há, no entanto, para condicionar o critério de imputação delitual à existência de uma norma legal, no sentido de comando proveniente de um órgão estadual¹²⁹⁸.

partindo o passageiro um braço. Embora o regulamento de polícia visasse proteger aquela pessoa de danos na saúde, não há lugar a uma indemnização porque o dano não se verificou por queda no passeio”. Cremos tratar-se, aí, não obstante, de uma questão diversa, atinente à desvelação em concreto da ilicitude e não à conceptualização acerca da noção de disposição legal de protecção de interesse alheio, pelo que, apesar da inserção da referência nesta nota, tomaremos a mesma em devida conta em momento posterior. Sobre o ponto, analisando este caso, cf. LENEL, “Zum Begriff der unerlaubten Handlungen im Bürgerlichen Gesetzbuch (§ 823 BGB)”, *Deutsche Juristen-Zeitung*, 1897, p. 412. Para o autor, a existir responsabilidade, ela ter-se-ia de fundar no § 823 I BGB e não no § 823 II porque a norma em questão foi instituída para salvaguarda do interesse público. O acento tónico é, na exposição do autor, colocado na qualificação da norma à qual se quer atribuir o carácter de disposição de protecção de interesses alheios, centrando-se a sua análise no problema de saber se os regulamentos policiais podem ou não ascender a tal qualificação. Só que, e cremos não errar neste nosso juízo, ao mesmo resultado se chegaria, independentemente da questão da qualificação normativa, ao considerar que o dano experimentado não se encontra entre aqueles que a norma visa evitar]. Cf., ainda, GERT BÜGGERMEIER, *Haftungsrechts...* cit., p. 536.

¹²⁹⁵ Na doutrina estrangeira, entre outros, para a especificação do conceito de disposição legal de protecção de interesses alheios, cf. RÜMELIN, “Die Verwendung der Kausalbegriffe im Straf- und Zivilrecht”, ... cit., p. 186 e ss.; ROBERT KNÖPFLE, “Zur Problematik der Beurteilung einer Norm als Schutzgesetz im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB”, *Neue Juristische Wochenschrift*, 1967, p. 697-702; CANARIS, “Schutzgesetze-Verkehrspflichten-Schutzpflichten”, ... cit., p. 49 e ss; HEINRICH DÖRNER, “Zur Dogmatik der Schutzgesetzverletzung”, *Juristische Schulung. Zeitschrift für Studium und Ausbildung*, 27. Jahrgang, 1987, p. 522 e ss.

¹²⁹⁶ Não respondendo directamente à questão, mas indiciando uma solução positiva, pela recusa de autonomização do abuso do direito como modalidade de ilicitude delitual, cf. CAPELO DE SOUSA, *Teoria Geral do Direito Civil*, cit., p. 205, nota 504. O autor considera ser o artigo 334º CC uma norma de protecção de interesses alheios. Ora, o carácter aberto do preceito, a impor a sua redensificação em sede judicial, implica que seja o julgador a, em face das exigências do caso concreto, descobrir o dever de conduta concretamente violado. Em causa, portanto, a dilemática questão de saber se os deveres de prevenção do perigo se reconduzem à primeira modalidade de ilicitude, à segunda modalidade ou se se podem autonomizar das previsões do § 823 BGB (correspondente ao nosso artigo 483º CC).

¹²⁹⁷ Sobre o ponto, cf. MERTENS, *Münchener Kommentar ...* cit., p. 1496 e ss., que, falando do problema da equiparação entre as normas de protecção e os deveres no tráfego, considera que as normas de protecção consagram, por via legislativa, deveres no tráfego. A violação dos deveres do tráfego constituiria uma nova modalidade delitual, a ser reconduzida a um cogitável § 823 III (cf. p. 1498).

Cf., igualmente, LARENZ, “Rechtswidrigkeit und Handlungsbegriff im Zivilrecht”, ... cit., p. 189 e ss., considerando que o círculo de bens protegidos pelos deveres de segurança no tráfego se retira do § 823 I BGB. Veja-se, ainda, LARENZ/CANARIS, *Lehrbuch...* cit., II/2, p. 405, sustentando que o § 823 II BGB apenas protege interesses que não se reconduzem a direitos absolutos quando o ordenamento jurídico tenha reconhecido a sua dignidade através de outras normas, pelo que a criação jurisprudencial de deveres de segurança no tráfego não poderia ter como resultado uma ampliação da tutela delitual (sobre o ponto, ver o nosso *Liberdade versus responsabilidade...* cit., onde, lidando com o problema, cremos ter mostrado a possibilidade de tais deveres se autonomizarem, em situações excepcionais, colimadas no abuso do direito, das previsões delituais básicas do artigo 483º CC, correspondente ao § 823 BGB).

¹²⁹⁸ Concordamos, portanto, com SINDE MONTEIRO. E, como veremos, alguns dos argumentos em que nos alicerçamos serão também coincidentes com os do civilista. Sem que, contudo, o percurso dialógico encetado para aí chegar seja o mesmo.

Em causa não estará, sequer, a consciência da distância que separa a prescrição legislativa da decisão judicativa ou, dito de outro modo, a percepção da natureza específica da norma do caso, a afastar-se da norma concretizada de KELSEN, porque, se aí o problema é estritamente metodológico, aqui ele coloca-se em termos dogmáticos, sendo a esse nível que deve buscar a solução. Sem que com isso se abdique da pressuposição transsistemática que sempre anima a procura da decisão justa.

É, portanto, atendo-nos ao sistema de direito já constituído e ao fundamento em que ele se louva, num jogo dialéctico sempre presente, que se há-de encontrar a chave para a dilucidação do nosso problema.

De um lado, as exigências constitutivas da juridicidade que, fazendo apelo à pessoa livre e responsável, conduziriam à afirmação da sua responsabilidade em face do terceiro lesado. De outro, a imperiosa necessidade, pelos motivos atrás expostos, de limitação dessa responsabilidade, a traduzir-se na adopção de critérios de imputação precisos, objectivamente a implicar a ilicitude. Uma ilicitude interpretada à luz daquela pessoalidade, e, dessa feita, vista como projecção imediata – de sentido negativo – do princípio normativo do direito como direito, mas ainda assim eivada pelas notas intencionais delimitadoras que se lhe reconhecem. E que, dogmaticamente, se reconduzem, na análise da conformação do sistema já constituído, às notas de restrição ressarcitória.

Erigida em modalidade charneira da responsabilidade, a violação de direitos absolutos assume-se como pórtico de entrada do instituto, identificando-o, as mais das vezes, por antonomásia. Seria, por isso, estranho que se invertesse a arquitectura consagrada, pela abertura desmedida da cláusula delitual, a permitir uma ampla tutela do património¹²⁹⁹, pelo que se impõe a adopção de critérios de circunscrição da relevância da violação das disposições legais de protecção de interesses alheios.

Com o que se pergunta se não será isto a confissão positivista do predomínio do sistema ou mesmo da admissão da interpretação de índole histórica que a seu tempo

¹²⁹⁹ Cf., no mesmo sentido, *inter alia*, SINDE MONTEIRO, *Responsabilidade por conselhos...* cit., p. 253; CANARIS, “Schutzgesetze-Verkehrspflichten-Schutzpflichten”, ... cit., p. 49 e ss.

CANARIS mostra-se, por isso, muito restritivo na qualificação das normas que podem aceder à qualificação de disposições de protecção. Sobre o ponto, em sentido tendencialmente concordante, veja-se, entre nós, SINDE MONTEIRO, *ult. op. cit., loc. cit.*

Em sentido contrário, apresentando razões para a não circunscrição das normas de protecção às normas penais, veja-se ADELAIDE MENEZES LEITÃO, *Normas de protecção...* cit., p. 429. Cf., igualmente, p. 418 (questionando se, para além da questão da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, as normas constitucionais podem ser utilizadas como disposições de protecção) e p. 377 (onde se coloca o problema de saber se as normas internacionais e as normas comunitárias podem valer como tal).

recusámos. Mas sem crermos, contudo, que os temores demonstrados tenham razão de ser.

Por um lado, é a remissão da norma para o sistema que legitima tais conclusões e não o perscrutar de uma intenção subjectivista que terá, em tempo devido, presidido à consagração do preceito legal. Em causa, portanto, uma interpretação dogmática que, sabemo-lo também, não se diferencia totalmente da interpretação teleológica, posto que aquele sistema tem uma intencionalidade problemática incontornável. E é por isso que, afastada que esteja a visão estrita dessa teleologia para a aceitarmos no sentido mais fundo de incorporação da própria teleonomia, se há-de chegar a perceber que, de facto, a arquitectura sistemática em si mesma não garantiria a conclusão do nosso discurso, posto que, viabilizando a delimitação da juridicidade a partir dele, poderia deixar sem resposta casos que reclamassem, pela pressuposição das exigências de sentido que entretecem a normatividade, uma resposta de direito.

O que, não obstante, não nos leva aos antípodas das nossas conclusões. Na verdade, o sistema como um todo apresenta uma cláusula de salvaguarda – o abuso do direito – a ser mobilizado sempre que o caso concreto, do qual se parte, apresente uma intencionalidade problemática a reivindicar o ressarcimento que, de outro modo, seria negado. Só que, se o faz em nome da actualização da personalidade – e portanto com fundamento directo na liberdade indissociável da responsabilidade –, o que aí está em causa é, afinal, em primeira linha, e sem apagar a nota de comutatividade denunciada preteritamente, um desvalor de conduta¹³⁰⁰.

¹³⁰⁰ Sobre a questão do abuso do direito, cf., evidenciando o cepticismo com que a figura é acolhida no seio do ordenamento jurídico italiano, UGO NATOLI, “Note preliminari ad una teoria dell’abuso del diritto nell’ordinamento giuridico italiano”, *Rivista Trimestre di Diritto e Procedura Civile*, anno XII, 1, 1958, p. 18-37. Veja-se, em especial, p. 36. Concita a leitura das páginas citadas uma dúvida que percorre transversalmente o espectro jurídico italiano: pode ou não o abuso do direito configurar-se como uma figura dogmática autónoma ou estaremos diante de um mero limite ao exercício do direito que, uma vez comprovado, implica a inexistência dele, não deixando margem para a representatividade de uma especial figura de ilícito. A resposta que pessoalmente encontramos para ela, na problematidade que envolve, não destoa daquilo que temos vindo a salientar neste e noutros estudos.

Sobre o problema do abuso do direito no ordenamento jurídico italiano, cf., ainda, CARLO CASTRONOVO, “Abuso del diritto come illecito atípico?”, *Europa e diritto privato*, 3/2006, p. 1051-1060. Apresentando três modos de concepção do abuso (contraste de uma regra com um princípio, cláusula geral, ou lacuna axiológica a impor a ponderação de interesses pelo intérprete), o autor considera não se estar diante de um ilícito atípico. Para tanto, polemiza com ATIENZA e RUIZ MANERO, e aventa a possibilidade de se olhar para o abuso do ponto de vista da contrariedade entre uma regra e um princípio. A páginas 1059 podemos ler que “se il diritto attribuito al suo titolare è segnacolo dell’attribuzione di uno spazio di autonomia, come dicono gli autore, tale autonomia trova il suo limite nel dovere di solidarietà cioè nel punto in cui la pretesa contenuta nel diritto deve cedere di fronte all’interesse contrapposto del danneggiato quando quest’ultimo appaia socialmente prevalente”. Considera, porém, haver uma polarização no direito positivo que não deve ser confundida com o carácter abusivo proprio *sensu*.

Dir-se-á, então, que, pré-compreendendo os dois vectores que animam o direito delitual – o desvalor de resultado e o desvalor de conduta –, o primeiro anuncia a ilicitude resultante da violação de direitos absolutos e o segundo aquela colimada no excepcional abuso do direito¹³⁰¹.

Situar-se-á a segunda modalidade de ilicitude a meio caminho. Por um lado, inexistente um resultado que, por si só, garanta a anti-juridicidade da conduta. Por outro, não é qualquer infracção que desencadeia a pretensão ressarcitória, mas só aquela que aponte para um mínimo de incidência negativa na esfera do outro, o que, sendo denotado pelo apego ao interesse legalmente protegido, nos fará encontrar o critério de ancoragem para a delineação da categoria em apreço.

É certo que tudo isto deve ser entendido *cum grano salis*. Não só o resultado não pode deixar de relevar, qualquer que seja a modalidade de ilicitude delitual concretamente em causa, atentas que sejam as finalidades primárias do instituto, como o desvalor de conduta não pode deixar de marcar o seu trilho conjuntamente com ele. O que se pretende, pois, assinalar é o maior ou menor pendor que cada um deles assume consoante a forma de imputação seleccionada à luz das especificidades do caso concreto^{1302 1303}.

Veja-se, ainda, ANNAMARIA GALOPPINI, “Appunti sulla rilevanza della regola di buona fede in materia di responsabilità extracontrattuale”, *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, anno XIX, 1965, p. 1386-1417. Começando por questionar a problemática da *ingiustizia del danno*, reconduzida à definição da ilicitude delitual, a autora acaba por constatar que em causa estará, entre outros aspectos, uma ideia atinente aos limites dos direitos subjectivos e ao tema das causas de justificação. Poderá o exercício de um direito ser entendido como tal? [cf. p. 1394]. A eventual resposta afirmativa conduzir-nos-ia à fronteira do liberalismo individualista, por nós já recusado, bem o sabemos, importando, contudo, a distinção dogmaticamente erigida entre o genérico exercício de um direito e o exercício de um direito definido [Veja-se p. 1394, com a referência à dicotomia a que aludimos]. Concretizando os dados de que parte, a autora acaba por se enredar na escarpelização dos limites do direito subjectivo, porquanto o exercício do mesmo possa ser tido como excludente da injustiça do dano, sobretudo se não reportado a uma liberdade genérica de agir. E é nesse âmbito que, tendo em conta a importância dos princípios normativos conformadores daquele, questiona qual o relevo do princípio da boa fé no seio da responsabilidade extracontratual [cf. p. 1398 e ss.], aportando, então, à consideração da susceptibilidade de densificação do conteúdo normativo do artigo 2043º CC segundo a doutrina do abuso do direito [cf. p. 1407], no âmbito do que afirma que “il problema della responsabilità per abuso del diritto non possa essere ricondotto *tout court* al problema della responsabilità aquiliana nell’esercizio dei diritti e risolto in esso senza residui”, antes se consubstanciando num “limite intrinseco alla determinazione normativa di un diritto soggettivo” [cf. p. 1410].

Para maiores desenvolvimentos, que vão muito além destas pontuais considerações, cf. *infra* o que se dirá sobre o tema do abuso de direito concatenado com a responsabilidade civil.

¹³⁰¹ Saliente-se que a excepcionalidade de que se fala tem como resultado indesmentível a manutenção da configuração sistémica a que, pela importância do estrato normativo no quadro de um sistema de legislação como o nosso, não podemos ser alheios.

¹³⁰² Com o que se justifica um *continuum* de e na responsabilidade civil que a seu tempo explicitaremos devidamente.

Cf. , a este propósito, a explicitação de CANARIS, “Schutzgesetze-Verkehrspflichten-Schutzpflichten”, ... cit., p. 33 e ss, considerando que a responsabilidade pela violação de normas de protecção se situa entre a responsabilidade por culpa e a responsabilidade pelo risco, pelo menos no caso dos delitos de

Pelo que aquele critério que anunciámos se torna claro.

Fora das hipóteses em que exista um direito com eficácia *erga omnes*, é possível ainda identificar algumas situações subjectivas a traduzir determinados interesses dignos de tutela. Uma tutela que é estabelecida a par da protecção de interesses públicos.

Percebe-se, por isso, que em causa esteja a violação de uma norma legal, isto é, proveniente de um órgão estadual, posto que a legitimidade para edificar a referida protecção reside no poder legislativo, e que ela tutele interesses particulares, porquanto só assim possam ser considerados os interesses legalmente protegidos¹³⁰⁴.

E se a desvelação da segunda modalidade de ilicitude depende da anterior assimilação do âmbito de relevância concreto do caso pelo âmbito de relevância hipotético, teleologicamente compreendido, de uma norma primária ordenadora de condutas, percebe-se também que toda a imputação assim vazada transpire essa dependência e apresente um recorte específico.

Na verdade, a insuficiência do resultado para justificar a reacção do ordenamento faz impender sobre a conduta o peso acrescido de ancoragem da imputação que se estabelece. E, exactamente por isso, ela apresenta uma concretude – própria da proibição normativa que foi posta em causa – que não pode deixar incólumes as soluções ensaiadas aquando da mobilização do sistema à luz das especificidades do caso concreto.

Nesse sentido, ecoam as palavras de SINDE MONTEIRO a propósito do tema: “ (...) enquanto a ordem jurídica, ao conformar um direito como absolutamente protegido, apenas impõe a qualquer terceiro fazer o objectivamente possível a um

perigo abstracto (isto tendo em atenção que a culpa se dirige à preterição do comando e não ao resultado lesivo), e ainda as referências que ulteriormente indicaremos sobre o ponto.

¹³⁰³ Cf., neste sentido, KNÖPFLE, “Zum Problematik des Beurteilung einer Norm ...”, ... cit., p. 697-702. Considera o autor que o § 823 I encerra, sobretudo, um desvalor de resultado; ao invés, o § 823 II faz sobressair o desvalor de conduta (cf. p. 700).

¹³⁰⁴ Para uma distinção entre os interesses colectivos, interesses difusos e interesses legalmente protegidos, cf. o que se diz *infra*.

V., a este propósito, GERT BÜGGERMEIER, *Haftungsrechts...* cit., p. 537 e ss. Afirma BRÜGGEMEIER que importa saber se a norma tem ou não em vista a protecção de outros. O § 823 II, tal como o 823 I, assume-se como um âmbito de protecção de um especial interesse individual. Neste contexto, a tradicional fórmula, segundo a qual se impõe que a norma proteja não só a colectividade, mas também erija a protecção de uma pessoa ou grupo de pessoas, é uma tautologia. O problema passa por saber como determinar a finalidade da norma, abrindo-se dois caminhos: a) saber se a norma também prossegue a protecção de um interesse individual; b) saber se a protecção jurídica delitual desses interesses privados se justifica. Nesta medida, a norma deve proteger especiais interesses privados (*sachlichen Schutzbereichs*), de um especial círculo de pessoas (*personellen Schutzbereichs*), contra um especial risco (o bem jurídico deve ter sido violado pelo modo contra o qual a norma edificava a sua protecção – *modaler Schutzbereich*).

homem médio para evitar o pôr em perigo desse direito, as disposições de protecção prescrevem formas de conduta bem concretas e determinadas, trazendo com isso para o lesado a vantagem de que a ilicitude do comportamento é mais fácil de comprovar”¹³⁰⁵.

São vários os nichos em que as especificidades referidas se fazem notar.

Continuando a acompanhar o pensamento de SINDE MONTEIRO¹³⁰⁶, dir-se-á que a primeira repercussão dogmática da mobilização activa da segunda modalidade de ilicitude se há-de encontrar logo ao nível da culpa. Sublinha o autor que “a culpa tem agora de se referir apenas à própria violação da norma e já não à violação dos bens jurídicos”¹³⁰⁷.

O alcance exacto da afirmação só pode, contudo, ser logradamente apreendido se e quando tivermos em conta a estrutura da norma violada, reforçando-se a nota de dependência a que já fizemos alusão. Do mesmo modo que pressupõe como dado seguro que, no plano da primeira modalidade de ilicitude, a culpa apenas se refere à violação do direito e já não aos danos subsequentes sofridos a partir daí¹³⁰⁸.

Para tanto importa tecer alguns esclarecimentos adicionais.

Em primeiro lugar, relembramos a ligação entretecida entre a categoria em apreço e a noção de interesses legalmente protegidos¹³⁰⁹. Quer isto dizer que, contra o que sustentam alguns autores¹³¹⁰, não tem de haver uma coincidência entre os interesses

¹³⁰⁵ Cf. SINDE MONTEIRO, *Responsabilidade por conselhos...* cit., p. 238.

Importa sublinhar a fórmula do autor. Efectivamente, embora realce ao longo da sua dissertação a nota do resultado como ponto de ancoragem da primeira modalidade de ilicitude, não deixa SINDE MONTEIRO de referir-se, neste ponto específico, ao outro prisma com que a mesma pode ser analisada – a do dever que o lesante pretere.

Não tecendo maiores considerações acerca do ponto, neste momento, anunciamos, contudo, que o mesmo será retomado em tempo devido e alertamos para o facto de as palavras que aqui chamámos à colação deporem no sentido fundacional por nós identificado.

¹³⁰⁶ E fazemo-lo neste ponto particular, como noutros, pelo especial e originário contributo do autor na matéria ao nível da doutrina pátria. Cf. SINDE MONTEIRO, *Responsabilidade por conselhos...* cit., p. 240 e ss.

¹³⁰⁷ Cf. SINDE MONTEIRO, *Responsabilidade por conselhos...* cit., p. 239. No mesmo sentido, cf., *inter alia*, TRAEGER, *Der Kausalbegrif...* cit., p. 377-379; LARENZ/CANARIS, *Lehrbuch...* cit., II/2, p. 445.

Em sentido diverso, cf. HANS STOLL, *Kausalzusammenhang und Normzweck im Deliktsrecht, ...* cit., p. 22 e ss. O autor considera que o § 823 II BGB não se esgota na violação da norma, sustentando que a culpa também se deve referir ao interesse violado, uma vez que, se assim não fosse, o risco de responsabilidade tornar-se-ia tanto maior quanto mais geral e abstracta fosse a norma que preconiza uma proibição de pôr em perigo.

¹³⁰⁸ Esta é, aliás, a razão de ser da autonomização da causalidade como requisito de procedência da pretensão indemnizatória. E é, ademais, o fundamento invocado por muitos para a rejeição da doutrina protagonizada, entre nós, por GOMES DA SILVA.

¹³⁰⁹ Nesse sentido, quando chamamos à colação a doutrina de SINDE MONTEIRO e explicitamos que a norma em questão tem de proibir um determinado comportamento, temos em mente, na esteira da precisão feita pelo civilista, ao dicotomizar as acções e as omissões, que a mesma possa impor uma dada acção como obrigatória.

¹³¹⁰ Assim, cf. TRAEGER, *Der Kausalbegriff ...* cit., p. 376 e ss., considerado que o § 823 II não acrescenta nada ao § 823 I BGB, sendo o seu alcance meramente subjectivo, ou seja, ele só teria relevo em sede de

aqui intencionados e os bens jurídicos protegidos, *ex via direito absoluto*, ao abrigo da primeira modalidade de ilicitude. cremos, de facto, que o segmento em apreço do artigo 483º, nº1 CC – embora da forma prudente que impele à contemplação da conduta e não apenas do resultado – é de molde a alargar o espectro dos valores tutelados delitualmente.

De outro modo, tornar-se-ia incompreensível – se bem que não despidianda – a bifurcação criteriológica¹³¹¹. O que não significa, porém, que não possa haver uma coincidência entre eles¹³¹². Pensemos na norma que proíbe a circulação automóvel a uma velocidade superior a 120 km/h para evitar o perigo dos outros utentes da via. Estaríamos, aí, diante de uma concretização de determinados deveres de cuidado^{1313 1314}.

A partir dela, tomada como exemplo, e imaginado que *B*, conduzindo a 180 km/h, colide com o veículo de *C*, ferindo-o gravemente, construamos duas hipóteses

determinação da culpa que se passa a referir à norma violada e não ao resultado. Para ele, não é bastante a violação culposa da norma de protecção, sendo necessário que o resultado lesivo implique a preterição de um dos bens jurídicos previstos no § 823 I BGB.

¹³¹¹ Assim, na Alemanha, o § 823 I serviria para tutelar direitos e bens jurídicos com eficácia *erga omnes*, enquanto o § 823 II se destinaria à protecção de interesses.

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

Veja-se, ainda, WOLFHARD KOHTE, “Normzweck und Interessenabwägung bei der Auslegung des § 823 II BGB, – BGH NJW 1987, 1818”, *Jura*, 1988, Heft 3, p. 125 e ss., em especial p. 128 e ss., sublinhando a importância da segunda modalidade de ilicitude ao apresentar a sua dupla função: alargamento das hipóteses susceptíveis de ressarcimento; repercussão em sede processual.

¹³¹² Importa, a este ensejo, referir que dialogam na doutrina duas posições acerca da concreta comunicação entre as duas modalidades de ilicitude. De um lado, encontramos os autores que, constatando a coincidência de bens jurídicos tutelados por uma e outra, sustentam que a segunda via de desvelação do ilícito não pode funcionar no sentido da limitação do âmbito de protecção conferido pela primeira. Nesse sentido, cf. SINDE MONTEIRO, *Responsabilidade por conselhos...* cit., p. 254 e ss.; NUNO MANUEL PINTO DE OLIVEIRA, “O problema da ilicitude das condutas conformes às leis de protecção do ambiente. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 17.1.2002”, *Cadernos de Direito Privado*, nº12, Outubro/Dezembro, 2005, p. 13-20; ADELAIDE MENEZES LEITÃO, *Normas de protecção...* cit., p. 561. De outro lado, estariam aqueles que sustentam que a norma de protecção positivaria uma ponderação entre interesses do lesante e do lesado pelo que qualquer conduta que, atentando bens jurídicos nela tutelados, não preenchesse o seu conteúdo impositivo e/ou proibitivo deveria ser considerada lícita. cremos não ser sustentável o segundo entendimento posto em diálogo. Duas razões apontam claramente no sentido do seu afastamento: a) aceitá-lo implicaria um reconhecimento de que o estrato normativo ditaria a relevância jurídica dos comportamentos, independentemente das exigências de sentido comunicadas por cada caso, aproximando-nos perigosamente de uma lógica positivista nos termos da qual o que não é proibido é permitido; b) em contravenção com a própria ideia do domínio ou predomínio sistemático, inverter-se-ia a relação hierárquica entre as hipóteses delituais básicas plasmadas pelo legislador.

¹³¹³ Nesse sentido, cf. SINDE MONTEIRO, *Responsabilidade por conselhos...* cit., p. 239. Refere o autor que nestes casos não se alarga a protecção de bens jurídicos que já resultava da primeira modalidade de ilicitude.

¹³¹⁴ Por uma questão de facilidade argumentativa, vamos pôr de lado, momentaneamente, o facto de o legislador ter tipificado os danos resultantes dos acidentes de viação como um dos casos de imputação pelo risco.

discursivas diversas, cada uma das quais centrada numa específica modalidade de ilicitude extracontratual¹³¹⁵.

No que à primeira tange, ela desvelar-se-ia pelo resultado lesivo, ou seja, pela violação do direito à integridade física. Essencial seria, contudo, e deixando por ora de lado o nexó de causalidade exigível¹³¹⁶, que o lesado viesse provar a culpa do agente perpetrador do ilícito¹³¹⁷. Para tanto, entende-se ser a culpa um desvio na conduta que era exigível a um homem médio, traduzindo-se – na sua conformação básica da negligência – na preterição de um dever de cuidado, a pressupor a previsibilidade do dano e a exigibilidade de adopção de um comportamento diverso. E sustenta-se que a mesma deve ser referida à violação do direito de que se parte e não aos danos concretos em que a mesma se refracte.

Já no âmbito de relevância da segunda modalidade de ilicitude, algumas notas de dissenso haveriam de ser sublinhadas, pese embora as mesmas sejam amparadas por zonas de convergência.

A ilicitude seria matizada, já não pela violação da integridade física, mas pela quebra de uma norma legal de protecção de interesses alheios. Na sindicância dela, urgia, em primeiro lugar, num juízo interpretativo que se afigura essencial, indagar acerca da referida natureza da prescrição normativa mobilizada. Para tanto, há que ter em conta que a norma deve intentar a protecção de interesses particulares contra determinados perigos, na sua hipótese normativa tipificados.

Ora, no caso concreto, parecem eles identificar-se, a par do interesse público na segurança rodoviária, com os interesses na incolumidade da integridade física e propriedade dos utentes estradais.

A norma vem tutelar uma zona específica do bem jurídico objecto de protecção pelo direito absoluto cuja violação tinha sido denotada ao abrigo da primeira modalidade de ilicitude delitual. Ou melhor, a disposição legal vem estabilizar um

¹³¹⁵ Circunscrevemo-nos, por ora, às duas modalidades básicas de ilicitude previstas expressamente no artigo 483º CC.

¹³¹⁶ Não há, a despeito do que poderia ser pensável, qualquer paradoxo neste abandono momentâneo do nosso tema de referência. Na verdade, se o que pretendemos é compreendê-lo adequadamente, cumprindo as exigências comunicadas pelos diversos casos concretos e, simultaneamente, a intencionalidade predicativa da juridicidade que nos ampara, percebe-se que previamente tenhamos de recortar o quadro onde ela vai cumprir o seu desiderato, quer porque o mesmo condicionará o olhar sobre aquela derramado, quer porque só assim estaremos em condições de perceber o seu modo de funcionamento.

¹³¹⁷ Não esquecemos a existência da previsão de responsabilidade objectiva por danos causados por veículos automóveis. Simplesmente, ela não impede que possa procurar a responsabilização do agente com fundamento em culpa. Tal pode, aliás, ter vantagens para o lesado, atentos os limites indemnizatórios com que somos confrontados no quadro da responsabilidade pelo risco.

modo de evicção daquela posição subjectiva eficaz *erga omnes* que, exactamente por o ser, já era protegida em termos gerais.

Há que, portanto, procurar a mais-valia da sobreposição denotada.

Dir-se-á, como já se disse, que a culpa se refere exclusivamente à violação da norma, não tendo de ser previsível o resultado. Só que, como bem nota SINDE MONTEIRO, não há aqui grande divergência em termos práticos, dado que “quem tem de prever o perigo concreto tem sempre de contar com a realização do resultado”¹³¹⁸.

Passaria, então, para o insigne civilista, a apurada compreensão do sistema pela dicotomização entre os delitos de perigo concreto e de perigo abstracto, posto que, nos segundos, “nem sequer é necessário que seja previsível a ocorrência de um dano”, correspondendo a divisória à distinção entre as disposições de protecção em sentido amplo e em sentido estrito¹³¹⁹. Com o que também não se agigantariam as consequências práctico-normativas, dado que não só a existência de qualquer dessas normas não conduz à redução do âmbito de protecção, mas tão-só ao seu alargamento¹³²⁰, como a estabilização legislativa de um comportamento tido por perigoso torna difícil a afirmação da não cognoscibilidade do resultado pelo lesante.

Haveria para SINDE MONTEIRO um adiantamento da responsabilidade sempre que em causa estivesse a proibição de um pôr em perigo abstracto. Elas incluiriam “também justamente a falta de cognoscibilidade de um concreto pôr em perigo nas suas

¹³¹⁸ Cf. SINDE MONTEIRO, *Responsabilidade por conselhos...* cit., p. 239.

¹³¹⁹ Cf. SINDE MONTEIRO, *Responsabilidade por conselhos...* cit., p. 240. A distinção, neste quadro, não é, porém, exclusiva do pensamento do civilista português (para quem só as normas de perigo abstracto são normas de protecção *stricto sensu*). Encontramo-la, também, *inter alia*, em VON BAR, *Verkehrspflichten*, ... cit., p. 286-287

Note-se que, para SINDE MONTEIRO, a generalidade das normas do código penal, na medida em que protegem bens jurídicos coincidentes com os que, ao nível do direito civil, são tutelados por via de direitos absolutos, não seriam verdadeiras disposições de protecção em sentido estrito (a sua importância ficaria, pois, limitada ao facto de estabelecerem uma proibição de pôr em perigo concreto).

Quanto ao ponto, cf., ainda, MENEZES CORDEIRO, *Direito das Obrigações...* cit., II, p. 344 e ss., incluindo na categoria as normas destinadas a proteger interesses pessoais como a vida, a honra, as normas de direito privado que tenham como intenção evitar violações de direitos e normas que, protegendo a colectividade, incluem a tutela do lesado; RUI DE ALARCÃO, *Direito das Obrigações...* cit., p. 241 e ss.; Veja-se, também, entre nós, ADELAIDE MENEZES LEITÃO, *Normas de protecção...* cit., p. 221, considerando que o § 823 II BGB só consegue atingir um campo de aplicação autónomo quando recorre a normas de conduta abstractas, como, por exemplo, a que proíbe circular a mais de 50 km/h dentro das localidades.

Sublinhe-se, por isso, em abono do rigor, e na sequência do que ficou dito nesta nota que, não obstante o que dizemos em texto, o exemplo de que partimos neste pequeno excurso reporta-se a uma proibição de pôr em perigo abstracto.

¹³²⁰ Cf. SINDE MONTEIRO, *Responsabilidade por conselhos...* cit., p. 241-242.

considerações de protecção e impedem por isso o agente de invocar a falta de cognoscibilidade desse concreto pôr em perigo”¹³²¹.

No que nos diz respeito, cremos não haver aí uma dessintonia latente. Na verdade, pode o agente, com o seu comportamento, apenas prever a violação da norma delitual, mas, ao fazê-lo, e porque a negligência se basta com a previsibilidade de um homem médio, não impondo que o agente tenha, de facto, previsto o resultado, não pode deixar de reconhecer a possibilidade de aquele sobrevir.

Os delitos de perigo abstracto caracterizam-se pela inexigibilidade de verificação de um resultado. Mas, na mobilização civilística que destas normas se faça, porque consumada à luz das exigências que o caso, inteligido dialecticamente de acordo com um sistema privatístico que se pressupõe, parece esbater-se a anunciada diferença. Em apreço, verdadeiramente, estaria a previsão, pelo legislador, de um comportamento perigoso e susceptível de pôr em causa determinados interesses polarizados num grupo delimitado de sujeitos particulares. Se em determinadas situações se basta com a censura dirigida à conduta, antecipando a protecção, noutras, exige-se um resultado, ainda que seja um puro pôr em perigo. Este, incorporado no âmbito normativo, faria parte do tipo, pelo que a norma vertida em disposição de protecção, uma vez violada, obviamente o incorporaria e, havendo culpa referida à preterição dela, o próprio resultado seria tido como culposo. Ou seja, violada a norma, o perigo concreto não pode deixar de ser reconhecido pelo agente. Assim, por exemplo, no caso do artigo 138º Código Penal. Que, do puro ponto de vista civilístico, não teria outro efeito útil senão o de fixar um determinado dever de conduta.

Outra seria a impositação do problema no caso de um pôr em perigo abstracto. Pense-se no crime de propaganda ao suicídio. Só que, em rigor, a partir do momento em que o legislador fixa a proibição do comportamento – por detidamente o considerar perigoso, atentos determinados bens jurídicos – e o sujeito oblitera a proscrição, ainda que ele não preveja o resultado, não pode deixar de aventar a possibilidade de ele eclodir. Tanto mais que, para efeitos de culpa, é tido segundo o padrão do homem médio.

Donde se pergunta se não estaremos, também aqui, e sempre que os interesses tutelados coincidam com direitos absolutos, na presença de deveres de cuidado ou

¹³²¹ Cf. SINDE MONTEIRO, *Responsabilidade por conselhos...* cit., p. 244.

prevenção do perigo. No caso que trouxemos à colação, pode *B* deixar de prever a lesão da integridade física de *C* ao conduzir a 180 km/h?

Uma linha divisória, aos nossos olhos, se impõe, portanto. Aquela que coloca, de um lado da fronteira, as disposições de protecção de interesses alheios distintos dos direitos subjectivos e, do outro, as que intentem tutelar interesses confluentes com essas posições dotadas de eficácia *erga omnes*¹³²².

Neste caso, estaríamos presos à primeira modalidade de ilicitude delitual, facilitando-se, contudo, a posição do lesado pelas repercussões que a estabilização legiferante da comunidade de perigo teria em matéria de culpa e causalidade. No outro, a ilicitude do segundo segmento do artigo 483º CC ganharia vida própria.

Centrar-nos-emos, contra o que eventualmente seria expectável, naquele e não neste. Primeiro, porque descontada a conexão referida, as repercussões que pretendemos evidenciar em matéria de culpa e de causalidade não distam sobremaneira entre si. Segundo, porque assim poderemos retirar conclusões a ser transpostas para o quadro da violação dos direitos absolutos.

29. 1. A culpa ao nível da segunda modalidade de ilicitude delitual

Ao falar de culpa a propósito da segunda modalidade de ilicitude delitual tornamos implícitas duas questões já afloradas: o pólo de referência desse juízo de censura e a repartição do ónus da prova¹³²³.

¹³²² Sobre o ponto, veja-se, igualmente, ADELAIDE MENEZES LEITÃO, *Normas de protecção...* cit., p. 618 e ss. A autora fala de dois núcleos distintos de normas de protecção: a) normas que se localizam no âmbito de protecção dos direitos subjectivos, como seu complemento ou concretização, de que é exemplo a norma que proíbe a condução de veículos automóveis a uma velocidade superior a 50km/h nas localidades (teriam como vantagem o alargamento da ilicitude e do âmbito de protecção, permitindo um mais fácil preenchimento dos pressupostos da imputação delitual. Assim, segundo testemunha a autora, em consonância com a posição de outros juristas já por nós citados, a ilicitude cingir-se-ia à violação da norma, não ficando dependente da lesão do direito subjectivo, pelo que abrangeria o perigo de lesão do bem jurídico protegido – cf. p. 619; a culpa verter-se-ia num juízo de censura sobre aquela; a causalidade implica aferir se o resultado danoso se produziu no círculo de protecção da norma); b) normas que não se inserem no âmbito da protecção dos direitos subjectivos, mas permitem autonomizar a tutela de outros interesses.

¹³²³ São, aliás, as questões tratadas por SINDE MONTEIRO nas páginas citadas da obra que temos vindo a acompanhar neste excuro. Note-se, ademais, que ao sopesá-las, o autor atribui um peso relativo superior, em ordem de importância, à primeira – cf. SINDE MONTEIRO, *Responsabilidade por conselhos...* cit., p. 268, nota 308.

Sobre o problema da culpa ao nível da segunda modalidade de ilicitude, cf., *inter alia* e independentemente de ulteriores citações, FIKENTSCHER, *Schuldrecht*, ... cit., p. 775 (FIKENTSCHER/HEINEMANN, *Schuldrecht...* 10. Aufl., cit., p. 795); KAROLLUS, *Funktion und Dogmatik der Haftung aus Schutzgesetzverstoß*, 1992, p. 263 e ss. [cf., também, VON BAR, “Rezension: Karollus,

No que ao primeiro tange, tentámos explicitar que a conversão de uma norma legal em disposição de protecção de interesses alheios – mostrando que ela em si mesmo pouco vale, retirando-se, antes, do seu conteúdo o critério de orientação da solução que se procura, atentas as exigências de sentido comunicadas pelo caso concreto e a intencionalidade normativa do domínio dogmático apto a assimilá-lo – nos faz chegar – ainda que preservando o rigor da análise, porquanto o direccionamos para a violação da norma *tout court* – a resultados não muito díspares daqueles a que, no âmbito da primeira modalidade de ilicitude, seríamos conduzidos¹³²⁴.

Martin, Funktion und Dogmatik der Haftung aus Schutzgesetzverletzung”, *Archiv für die civilistische Praxis*, 192, Heft 5, 1992, p. 441 e ss.]

¹³²⁴ Explicitemos o que, porventura, possa ter ficado implícito. O legislador consagra, no artigo 483º CC, a possibilidade de se desvelar a ilicitude extracontratual por via da violação de disposições legais de protecção de interesses alheios. Saber o que elas são é matéria controversa, deixada ao labor jurisprudencial e doutrinal. Duas notas parecem, no entanto, prestimosas na orientação dessa tarefa. De um lado, a referência inolvidável ao carácter legal da disposição que se pretere; do outro, a protecção de interesses alheios, a chamar a atenção para a noção de interesse legalmente protegido que com o direito subjectivo estabelece uma relação de complementaridade e não de identidade, não havendo uma perfeita sinonímia, pois que a tutela erigida pelo segmento primeiro do artigo 483º circunscreve-se aos direitos absolutos, enquanto aqui – nesta segunda modalidade de ilícito – se haverá de dar abertura à relatividade dos direitos dotados de eficácia *inter partes*.

O legislador estabelecerá uma conduta proibida, a qual é erigida, embora não exclusivamente, para salvaguarda de interesses particulares. Para cumprir tal intenção prescritiva, pode optar por uma de duas vias. Considerar uma conduta proscribida, pela sua especial perigosidade, ou considerar que ela só deve ser considerada ilícita – independentemente do nicho dogmático em que se esteja mergulhado – quando haja um concreto pôr em perigo de determinados interesses.

Neste caso, ao considerarmos que a culpa se refere à violação da norma, estamos, no fundo, a dizer que a culpa se há-de referir também a essa concreta colocação em risco, pelo que nenhuma dessintonia existe em relação à primeira modalidade de ilicitude delitual.

Na primeira hipótese, o preenchimento da norma não envolve a previsão do resultado danoso. Mas não será legítimo que o homem medianamente sensato, prudente, razoável possa vir dizer que não previu o resultado danoso na situação concreta. Pois que, ao ser cristalizada a conduta por via normativa, tal implica que ela seja informada por um potencial danoso que tolhe a justificação aduzida.

Há uma antecipação da protecção, é certo, mas estamos em crer que ela não se projecta, em termos práticos, na exigência ou não de previsibilidade do resultado, dado ser esta implícita. Supomos antes que ela se agigantará naquelo outro problema da repartição do ónus da prova, pelo que, afinal, as duas questões, não sendo uma só, apresentam uma conexão estreita.

Mais se diga que, a partir do momento em que o interesse protegido vem a desembocar num direito subjectivo absoluto, a segunda modalidade de ilicitude de que se fala passa a só ter interesse em matéria de determinação da forma de imputação.

Posto isto, e no seguimento do que anteriormente tínhamos dito, sempre que assim seja não há propriamente uma autonomia valorativa da preterição normativa, mas uma diversa ordenação dos pressupostos de imposição de uma pretensão indemnizatória. Com as disposições em causa a transverterem-se de normas fixadoras de deveres de precaução.

Cf., quanto ao ponto, ADELAIDE MENEZES LEITÃO, *Normas de protecção...* cit., p. 163 e ss. A autora, procurando esclarecer qual o ponto de referência da culpa ao nível da segunda modalidade de ilicitude e atendo-se à análise da evolução doutrinal germânica na matéria, vem dizer que, „segundo a posição corrente, interessam só a previsibilidade e a evitabilidade do comportamento contrário à norma por o § 823 II não se referir a um resultado ilícito. Isto é equívoco na medida em que muitos tipos legais de muitas normas de referência pressupõem um resultado ou pelo menos um resultado de colocação em perigo. A culpa tem de se referir ao tipo legal, o que significa que o ponto de referência da culpa é a ilicitude. Em delitos de perigo abstracto, a culpa é de pressupor só em relação ao comportamento. O tipo legal não exige mais. Em sentido diferente, uma posição exige igualmente que a culpa abranja a violação dos interesses que fundamentam a responsabilidade. Esta solução equipara os pressupostos da culpa do §

Pelo que ficou ensaiado, estamos em crer que a antecipação da protecção normativa de que se cura a esse nível se projecta, isso sim, em sede de tratamento dos pressupostos de procedência de uma pretensão indemnizatória.

Centremo-nos, então, na culpa e na repartição do ónus da prova dela.

Duas posições avultam na doutrina tradicional a este ensejo, qualquer uma delas a apontar para uma alteração à regra geral da prova da culpa pelo lesante¹³²⁵. A ambivalência doutrinal sugerida consubstancia-se na querela que separa os autores que defendem a existência de uma verdadeira inversão do ónus *probandi* e os que se limitam a falar de uma presunção simples^{1326 1327 1328}.

Resulta deste anúncio a intuição clara da repercussão que a previsão normativa de uma conduta proibida tem em matéria imputacional.

Mas, se tal se afigura consensual, os argumentos em que se estribam os diversos autores não comungam da mesma nota.

Situam-se eles em dois níveis. Ao plano da prudência que matiza a racionalidade jurídica, enquanto razão eminentemente prática, junta-se uma panóplia de razões que, quedando-se no plano do direito já constituído, não podem deixar de fazer entrar em cena o sistema como um todo.

Mais impressivamente se dirá que, ao nível da pura intuição do justo, faz sentido que, se se olvida uma regra que pode ser encarada como positivação de um dever de cuidado, o agente faltoso se presuma culpado no seu agir concreto.

Há, porém, que secundar a inclinação inicial pelo rigor dogmático. É, em abono da verdade, o que faz SINDE MONTEIRO¹³²⁹. Colhendo inspiração além-fronteiras,

823 I e II BGB. A responsabilidade não se estendem a todas as consequências possíveis, mas só àquelas que resultam da violação do interesse imediatamente protegido“.

¹³²⁵ Cf. artigo 487º, nº1.

¹³²⁶ Cf. SINDE MONTEIRO, *Responsabilidade por conselhos...* cit., p. 265.

¹³²⁷ Cf., a este propósito, HANS STOLL, “Haftungsverlagerung durch beweisrechtliche Mittel”, *Archiv für die civilistische Praxis*, 176, 1976, p. 145-196, em especial p. 179. O autor diz que não é possível falar, em geral, de uma presunção de culpa e de causalidade ao nível da violação de normas de protecção tendo em conta a estrutura e o conteúdo multiformes de tais prescrições legislativas. Em regra, poder-se-á falar de uma alteração do ónus *probandi* ao nível das normas de pôr em perigo abstracto.

¹³²⁸ Dando conta da divergência, *vide*, também. ADELAIDE MENEZES LEITÃO, *Normas de protecção...* cit., p. 728.

¹³²⁹ No que diz respeito ao tratamento da problemática no seio do direito português, cf., ainda, ADELAIDE MENEZES LEITÃO, *Normas de protecção...* cit., p. 734 e ss. Diz-nos a autora que, quanto ao direito português, não há que falar em inversão do ónus da prova, nem de prova *prima facie*. Partindo da ideia de que não há presunção de culpa para além dos casos em que se justifique a analogia com os artigos 491º, 492º e 493º CC e atendendo a que o critério legal de cuidado é fixado pela norma de protecção, o lesado ao provar a ilicitude do acto está simultaneamente a provar a culpa, pelo que caberá ao lesante afastar a prova de que não houve culpa sua, no sentido de desconhecimento não culposo da norma. No fundo, se a dimensão do cuidado necessário no tráfego é definida pela norma de protecção, quase nada resta para provar ao nível da culpa. Esta ideia, aceite pela autora, colhe inspiração na doutrina e jurisprudência

aponta para a ideia de alteração das regras probatórias – ou, no mínimo, para uma flexibilização das exigências que geralmente elas comunicam e fazem impender sobre o lesado que mobiliza o aparelho judiciário – para o que chama à colação o regime contratual¹³³⁰.

Discerne-se para o autor uma analogia entre as duas situações, dado ser “em qualquer dos casos a culpa (...) um requisito da pretensão indemnizatória”¹³³¹. Para ele, a falta de culpa na violação da disposição de protecção deve ser vista como uma excepção, incumbindo por isso a sua comprovação ao lesante¹³³².

Olhando para a responsabilidade contratual, tal como ela vem pensada, urge considerar alguns dados de não pequena monta. Abdicando, neste ensejo, de maiores desenvolvimentos acerca do fundamento e da abrangência dela – a extravasar a simples violação do *pacta sunt servanda* –, partamos da ideia de remédio para o não cumprimento do acordado e da compreensão estrutural da indemnização a que por seu intermédio se chega como uma modificação objectiva da relação obrigacional primária.

Assumida negocialmente uma obrigação, o seu não cumprimento só gera um subsequente dever de indemnizar quando culposos. Só que, ao contrário do que acontece no plano aquiliano, a culpa ali não é um mero requisito para a procedência da pretensão indemnizatória do credor, mas um elemento intrínseco ao próprio incumprimento e sem o qual ele não é pensável.

Tentemos traçar, ainda que simplisticamente, uma taxonomia de situações em que esse incumprimento pode avultar: 1) o devedor pode simplesmente não cumprir por sua vontade; 2) o devedor pode não cumprir ou cumprir defeituosamente por um facto

alemãs e só faz sentido, segundo o que a própria testemunha, quando estivermos diante de uma proibição de pôr em perigo. Ao invés, se o delito for de resultado, limitando-se a proibir a lesão de bens jurídicos, a prova da negligência cabe ao lesado. Adianta, ainda, ADELAIDE MENEZES LEITÃO (cf. p. 735) que, “no direito português, a solução é compatível com o que resulta do artigo 487º, nº2, que admite que outro critério legal possa aferir a culpa. Estas soluções são aplicáveis a normas de protecção que descrevem na sua estrutura normativa deveres do tráfego que não se reconduzem aos âmbitos normativos dos artigos 491º, 492º e 493º. Se a norma não descreve um dever do tráfego, mas se limita a proibir um resultado, o ónus da prova no critério da diligência de um bom pai de família é igual à violação dos direitos subjectivos. Porém, se houver normas de protecção que visem a protecção de bens enquanto direitos subjectivos e descrevam condutas objectivas através do estabelecimento de deveres do tráfego, também em relação a elas se promove uma alteração do ónus da prova. Não é uma verdadeira inversão do ónus da prova, mas um caso em que a prova da ilicitude se confunde com a prova da culpa”.

¹³³⁰ Apresentando uma solução análoga à que vigora em matéria de responsabilidade por preterição dos deveres do tráfego no que toca à distribuição do ónus da prova, cf. VON BAR, *Verkehrspflichten...* cit., p. 283. Para o autor, o § 836 BGB é um argumento para a inversão do encargo probatório.

¹³³¹ Cf. SINDE MONTEIRO, *Responsabilidade por conselhos...* cit., p. 262.

¹³³² Cf. SINDE MONTEIRO, *Responsabilidade por conselhos...* cit., p. 264. Note-se que, na mobilização dos quadros de solução construídos anteriormente pela doutrina, SINDE MONTEIRO acaba por se mostrar favorável à posição expendida por ANTUNES VARELA, a propósito da colocação da culpa no quadro da responsabilidade contratual.

que lhe foi imputável; 3) o devedor pode não cumprir porque subjectivamente estava impedido de o fazer; 4) o devedor pode não cumprir porque objectivamente foi impossível esse cumprimento.

Apenas nas duas primeiras situações se pode falar de incumprimento em sentido próprio, já que nas duas últimas, de acordo com os artigos 790º e 791º CC, a obrigação se extingue. O que significa que, mesmo fazendo um esforço analítico, não conseguiremos cindir a ilicitude da culpa a este nível. É o modelo da *faute* a conhecer consagração em matéria contratual¹³³³ ¹³³⁴. O anichamento simbiótico das duas categorias faz com que a culpa seja um elemento constitutivo do próprio incumprimento e nessa medida ele não exista sem ela.

Assim sendo, e porque é nele que se estriba a mutação objectiva operada no seio contratual¹³³⁵, vem a entender-se como um elemento também constitutivo do direito do credor à indemnização, pelo que caberia a este suportar o encargo probatório¹³³⁶ ¹³³⁷.

¹³³³ Cf. FRANCESCA GIARDINI *Responsabilità contrattuale e responsabilità extracontrattuale. Significato attuale di una distinzione tradizionale*, Milano, 1993, p. 23 e ss.

¹³³⁴ MENEZES CORDEIRO, *Da responsabilidade civil dos administradores...* cit., p. 469 e ss. Em sentido crítico, cf. MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações...* cit., I, p. 309 e ss. (considerando que, no ordenamento jurídico francês, a disciplina da responsabilidade contratual assenta no conceito de *inexécution*, e que ao nível do artigo 798º CC haveria uma clara distinção entre a ilicitude – traduzida no incumprimento – e a culpa – traduzível na censurabilidade do incumprimento) NUNO PINTO OLIVEIRA, “Deveres de protecção em relações obrigacionais”, *Scientia Iuridica*, tomo LII, nº297, 2003, p. 514 e ss., em especial p. 516 e ss. (considerando que o princípio de que a tipicidade indicia a ilicitude se aplica indistintamente à responsabilidade contratual e à responsabilidade extracontratual: “na primeira, (...) a inobservância de direitos de crédito indicia a ilicitude da conduta do devedor; na segunda, (...) devem distinguir-se a violação directa e a violação indirecta de direitos absolutos de outrem – se há uma violação directa, a produção do resultado lesivo constitui um indício da ilicitude, só afastado pela eventual presença de causas de justificação; se há, tão só, uma violação indirecta, a produção do resultado lesivo é insuficiente, exigindo-se a violação de deveres no tráfico. Ou não existe nenhuma presunção de ilicitude (...), ou existe uma presunção de ilicitude aplicável às duas responsabilidades. Optando-se pelo segundo termo da alternativa, a presunção de ilicitude não estará, seguramente, no nº1 do artigo 799º CC: as disposições aplicáveis em exclusivo à responsabilidade contratual não contêm, não podem conter critérios de distribuição do ónus da prova extensivos às duas responsabilidades”).

¹³³⁵ Considerando que a obrigação de indemnização resulta de uma mutação da obrigação de prestar, cf. GUILHERME MOREIRA, *Instituições de direito civil português*, vol. II, *Direito das Obrigações...* cit.; ORLANDO DE CARVALHO, *Teoria Geral do Direito Civil, sumários desenvolvidos para uso dos alunos do 2º ano do curso jurídico de 1980/1981*, Centelha, Coimbra, 1981, p. 76; MANUEL DE ANDRADE, *Teoria Geral...* cit., p. 21 (refira-se que MANUEL DE ANDRADE, embora rebata a teoria dualista, considera que a acção creditória deve ser vista como um elemento exterior e acessório da obrigação); MOTA PINTO, *Cessão da posição contratual*, Almedina, Coimbra, 1982, p. 428, nota 2; RUI ALARCÃO, *Direito das Obrigações ...* cit., p. 65 e ss.; ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações, ...* cit., p. 48; ANTUNES VARELA, *Das Obrigações...* cit., I, p. 157; PINTO MONTEIRO, *Cláusulas limitativas ...* cit., p. 193, nota 420.

Em sentido diverso, GOMES DA SILVA, *O dever de prestar ...* cit., p. 351 e PESSOA JORGE, *Ensaio ...* cit., p. 44 e ss.; CARNEIRO DA FRADA, *Contrato...* cit., p. 94 e 226.

Também GALVÃO TELLES começou por defender uma tese dualista, embora hoje a recuse – GALVÃO TELLES, *Direito das Obrigações, ...* cit., p. 48 e 248.

Nesta perspectiva incluem-se, ainda, MENEZES LEITÃO, *A responsabilidade do gestor perante o dono do negócio no direito civil português ...* cit., p. 197 (também em “A responsabilidade civil do gestor perante o dono do negócio no direito civil português”, ... cit. nº363, p. 197).

Sem que isso nos conduza, insofismavelmente, ao repúdio pela solução consagrada no artigo 799º CC. Pelo contrário, julgamos haver boas razões para fixar a inversão do ónus da prova em matéria contratual.

Desde logo, comprometendo-se o devedor à consecução de um determinado resultado, podemos presumir que, fora casos excepcionais, ele só não se produzirá por

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

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

¹³³⁶ Cf. VAZ SERRA, “Encargo da prova em matéria de impossibilidade ou de cumprimento imperfeito e da sua imputabilidade a uma das partes”, *Boletim do Ministério da Justiça*, 47, p. 98 e ss. O autor olha para a falta de culpa como um elemento impeditivo do direito do credor, por determinar ela a extinção da obrigação.

E constatamos, nesta divergência, o verso e o reverso de uma mesma realidade. É, no fundo, o mesmo fenómeno analisado sob diversas perspectivas. A depor, aliás, no sentido da unidade entre o dever de prestar e o dever de indemnizar.

Creemos, porém, que a mutação de que se fala – a indiciar a unidade defendida – não implica uma identidade obrigacional, mas um *continuum* unitário, pelo que o incumprimento e a culpa, sem a qual ele não existe, passam a ser vistos como um elemento constitutivo do direito do credor.

¹³³⁷ Uma nota suplementar impõe-se a este propósito. Para atentarmos no problema do cumprimento defeituoso.

Ao não cumprir totalmente ou ao efectuar de modo defeituoso a prestação a que se obrigou, o devedor acaba por só incorrer numa obrigação indemnizatória se actuar com culpa. Aliás, o legislador português expressamente consagrou a hipótese de impossibilidade parcial como fundamento de extinção, também ela parcelar, da obrigação primária. O devedor que só entregou metade dos livros encomendados ou que forneceu um bem ou serviço defeituoso incumpe parcialmente, estabelecendo-se como tal a devida analogia entre o que ficou dito a propósito do incumprimento e este cumprimento defeituoso assim entendido.

Assumido num sentido amplo, e portanto mais impreciso, o cumprimento defeituoso passa a integrar um dos temas que maiores controvérsias têm gerado na confluência entre o domínio delitual e contratual. Falamos do fenómeno cunhado por violação positiva do contrato, tal como ficou conhecido na Alemanha. Não se trata, aí, de um cumprimento parcial – quantitativa ou qualitativamente falando – mas, outrossim, da preterição de determinados deveres de protecção. Muitas páginas se têm ocupado da temática. Desde saber qual a modalidade responsabilizadora em causa – o que passa, a nossos olhos, pela apurada tomada de posição acerca da possibilidade de recondução daqueles deveres ao conteúdo contratual – até à conformação do regime especialmente apto a solucionar as questões assim emergentes, inúmeros são os problemas imbricados no tema.

No que nos diz respeito, cremos ser possível – à luz de uma dada concepção metodológica do problema da integração das lacunas negociais – considerar que aqueles deveres de protecção fazem parte do conteúdo contratual.

A este propósito, cf. PEDRO ROMANO MARTINEZ, *Cumprimento defeituoso*, ... cit.; MENEZES CORDEIRO, “Violação positiva do contrato”, *Estudos de Direito Civil*, I, Coimbra, 1991, p. 128 e ss.; ID., “Violação positiva do contrato. Anotação a STJ 31 Jan. 1980”, *Revista da Ordem dos Advogados*, 181, p. 123 e ss.

culpa dele. Até porque, se *ab initio* o desiderato erigido pelas partes se mostrar impossível, o negócio há-de ser considerado inválido^{1338 1339}.

¹³³⁸ Cf. artigo 280º CC.

¹³³⁹ Percebe-se, por isso, que no que tange às obrigações de meios se possa discernir uma solução inversa. Nesse sentido, cf. CARNEIRO DA FRADA, *Contrato...cit.*, p. 191-193, *Uma terceira via da responsabilidade civil?*, Almedina, Coimbra, 1997, p. 28-29; ROSÁRIO NUNES, *O ónus da prova nas acções de responsabilidade civil por actos médicos*, 2ª edição, Almedina, Coimbra, 2007, p. 94; MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, “Sobre o ónus da prova nas acções de responsabilidade civil médica”, *Direito da Saúde e da Bioética*, Lisboa, 1996, p. 121-144; ÁLVARO DIAS, “Culpa Médica: algumas ideias-força”, *Revista Portuguesa do Dano Corporal*, ano IV, nº5, 1995, p. 15 e ss. e “Breves considerações em torno da natureza da responsabilidade civil médica”, *Revista Portuguesa do Dano Corporal*, ano II, nº3, 1993, p. 27 a 59

V., também, a propósito da controvérsia ao nível da responsabilidade civil médica, Ac. TRL de 8/1/2008 – sustentando ser a obrigação do médico uma obrigação de meios e não de resultado, afirma que “reclamada a existência de um tratamento defeituoso, não basta a alegação e prova da não obtenção de um resultado, sendo necessário que fique demonstrada uma desconformidade objectiva entre os actos praticados e os que possam ser exigidos pela situação clínica do autor, enquanto credor. Demonstrada essa realidade, o médico deverá provar que a desconformidade não advém de culpa sua, porque a) utilizou as técnicas e as regras da arte adequadas, b) não foi possível empregar os meios adequados”; Ac. TRL de 20/1/2004; Ac. TRL de 22/5/2007; contra Ac. STJ 17/12/2002; Ac. TRL 11/9/2007, tratando, porém, de um problema de errado diagnóstico, mas considerando que a mesma solução é aplicável às obrigações de meios; Ac. TRL 23/1/2007 (www.dgsi.pt).

Em sentido inverso, cf. JORGE FIGUEIREDO DIAS/JORGE SINDE MONTEIRO, “Responsabilidade médica em Portugal”, *Boletim do Ministério da Justiça*, nº332, 1984, p. 21 e ss., em especial p. 45 (os autores, não ignorando a distinção clássica entre as obrigações de meios e as obrigações de resultado, consideram que a mesma não releva em sede de inversão do ónus da prova da culpa e da causalidade: “a natureza da obrigação do médico não altera a regra em matéria de distribuição do ónus probatório. Naturalmente que a natureza da obrigação há-de influenciar a repartição do ónus da prova. Só por absurdo se pode admitir que o doente tenha apenas de provar a não obtenção de um resultado, isto é, a não recuperação da saúde. No entanto, a natureza da obrigação só nos leva a aceitar que o doente tem de provar objectivamente que não lhe foram prestados os melhores cuidados de saúde possíveis, nisto consistindo o incumprimento do contrato. É diferente ter de provar a verificação de um erro de técnica profissional, com recurso às leis da arte e da ciência médica, ou ter de provar que aquele médico, naquelas circunstâncias, podia e devia ter agido de outra maneira”); SINDE MONTEIRO e MARIA MANUEL VELOSO, Portugal, *Cases on Medical Malpractice in a Comparative Perspective, Tort and Insurance Law*, vol. I, Springer, Wien, New York, 2001, (MICHAEL FAURE e HELMUT KOZIOL, eds.), p. 177; LUÍS FILIPE PIRES DE SOUSA, “O ónus da prova na responsabilidade civil médica. Questões processuais atinentes à tramitação deste tipo de acções (competência, instrução do processo, prova pericial)”, <http://www.cej.mj.pt/cej/forma-ingresso/fich.pdf/arquivo-documentos/form.cont.responsabilidade.civil.por.acto.medico.pdf> (“se por resultado da actuação do médico se entenderem os próprios meios empregues, as tarefas executadas, sempre no intuito de alcançar certo efeito final, tais meios e tarefas constituem *a se* um resultado da actuação (material e intelectual) desenvolvida pelo médico. O resultado do trabalho intelectual e material do médico é o próprio tratamento e não a cura. Daí que se conclua que a definição da fronteira entre a obrigação de meios e de resultado não é estanque, tudo dependendo do centro de gravidade da questão, isto é, do próprio conceito de resultado no contrato de prestação de serviços que se estabelece entre o médico e o doente” (...)) “Mesmo acolhendo - como vem insistindo a jurisprudência - a bipartição das obrigações entre as de meios e as de resultado (no seu sentido mais corrente), certo é que nas obrigações de meios o devedor (médico) está em melhores condições para provar que não actuou culposamente do que o credor (paciente) para provar o contrário. Nesta medida, deve transferir-se o ónus da prova da falta da culpa para o devedor em homenagem à ideia de uma melhor posição do devedor perante a prova”); ANDRÉ DIAS PEREIRA, *O consentimento informado na relação médico-paciente*, Coimbra Editora, 2004, p. 425-426

Veja-se, ainda, FERREIRA DE ALMEIDA, “Os contratos civis de prestação de serviço médico”, in *Direito da Saúde e Bioética*, 34 AAFDL, 1996, pp. 110-112. Segundo o parecer do autor, a distinção entre as obrigações de meios e as obrigações de resultado nem sequer faria sentido no quadro do direito positivo português (ela teria sido forjada no âmbito do ordenamento jurídico francês, para lidar com o problema da compatibilização entre os artigos 1137º e 1147º Code Civil, não tendo aplicação no nosso direito; não é

possível conceber uma obrigação de meio inserida num contrato de prestação de serviços que visa alcançar um determinado resultado).

A este propósito, convém esclarecer que os autores que consideram aplicável a presunção de culpa à falta de cumprimento por parte do médico afirmam que o paciente lesado deveria provar que não lhe foram prestados os melhores cuidados de saúde. cremos, porém, que sob pena de resvalarmos para um subjectivismo incontrolável, a não prestação dos melhores cuidados de saúde só pode querer significar o não tratamento de acordo com as *leges artis*, isto é, com aquilo que era recomendado pela ciência médica para aquela situação concreta. Ao dizer-se que seria suficiente a prova de que não foram prestados os melhores cuidados de saúde não estamos a significar outra coisa senão a violação das referidas leis da arte. É claro que o paciente não tem de valorar cientificamente o comportamento do clínico, nem tem de levar a cabo qualquer juízo acerca da eventual negligência do médico, sendo bastante a alegação e prova da conduta não razoável por parte do médico. Só que isto, ainda que não explicitamente caracterizado como uma violação das *leges artis*, deve ser entendido como tal. Importa, portanto, ainda que perfunctoriamente, perceber o que são afinal as *leges artis*. Como se definem? Devem coincidir com os guias das boas práticas médicas? Ou deve atender-se ao estado da ciência e dos conhecimentos em cada tempo histórico e por referência a cada especialidade e a cada quadro clínico, não nos vinculando – cega e desproblematizantemente – aos protocolos médicos já fixados, mas colocando o doente no centro nevrálgico da actuação do profissional de saúde? Entendemos ser a última a opção que corresponde à melhor posição na matéria. Em primeiro lugar, contrariaria a clara percepção da falta de determinismo biológico do ser humano a aplicação estrita de regras pré-estabelecidas em geral e abstracto, tendo em conta os casos padrão. Em segundo lugar, sabe-se que os guias das boas práticas médicas constituem tão-só orientações gerais, dominadas, não só mas também, por critérios de índole economicista. Ora, entre a salvaguarda da integridade física ou da vida e a poupança de dinheiros públicos, não resta qualquer dúvida acerca de qual dever vincula mais fortemente o clínico. Quer isto dizer que saber quais as regras da arte que em concreto deveriam ter sido cumpridas/respeitadas implica um juízo acerca do que, em face da patologia e dos meios, humanos, físicos e científicos ao dispor, era exigível ao médico. No fundo, parece haver uma quase simbiose entre os dois aspectos que são cindidos por alguns pensadores. O doente alega que o médico não lhe prescreve um determinado exame complementar de diagnóstico. Poder-se-á aplicar o artigo 799º CC, presumindo a culpa? Não cremos, exactamente porque a definição das *leges artis* resulta em concreto do que era exigível a um médico medianamente prudente e diligente. A esta razão aliar-se-ia a razão dogmática invocada em texto: se pela estrutura do artigo 798º CC a presunção de culpa co-envolve a presunção do próprio incumprimento, abraçando-se a *faute*, então não faz sentido dizer que basta ao lesado provar o incumprimento. É que verdadeiramente este só fica provado se também se provar a culpa.

Cf., a este propósito, o Acórdão do STJ de 30 de Junho de 2011 (www.dgsi.pt). Pode aí ler-se que “porque no domínio da responsabilidade contratual, tendo a paciente alegado e provado existência de um incumprimento defeituoso de que resultou um dano – a intervenção na artéria quando devia ter sido na veia, o que veio a determinar nova intervenção com a consequente assistência hospitalar – competia ao devedor (hospital) alegar e provar que o cumprimento defeituoso não resultou de culpa sua”.

Análogas na sua intencionalidade problemática são as situações em que a pessoa ia ser operada, por exemplo, ao rim direito e lhe é extraído o rim esquerdo.

Vimos, em texto, que, no campo da responsabilidade contratual, só há incumprimento se ele for imputável ao devedor, isto é, se houver culpa da parte dele, donde ao presumir-se a culpa está-se já a presumir o próprio incumprimento, aproximando-nos do modelo da *faute* napoleónica. Daí que a presunção consagrada no artigo 799º CC só possa funcionar quando se esteja diante de uma obrigação de resultado. De outro modo, não é possível presumir a culpa porque, ao provar-se que o devedor não envidou todos os esforços que podia para satisfazer o interesse do credor, isto é, ao provar o incumprimento, estamos já a provar aquela. Esta é a principal razão para os autores afastarem, no domínio da responsabilidade médica, a aplicabilidade do citado preceito. Há que, contudo, ser cauteloso. Na verdade, nem todas as obrigações a que o profissional de saúde se vincula são obrigações de meios. Se um cirurgião se obriga para com o paciente X a operá-lo a uma artéria e o intervenciona a uma veia, é claro que há um resultado a que se comprometeu que não se verificou. Pelo que, neste caso, seria plausível mobilizar o artigo 799º CC.

E no caso de o médico não ter ministrado ao doente um medicamento, agravando-se a patologia? Neste caso, o médico obrigou-se genericamente a tratar o paciente, colocando ao seu serviço os conhecimentos científicos e técnicos credenciados de que dispõe. Ora, ao invocar a não utilização do fármaco, o lesado tem de atestar que ele era indicado naquela situação concreta, pelo que estaria já a provar o desvio às *leges artis*. A margem de apreciação da culpa é, agora, muito diminuta, coincidindo com a ideia de exigibilidade de adopção de um outro comportamento, também ela aferida em abstracto. Se simplesmente presumissemos a culpa quando um médico não prescreve um medicamento estar-se-ia a sindicat

Acresce que, na ponderação do vínculo de união entre o credor e o devedor, se há-de considerar que aquele é investido, por força do acordado, numa posição de favor,

constantemente a actividade do profissional de saúde. Ora, se assim é, ao provar o desvio, aquele que vê a sua saúde deteriorar-se está a provar o incumprimento e, portanto, a própria culpa.

Quid iuris no caso em que A, médico, ministra a B um medicamento a que ele é alérgico? B teria que alegar que lhe foi recomendado um fármaco e que este lhe teria provocado uma reacção adversa. Sendo certo que a prescrição medicamentosa deve ser acompanhada de adequadas cautelas, ao provar o facto, estaria já a atestar que o clínico não se tinha certificado da não reactividade do produto no organismo de B, ou seja, a comprovar um desvio das regras elementares da prática médica. Ao provar o incumprimento – que se traduz não em receitar o medicamento x, mas em fazê-lo, sem acautelar os efeitos secundários –, estar-se-ia a provar a culpa, donde, verdadeiramente, não faria sentido questionar a possível presunção dela.

Cf., a este propósito, o Acórdão de 4 de Março de 2008 (www.dgsi.pt), que vem considerar que, na situação em que A solicita ao médico anatomopatologista a realização de um exame médico da sua especialidade, mediante o pagamento de um preço, estamos diante de um contrato de prestação de serviços médicos. Aí, sublinha o STJ que a qualificação da obrigação do médico como uma obrigação de resultados ou como uma obrigação de meios deve ser ponderada tendo em conta a natureza e o objectivo do acto médico, para não o catalogarmos aprioristicamente segundo aquela dicotomia. Exemplificando, o Tribunal sustenta que, no caso das intervenções cirúrgicas, “em que o estado da ciência não permite sequer a cura, mas atenuar o sofrimento do doente, é evidente que ao médico cirurgião está cometida uma obrigação de meios, mas se o acto médico não comporta, no estado actual da ciência, senão uma ínfima margem de risco, não podemos considerar que apenas está vinculado a actuar segundo as *leges artis*”.

Acerca da distinção entre a obrigação de meios e a obrigação de resultado, cf., *inter alia*, ANDRÉ TUNC, “La distinction des obligations de resultat et des obligations de diligence”, *La semaine juridique, Juris-Classeur Periodique*, année 1945, p. 449 e HENRI MAZEAUD, “Essai de classification des obligations: obligations contractuelles et extracontractuelles; obl. Déterminées et obligation générale de prudence et diligence”, *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, tome 35, 1936, p. 1 e ss., em especial p. 25 e ss.; LUIGI MENGONI, “Obbligazioni di risultato e obbligazioni di mezzi (Studio Critico)”, *Rivista di Diritto Commerciale*, ano LII, 1954, p. 185 e ss.

A este propósito, veja-se, ainda, FRANCESCA GIARDINA, *Responsabilità*, cit, p. 23 e ss. Explica a autora que a regra da culpa funciona, historicamente, como um dos critérios distintivos dos dois sistemas de responsabilidade civil. Remontando a POTHIER, um dos pais do Código de Napoleão, constatamos que para o autor, a diligência só se impunha para um certo tipo de obrigações. O autor distinguia as obrigações de dar, entre as quais se isolavam as obrigações de dar uma coisa certa, por referência às obrigações de dar uma coisa incerta, as obrigações de fazer e as obrigações de não fazer. Tendo em conta esta trilogia, o autor constrói um sistema tendencialmente objectivo de responsabilidade. O sistema seria absolutamente objectivo em relação às obrigações de entrega de coisa certa e objectivo com o limite da ocorrência de uma situação de força maior para as outras obrigações. O critério da diligência de um bom pai de família operaria nos casos de obrigação de guarda, acessória da obrigação de dar uma coisa certa. Este sistema terá transitado quase integralmente para o Código de Napoleão, mas os primeiros comentadores do diploma legal acabariam por erigir o princípio da diligência de um bom pai de família proposto para as obrigações de custódia num princípio geral. O sistema italiano de 1865 foi erigido com base na regra da diligência de um bom pai de família, formulada em relação a todo o tipo de obrigações. Isto significa que a responsabilidade contratual assentava na culpa do devedor. No entanto, e continuando a acompanhar o raciocínio da autora, que por sua vez segue de perto OSTI, embora aparentemente a responsabilidade contratual seja fundada na culpa do devedor, na realidade esta responsabilidade só se exclui perante a impossibilidade objectiva e absoluta da prestação, o que implica que a responsabilidade contratual só pode afinal ter um fundamento objectivo. Ou seja, o facto extintivo da responsabilidade é a impossibilidade de cumprimento. Devemos partir desta impossibilidade de cumprimento e ver se ela é ou não imputável ao devedor. No caso de ser, a responsabilidade permanece e neste sentido ela baseia-se na culpa. Assim, historicamente, poder-se-ia dizer que a responsabilidade extracontratual tinha uma base subjectiva, enquanto a responsabilidade contratual assentava num critério de objectividade. Note-se que esta posição não é pacífica, tendo alguns autores advogado que a responsabilidade contratual também encontraria o seu fundamento na culpa, designadamente porque o devedor, provando uma diligência média, acabaria por se libertar da obrigação de indemnizar subsequente ao não cumprimento. Claro que continua por explicar como se compatibiliza esta ideia com a obrigação de diligência imposta ao devedor em relação a todas as obrigações que há-de cumprir. É BETTI quem tenta este difícil equilíbrio pela distinção entre as obrigações de meios e as obrigações de resultados.

enquanto ao segundo será, em princípio, mais fácil carrear para o processo os elementos comprovativos do afastamento da sua culpa¹³⁴⁰.

Presume-se, portanto, a culpa, o que implica, por seu turno, a presunção do próprio incumprimento, dado não sobreviver este à ausência da primeira¹³⁴¹.

Diversamente se passam as coisas quando em causa esteja a segunda modalidade de ilicitude delitual. Na verdade, é possível falar-se em termos teóricos da violação da norma de protecção de interesses alheios – e portanto de ilicitude – sem que haja culpa. É certo que, ao considerarmos preferível a tese da recondução da culpabilidade à violação normativa e já não ao resultado daí advindo, há uma quase identidade entre aquelas – transformadas em normas de conduta prudente – e o sedimento básico do juízo de censura em que a primeira se traduz juridicamente. Só que há ainda a nota de exigibilidade que elas, porque previstas e impostas em geral e abstracto, não incorporam e que, desse modo, só em concreto, face ao circunstancialismo da particular indagação do *quid iuris*, é discernível.

Ditaria, portanto, a regra que o ónus da prova da culpa recaísse sobre o lesado. O que, em face da inexistência de uma previsão idêntica à plasmada no artigo 799º CC em matéria contratual, redundaria na não inversão do mesmo no campo delitual. Acresce

¹³⁴⁰ Nesse sentido, cf. VAZ SERRA, “Encargo da prova...”, ... cit., p. 99.

¹³⁴¹ Mais uma vez é a ideia da *faute* a marcar o seu percurso.

Questiona-se, incidentalmente, superficialmente e novamente, se está também ela presente ao nível da imputação identificada pela violação positiva do contrato. Consideramos que sim.

Duas notas se impõem na fundamentação da asserção tida por válida. Por um lado, há que não esquecer que a recondução dos deveres de protecção ao conteúdo contratual opera pela interpretação das declarações negociais à luz dos princípios normativos, *maxime* o princípio da boa fé. Quer isto dizer que a violação deles só pode ser considerada fundamento de ilicitude quando, face ao circunstancialismo concreto, tal se afigure exigível a um contraente honesto, prudente, leal. Donde, porque matizados pela concretude da mobilização activa da boa fé e das imposições que ela comunica, não será possível falar de violação positiva do contrato sem a nota do desvalor de conduta que delas é incindível.

Sobre o problema da recondução dos deveres de protecção ao conteúdo contratual, veja-se, no ordenamento jurídico italiano, BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, vol. I, Milano, 1953-1955, p. 65 e ss.; MENGONI, “Obbligazioni di risultato e obbligazioni di mezzi”, ...cit., p. 369 e ss.; BENATTI, “Osservazioni in tema di doveri di protezione”, *Rivista trimestrale procedura civile*, ano XIV1960, p. 1342 ss.; RODOTÀ, *Le fonti di integrazioni del contratto*, Giuffrè, Milano, 2004, p. 137 e ss. ; VISINTINI, « Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale », ... cit., p. 2 e ss. ; CASTRONOVO, “Obblighi di protezione e tutela del terzo”, *Jus*, 1976, p. 122; ID., “Obblighi di protezione”, *Enciclopedia giuridica Treccani*, vol. XXI, Roma, 1990, p. 1 e ss. Com uma posição contrária a esta teoria integrativa dos deveres de protecção no âmbito contratual através da cláusula geral da boa fé, cf. BIGLIAZZI GERI, “Buena fede”, *Digesto*, Disc. Priv., Sez. Civ. Vol. II, Torino, 1988, p. 154 e ss. Entre nós, com amplo desenvolvimento, defendendo uma posição negativa, a partir da qual alicerça a construção de uma terceira via de responsabilidade civil, cf. CARNEIRO DA FRADA, *Contrato...* cit., p. 76 e ss. Para uma análise da posição, cf. MAFALDA MIRANDA BARBOSA, “O problema da integração das lacunas contratuais à luz de considerações de carácter metodológico – algumas reflexões”, *Comemoração dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da Reforma de 1977*, Coimbra Editora, Coimbra, 2006, e *Liberdade versus responsabilidade...* cit., p. 58 e ss.

que a dissonância entre os dois esquemas imputacionais assim considerados impede uma transposição automática da excepção positivamente consagrada para o seu congénere.

Sem que, não obstante, tenha chegado ao fim o nosso percurso dialógico. Posto que, não só a intuição do justo parece tornar preferível a solução oposta, como presunções de culpa são previstas ao nível da responsabilidade extracontratual.

Orientem-nos primeiramente por estas para, em seguida, matizarmos o discurso com o enfoque do que deve ser e perceber em que medida ele é efectivamente. Onde outras conclusões serão passíveis.

Não é inócua a chamada à colação das presunções de culpa consagradas nos artigos 491º a 493º CC. Se, por um lado, ela se impunha com uma meridiana clareza, por outro lado, é ela que, neste momento, garante a continuidade do diálogo que encetamos com SINDE MONTEIRO a propósito da temática.

Na verdade, na justificação para a inversão do ónus da prova ou meramente para a consideração de uma presunção simples em matéria de culpa quando em causa esteja a segunda modalidade de ilicitude aquiliana, o insigne civilista complementa o argumento aduzido com a análise das presunções a que fizemos referência¹³⁴².

São suas as palavras: “no sistema de direito português da responsabilidade civil, esta presunção não nos parece representar uma anomalia, compatibilizando-se com as restantes presunções legais previstas nos artigos 491º a 493º CC. Tomemos como exemplo o domínio das actividades perigosas. Suponhamos que um regulamento vem estabelecer determinados cuidados na utilização de certos aparelhos usados em tratamentos médicos. Uma norma deste tipo tem um carácter bem mais concreto do que o dever genérico imposto pela lei ao lesante de mostrar que empregou todas as providências exigidas pelas circunstâncias com o fim de prevenir os danos. Se basta a causação de um dano no exercício de uma actividade perigosa por sua própria natureza ou pela natureza dos meios utilizados para impor ao lesante um tão extenso ónus, não se deverá pensar o mesmo em relação a disposições legais que visem prevenir abstractamente danos, mesmo com respeito a actividades que não sejam de qualificar em geral como perigosas?”¹³⁴³.

¹³⁴² Cf. SINDE MONTEIRO, *Responsabilidade por conselhos...* cit., p. 264.

¹³⁴³ Cf. SINDE MONTEIRO, *op. cit.*, loc. cit. O autor acrescenta, ainda, que, “num sistema que admite tão largamente presunções de culpa contra os detentores de coisas móveis ou imóveis, ou animais, e aqueles que exercem actividades perigosas, parece perfeitamente compatível a ideia de que a violação de normas de perigo abstracto faz igualmente presumir a culpa do infractor”.

O argumento do autor seduz pelo equilíbrio simétrico que comporta e pela unidade do sistema por que clama. Simplesmente, cremos que uma adesão incondicional e a-problemática ao mesmo comportaria, para nós, vinculados que estamos a um referente de sentido já firmado e a posições dogmáticas expendidas a outro ensejo, uma incongruência insustentável.

Na verdade, aderimos neste ponto à lição de MENEZES CORDEIRO que, contra o sustentado pela maioria da doutrina, vem explicitar que ao nível dos artigos em apreço estamos, mais do que perante a simples consagração de uma inversão do ónus *probandi*, diante do acolhimento em sede aquiliana da *faute* napoleónica¹³⁴⁴.

Caracteriza-se esta, de facto, por abdicar do duplo grau de sindicância da imputação a que nos habituámos por influência de IHERING – assente na dualização entre a culpa e a ilicitude – para se quedar num juízo complexivo de aproximação das duas grandezas.

Encontramos, pois, razões para sustentar que o desenho dos preceitos citados nos conduz paulatinamente ao domínio daquela.

Centremo-nos no artigo 493º, nº2 do CC¹³⁴⁵: “Quem causar danos a outrem no exercício de uma actividade perigosa por sua própria natureza ou pela natureza dos meios utilizados é obrigado a repará-los, excepto se mostrar que empregou todas as providências exigidas pelas circunstâncias com o fim de os prevenir”.

Como condição de exclusão da responsabilidade oferece-se a prova da *exculpação* do agente. O que é de molde a – na imediata percepção do preceito – permitir a conclusão de que o mesmo se afasta da regra de distribuição do encargo probatório. A perigosidade da actividade, a recortar um âmbito específico de relevância da hipótese normativa, justifica, em termos materiais, a solução plasmada.

¹³⁴⁴ Cf. MENEZES CORDEIRO, *Da responsabilidade civil dos administradores ...* cit., p. 469.

Veja-se, ainda, quanto ao ponto, RUI MANUEL DE FREITAS RANGEL, *O ónus da prova no processo civil*, 3ª edição, Almedina, Coimbra, 2006, p. 185, nota 270. Entende o autor que o artigo 493º, nº2 CC “consagra uma solução de entendimento entre a responsabilidade assente na culpa e a responsabilidade objectiva, uma vez que, como sabemos, não basta o agente provar que não agiu com culpa; é necessário provar que empregou todas as providências destinadas a evitar o perigo”, acrescentando que “é nossa opinião que não se trata de uma regra de inversão do ónus da prova, mas, atenta a especificidade e até perigosidade da actividade, de uma normal agravação do dever normal de diligência exigido ao agente que exerce essa actividade. Não basta a prova de que agiu sem culpa; é necessário demonstrar que empregou todas as providências exigidas pelas circunstâncias, com o fim de prevenir os danos”.

¹³⁴⁵ Sobre ele, e com maior desenvolvimento, cf. o que ficou dito em MAFALDA MIRANDA BARBOSA, *Liberdade versus responsabilidade...* cit., p. 377

Veja-se, ainda, *infra*, o que será dito dessa terceira modalidade de ilicitude delitual a propósito do tema central da nossa dissertação: a causalidade.

Mas, ao fazê-lo, implica, *mutatis mutandi*, a compreensão da existência de um dever de prevenção do perigo que aquela actividade concreta comporta. A situação de perigo avaliada pelo agente e a não conformação da conduta segundo o que era exigível implica, aos nossos olhos, a mudança de plano: do abstracto para o concreto. Com a consequência de resvalarmos para a *faute*.

Na verdade, como presumir a culpa daquele que causa danos no exercício de uma actividade perigosa se não pressupusermos que sobre ele recai a obrigação de não os causar? E como desconsiderar que a preterição – ainda que não intencional – desse dever atenta contra o ordenamento jurídico, devendo, por tal, ser considerada ilícita? E, *in fine*, chegados aí, como dualizar a ilicitude e a culpa?

Repare-se que não há identidade valorativa com o que tínhamos analisado a propósito da segunda modalidade de ilicitude delitual. Não é a imposição de deveres de prevenção do perigo por referência a concretos interesses que torna inviável a dicotomização em causa, porque à obliteração daqueles há-de juntar-se a exigibilidade de comportamento diverso. Simplesmente, na situação hipotética prevista pela norma em apreço, a emergência de deveres de conduta – cuja preterição indicia a culpa – resulta do circunstancialismo concreto e, portanto, leva ínsita a própria exigibilidade.

Claro que, à parte desta diferença estrutural, muitos autores conectam o artigo 493º CC com a primeira modalidade de ilicitude. Ao verem nele uma mera presunção de culpa, consideram que a responsabilidade só avulta se e quando esta culpa se referir à violação de direitos absolutos.

Não cremos, porém, que tal corresponda ao melhor entendimento.

Por um lado, vimos já, embora perfunctoriamente, que no quadro dela o que avulta é o desvalor de resultado. A culpa refere-se àquela violação, em que se traduz a ilicitude. Ora, aqui o enfoque é colocado na conduta. É esta que, eivada pela especial perigosidade¹³⁴⁶, concita o regime agravado.

Por outro, relembremos aquele que é o fundamento da responsabilidade delitual, vista como um todo. O sujeito, visto como pessoa, é livre no encontro com o outro, e portanto responsável. Positivamente responsável, de um prisma ético, pelo que orientar-

¹³⁴⁶ O artigo 493º/2 CC não fala de especial perigosidade, mas da perigosidade da conduta, atenta a sua natureza ou a natureza dos meios utilizados. Ora, se tivermos em conta que o mundo está dominado pelo risco/perigo, a natureza perigosa de uma actividade ou dos meios que ela emprega reconduzir-nos-á a uma ideia de especial perigosidade, isto é, uma perigosidade que ultrapassa o nível do que é comum no dia-a-dia.

se-á pela pressuposição de um referente de sentido que necessariamente o encaminhará para a consideração do outro como um ser dotado da mesma dignidade.

Longe do cotejo de esferas jurídicas, consideramos que a pessoa pode ser responsável se e quando actua no interior da sua esfera jurídica, ainda que não choque com direitos absolutos alheios. Basta, para tanto, e num plano que não tem ainda em conta as restrições dogmáticamente erigidas para evitar os excessos de responsabilidade, obstáculos intransponíveis ao funcionamento do tecido social, que tal seja reclamado pelo direito enquanto direito.

A projecção dogmática desta decorrência do princípio normativo do direito encontramos-la nos mais diversos aspectos do regime da responsabilidade extracontratual. E especificamente ao nível da conformação do abuso de direito enquanto modalidade de ilicitude. Efectivamente, assim percebida, ou a actuação livre se mostra conforme a uma ideia de precaução ou prevenção – no sentido solidarístico do termo – ou ela deixará de o ser para se transformar num abuso de liberdade. Liberdade e responsabilidade surgem dialecticamente concatenadas, mediando-as aquela ideia.

Assim sendo, percebe-se que, dando início da uma actividade perigosa ou prosseguindo-a, actua ilicitamente quem não adequar a sua conduta a um padrão de diligência consonante com aquele princípio de prevenção ou precaução.

É que o abuso do direito – fundadamente compreendido como uma autónoma modalidade de ilicitude delitual¹³⁴⁷ – quando devidamente entendido não mais é do que a contradição entre o exercício do direito que formalmente se invoca e a intencionalidade material que o informa. Ou seja, estribando-se a intencionalidade predicativa da liberdade na essência da personalidade responsável, o exercício dela mostrar-se-á abusivo sempre que olvide um princípio normativo do sistema em concreto, isto é, o princípio da precaução ou da prevenção.

É claro que, desta feita, nos afastamos da ilicitude enquanto categoria autónoma da culpa, abraçando a *faute* napoleónica.

Sem que, no entanto, isso nos perturbe, por diferentes ordens de razões.

Por um lado, tal parece-nos ser, numa interpretação que remete a norma para a sua compreensão à luz dos princípios, a melhor leitura do preceituado no referido artigo 493º, nº2 do CC. Por outro lado, não vislumbramos aqui qualquer modificação da

¹³⁴⁷ Veja-se, quanto ao ponto, o que *infra* diremos sobre a questão.

intencionalidade do sistema de responsabilidade civil, tal-qualmente ele foi pensado, já que ligada ao abuso de direito, a posição sustentada remete-nos insofismavelmente para o limbo da excepcionalidade.

No fundo teríamos três grandes formas de imputação, baseadas em três outras modalidades de ilicitude, a compreenderem-se segundo um peso específico atribuído aos dois desvalores que conformam o mundo delitual: desvalor de resultado no caso da violação de direitos absolutos; conjugação entre o desvalor de resultado e o desvalor de conduta, com este a colmatar o menor peso relativo daquele, pelo menor peso axiológico dos interesses em causa relativamente aos direitos absolutos, no caso da violação de disposições legais de protecção de interesses alheios¹³⁴⁸; desvalor de conduta acrescido na hipótese de abuso do direito¹³⁴⁹.

Não devemos, contudo, hipostasiar o que aqui vemos escrito, porque, ao inserirmo-nos no direito civil, o resultado há-de relevar sempre, ao mesmo tempo que a pressuposição personalista de que partimos torna imperiosa a consideração da conduta em si mesma, ainda que no quadro da violação dos direitos absolutos, só se cindindo ela do juízo de censura subjectiva por uma questão de construção dogmática a partir da projecção do fundamento maior no sistema¹³⁵⁰.

¹³⁴⁸ Cf. ANTUNES VARELA, *Das obrigações...* cit., I, p. 536, nota 2. Referindo-se à segunda modalidade de ilicitude, o autor afirma que “a lei quer proteger esses interesses, mas não quer deixar a respectiva tutela na livre disponibilidade das pessoas a quem respeita”.

¹³⁴⁹ Veja-se, quanto ao ponto, para além das referências já citadas a este propósito, J. RÖDIG, *Erfüllung des Tatbestandes des § 823 Abs. 1 BGB durch Schutzgesetzverstoss*, 1973, p. 78 e ss.; THOMAS HONSELL, „Der Verstoß gegen Schutzgesetz im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB“, *Juristische Arbeitsblätter*, 15 Jahrgung, Heft 3, 1983, p. 101 (considerando que os §§ 823 I e II têm o mesmo valor, sendo ambos integrados por um dever do tráfico, que num caso é concretizado jurisprudencialmente - § 823 I - e noutro caso tipificado pelo legislador - § 823 II).

¹³⁵⁰ Aqui chegados há algumas notas que devem ser sublinhadas e determinados pontos que devem ser sistematizados. Assim, cremos que – e retomando algumas das conclusões já firmadas, que nunca é demais recordar – há boas razões para recusar o finalismo em direito civil. Do mesmo modo, e porque ele anda ligado à assunção do desvalor de conduta como magna referência da ilicitude, estamos em crer que a edificação sistemática do instituto, ao privilegiar, no caso português e alemão, a violação de direitos absolutos como forma de desvelação daquela, não pode deixar de depor no sentido do desvalor do resultado. Como tivemos oportunidade de referir, quando nos debruçámos sobre a teleonomologia do ressarcimento, há uma componente de protecção de bens jurídicos pessoais que é inolvidável. Só que isso não implica que só o resultado releve. Não só insistimos no carácter de regra da culpa, como a lesão do direito tutelado *erga omnes*, por si só, não nos satisfaz. Na verdade, pode o direito ser lesado sem que haja qualquer contributo para isso da parte do sujeito pretensamente tido como lesante. Ora, porque sem um comportamento voluntário não pode haver responsabilidade, sequer ilicitude, cremos dever predicar o desvalor do resultado com a nota axiológica da pessoalidade. Ou seja, o resultado há-de ligar-se ao seu autor. Avançamos, para já sem grande pormenorização, que tal desiderato há-de cumprir-se por via daquilo que tradicionalmente se designava por causalidade. Aqui bem entendida em termos de imputação ou melhor de nexo de ilicitude. Tal não nos fará resvalar quer para uma incondicional e aproblemática adesão à doutrina da ilicitude da conduta, pois, como veremos, a imputação de que se cura agora é objectiva e não se traduz na valoração dos elementos atinentes à culpa no momento do ajuizamento da ilicitude, quer para a defesa do finalismo [não há, aliás, identificação entre os dois problemas].

Algumas conclusões podem, a partir daqui, ser extraídas.

No que à segunda modalidade de ilicitude diz respeito, e *cum grano salis*, isto é, sabendo que as especificidades já sublinhadas não são captadas nesta macroscópica explicitação do fenómeno ressarcitório, diremos que o plano abstracto da previsão normativa contorna a aparente identidade valorativa entre ela e as ditas presunções de culpa em matéria aquiliana.

O que não impede, no plano do justo, que se avenge a pertinência da inversão do encargo de que se cura. Restando, porém, o problema – residual, mas não de pequena importância – da conformidade intrassistemática dessa solução doutrinal.

Olhemos para o sujeito.

Dando início a uma actividade perigosa, emergem determinados deveres de cuidado, para que a liberdade que alicerça a sua actuação não se transforme, pela obnubilação do outro, num abuso de liberdade, a alicerçar a ilicitude. Tais deveres, na concretude do agir particular, implicam que o dano seja previsível e que seja exigível ao lesante a adopção de determinados comportamentos tendentes a evitar a consumação do perigo. Aqui reside o abuso do direito, a fazer convergir culpa e ilicitude.

Caberia ao lesado a prova de todos estes elementos. Simplesmente, o legislador entendeu dever a este propósito estabelecer uma presunção de culpa, de que lançámos mão para secundar, no quadro do sistema, a impositação defendida com base na mobilização dos princípios, pois que, ao presumir a culpa, está simultaneamente a

Mais se diga que, embora possamos, por esta via, evidenciar alguma simpatia por uma ideia de responsabilidade pessoal pelo resultado, a compreensão eticamente conformada da pessoalidade obsta a que possamos identificar-nos com o pensamento.

Importa, com efeito, salientar que várias são as perspectivas com base nas quais a fórmula pode ser captada. A uma visão de pura adstricção somam-se outras tantas, que podem remontar inclusivamente ao período jurracionalista e animar a discussão em torno da natureza objectiva ou subjectiva da própria responsabilidade civil, encarada em termos globais. No fundo, o que se estaria aí a debater seria a primazia dada à protecção de posições jurídica individuais – ou não fosse o homem encarado, então, como indivíduo – ou à responsabilidade pessoal por um dano.

Sobre o amplo debate, veja-se, numa perspectiva histórica, NILS JANSEN, *Die Struktur des Haftungsrechts...* cit., p. 328, sublinhando que GRÓCIO terá procurado compatibilizar as duas dimensões. Seria, pois, o peso específico da ideia de *responsabilidade* a reclamar a consideração da culpa como pressuposto da imputação. Pois que uma simples ideia de responsabilidade pelo resultado, captada sob o prisma da protecção de bens individuais, poderia inclusivamente resvalar para um sistema puramente causal e objectivista, que já tivemos oportunidade de rejeitar. Ou seja, de forma não conclusiva, já que tudo o que aqui fica inscrito em nota só poderá ser percebido na sua profundidade ao longo da nossa dissertação, será a pessoalidade positivamente livre e concomitantemente responsável a determinar, para lá do requisito da culpabilidade, um entendimento acerca da ilicitude que se aparta do simples formalismo da constatação da lesão. Simplesmente, em termos dogmáticos, tal não implica a simbiose com a culpa. Até porque ela não é imposta pela pressuposição de sentido que alicerça e informa toda a juridicidade constituída e a constituir. Na verdade, há, como oportunamente veremos, boas razões para, para além do sistema que é, recusar a nota do finalismo, sobretudo porque a acção juridicamente relevante não pode ser pensada segundo o esquema da acção final.

presumir que foram olvidados deveres, o que, à luz da personalidade, não pode deixar de indicar a anti-juridicidade da conduta.

Ora, da mesma forma que o perigo concreto pode justificar uma presunção alargada da culpa, a cristalização de deveres comportamentais específicos pelo legislador legitima que, em caso de preterição dos mesmos, se possa presumir a culpabilidade que de outro modo haveria de ser provada.

Importará isto uma aproximação à *faute* no quadro da segunda modalidade de ilicitude contra o que era o desejo originário do legislador¹³⁵¹?

Se o sujeito actuante na esfera de periculosidade provar que, diante das circunstâncias concretas, adoptou todas as medidas exigíveis para evitar a produção do dano, demonstra, não só a ausência de culpa, como a conformidade do seu agir com a pressuposição ético-axiológica da pessoa. Logo, a falta de abuso que putativamente acompanhava a liberdade.

Se o sujeito provar que não lhe era exigível em concreto o cumprimento da norma, continua a haver ilicitude identificada com a violação que, em abstracto, atentos certos interesses, o legislador considerou pertinente sancionar.

Na primeira hipótese, há uma simbiose entre culpa e ilicitude; no segundo caso, falaremos de uma confluência não simbiótica^{1352 1353}. Mais se diga que ela importará,

¹³⁵¹ Não se veja aqui uma abertura a uma interpretação de tipo subjectivista histórico, mas antes uma tentativa argumentativa de ser concludente no diálogo encetado.

¹³⁵² Tal mostra-se, aliás, consonante com o escalonamento apresentado entre o desvalor de conduta e o desvalor de resultado tendo como referencial as diversas modalidades de ilicitude.

Cf. a esse propósito HANS STOLL, *Haftungsfolgen im bürgerlichen Recht...* cit., p. 393 e ss. O autor distingue os *verhaltensorientierte Haftungstatbestände*, relativamente aos quais se privilegia a aferição da conduta, como ocorre nos sistemas de responsabilidade baseados em cláusulas gerais, como o francês, o italiano, o suíço ou o austríaco, de uma perspectiva que cunha como *erfolgsorientierten*, identificável com o direito alemão, mas apenas parcialmente, porquanto não se possa olvidar preceitos como o §823 II, 826 e 839 BGB.

Veja-se, ainda, e novamente, KNÖPFLE, “Zur Problematik des Beurteilung...”, ... cit., p. 700 e MERTENS, “Deliktsrecht und Sonderprivatrecht – Zur Rechtsortbildung des deliktischen Schutzes von Vermögensinteressen”, *Archive für die civilistisch Praxis*, 178, 1979, p. 228 e ss., em especial p. 239 e ss., analisando a relação que se estabelece entre as diversas modalidades de ilicitude delitual e falando de um sistema móvel de responsabilidade.

¹³⁵³ Sobre o ponto, cf. ADELAIDE MENEZES LEITÃO, *Normas de protecção...* cit., p. 653. A autora, começando por advertir que muitos mostram dificuldade em distinguir a este nível a culpa da ilicitude, esclarece que, “passe o paradoxo, apesar das normas de protecção surgirem (...) num modelo que separa a ilicitude da culpa, parece ser a *faute* napoleónica que se nos depara (...), criando-nos (...) dificuldades em encontrar situações de ilicitude sem culpa para lá dos casos de inimputabilidade”. Mas, acrescenta a autora, “isto seria um retrocesso e um paradoxo: as normas de protecção resultam directamente da necessidade de distinguir a ilicitude e culpa nos cenários germânicos”, pelo que conclui (cf. p. 654) que “não se trata de voltar a fundir os dois sistemas de imputação num só, mas tão só e apenas de compreender que a bitola da ilicitude, ié, a linha que pretende traçar a ilicitude e licidade do comportamento, serve igualmente para aferir a culpa do comportamento. Assim, a ilicitude comporta-se como um pressuposto dominante em relação aos demais, em especial à culpa e ao nexos de causalidade. Esta função dominante da ilicitude contribui para que os pressupostos da culpa e do nexos de causalidade

aos nossos olhos, uma dificuldade acrescida na oferta da exigível contraprova, porque, tendo o próprio legislador considerado pertinente a adopção de um dado comportamento cauteloso, pela proscrição do seu oposto (v.g., o caso em que se proíbe circular a uma velocidade superior a x), raros serão os casos em que, mesmo que atento o circunstancialismo concreto, se pode dizer que não houve culpa¹³⁵⁴.

Note-se que, se alguns dos interesses a proteger podem ser, afinal, direitos subjectivos, as disposições legais de que aqui curamos cumprem duas finalidades. Ou se traduzem em específicas imposições de deveres de comportamento, a permitir indiciar a culpa¹³⁵⁵; ou conformam uma modalidade autónoma de ilicitude¹³⁵⁶.

(...) funcionem mais como pressupostos negativos do que como pressupostos positivos e nessa medida é mais difícil autonomizá-los da ilicitude sobre que vão incidir”.

Da autora, veja-se, igualmente, p. 675 e ss. Sublinhando que raramente se verificam casos de violação não culposa de uma norma, distingue o cuidado externo do cuidado interno. Assim, e dando-lhe a palavra, “a conduta imposta por uma determinada norma de protecção refere-se ao cuidado externo. É mediante a elaboração de uma norma de prevenção do perigo abstracto que o legislador acaba por concretizar determinada conduta. No que respeita à violação de uma norma de protecção, basta aferir na negligência um cuidado anteriormente exigível. A violação do cuidado externo já se encontra suficientemente concretizada. Passa a presumir-se a violação do cuidado interno”, e, com isso, estamos “a evoluir de uma situação de prova *prima facie* para uma inversão do ónus da prova”.

¹³⁵⁴ Tal não significa, porém, excluir a relevância dela do âmbito de actuação da segunda modalidade de ilicitude. Nesse sentido, cf. WELSER, „Schutzgesetzverletzung, Verschulden und Beweislat“, *Zeitschrift für Verkehrsrecht*, 1976, p. 1 a 10 (aqui 2 a 5)

A propósito das causas de exclusão da culpa ao nível da segunda modalidade de ilicitude delitual, cf. ADELAIDE MENEZES LEITÃO, *Normas de protecção...* cit., p. 688-689, falando do erro desculpável ou falta de consciência da ilicitude não censurável, do medo invencível e questionando se a falta de conhecimento pode ser tida como uma causa genérica de desculpabilidade (assim, se A não trava num sinal stop porque este se encontra tapado por uma viatura, indaga-se se haverá culpa).

¹³⁵⁵ Não se fique, contudo, com a ideia de que elas se resumem, no seu efeito prático, a meras presunções de culpa. Na verdade, ao resolverem um problema de distribuição de riscos e ao proibirem determinadas condutas, podem ter como consequência um reforço da protecção daqueles direitos absolutos.

Paradigmático disso o exemplo que nos é fornecido, embora a outro ensejo, por SINDE MONTEIRO – cf. *Responsabilidade por conselhos...* cit., p. 279. “V.g. se um automobilista utiliza uma rua em que apenas é permitido o trânsito a residentes, atropelando uma criança que salta repentinamente de trás de um veículo estacionado, ele não preenche os requisitos da 1ª modalidade de ilicitude; mas se a norma que proíbe a circulação a não residentes puder ser considerada como lei de protecção, o condutor tem de reparar o dano mesmo que este se apresentasse como imprevisível em concreto”.

O exemplo apontado requer, na sua explicitação, que sejam tomados em linha de conta outros elementos do juízo imputacional. Por uma questão de exposição argumentativa, abstermo-nos de o fazer de momento, anunciando para momento posterior a reprimenda do seu nóculo problemático.

¹³⁵⁶ Para que se perceba devidamente a não confusão destas com a *faute*, importa tecer algumas breves considerações sobre ela.

SAVATIER e PLANIOL definem a *faute* como a violação de um dever geral de não causar danos aos outros ou então como uma pré-existente obrigação de prudência e diligência. Outra forma de definir a *faute* diz respeito ao cumprimento dos deveres de comportamento que oneram um bom pai de família. Cf., a este propósito, BANAKAS, *Tortious...* cit., p. 44 e ss.

Para mais considerações acerca do conceito, cf. HERMAN A. COUSY, “Wrongfulness in Belgian Tort Law”, in KOZIOL (ed.), *Unification of tort law: wrongfulness*, Kluwer Law International, Netherlands, 1998, p. 31 a 38. O autor afirma que a *faute* é composta por dois elementos. Um subjectivo, não referido à culpa actual, mas à imputabilidade. Um objectivo, traduzido num comportamento ilícito, seja ele a violação de uma específica regra legal ou a violação de uma regra geral de comportamento cauteloso, a implicar a previsibilidade e evitabilidade do dano.

A distinção não tem valor meramente simbólico, na medida em que o desenho concreto da imposição ou proibição legal comportará *nuances* que, se implicações práticas não tiverem, permitem, não obstante, uma apurada compreensão do fenómeno delitual subjacente à forma de ilicitude em causa.

Tentemos orientar-nos por duas matrizes diversas.

Uma determinada norma vem dizer que aquele que conduzir a uma velocidade superior a 120 km/h é punido com uma coima. Interpretado o preceito, conclui-se que, entre os interesses que visa salvaguardar, se encontram a vida, a integridade física e a propriedade. São, pois, interesses tutelados *ex via* atribuição de direitos absolutos. O sujeito A conduz a 150 km/h e atropela mortalmente B. Supondo que não existia uma possível assimilação da intencionalidade problemática do caso pela intencionalidade problemática de uma hipótese de responsabilidade pelo risco, dir-se-á que há ilicitude estribada na violação do direito à vida. Indaga-se se o comportamento foi ou não culposo. Para tanto, importa cotejar a actuação real daquele agente com o comportamento que era exigível a um homem médio. Violou ou não deveres de cuidado, determináveis segundo a previsibilidade da ofensa ilícita apurada?

Ora, o legislador antecipando-se à realidade considerou que todos, segundo um padrão de razoabilidade, devem moderar a velocidade abaixo dos 120 km horários. Ao não o fazer, o agente olvida um dever de cuidado, restando saber se, em concreto, lhe era ou não exigível conformar a sua conduta de acordo com essa regra. Só que a mera violação da norma permite indiciar a culpabilidade e nessa medida falar de uma presunção de culpa. Em regra, só em situações extraordinárias deixa de ser exigível a conformação da conduta segundo uma regra imposta em geral e abstracto a todos.

Mais se diga que, ao violar a norma, não pode o agente deixar de considerar previsível o resultado danoso advindo.

Mas pergunta-se se, quando salientamos que a culpa deve ser referida tão-só à violação da norma, não estaremos a exigir que a previsibilidade também se reporte a

CORNELIS, *Principes du droit belge de responsabilité extra-contractuelle, L'acte illicite*, 1990, p. 779, *apud* HERMAN COUSY, « Wrongfulness... »,...cit., p. 33, apresenta-nos três elementos integradores do conceito de *faute* : a imputabilidade, a violação de um dever geral de comportamento e a previsibilidade do dano.

Num sentido idêntico, cf. GENEVIÈVE VINEY, “Le wrongfulness en droit français”, in KOZIOL (ed.), *Unification...*cit., p. 57

Cf., ainda, numa perspectiva geral, ELSA SEQUEIRA SANTOS, *O conceito de faute. Contributo para o estudo da culpa e da ilicitude na responsabilidade civil*, Faculdade de Direito de Lisboa, 2000 (policopiado)

esse ponto charneira¹³⁵⁷? Teoricamente a questão apela ao rigor dogmático e, como tal, não pode ser contornada. Sendo certo que o que pode ser dubitativo é saber se era ou não exigível a adequação do comportamento segundo o padrão definido normativamente, poder prever ou não que podia violar aquela norma é algo cuja resposta será quase sempre positiva, excepto se as circunstâncias concretas não permitirem o reconhecimento dos pressupostos reais que desencadeiam a sua mobilização. O que se dirá é que a previsibilidade, se reportada à simples violação da norma, diz unicamente respeito ao comportamento contrário ao que ela tipifica ou pretende obviar e que, bem vistas as coisas, aproxima-se de uma ideia de exigibilidade.

Detenhamo-nos, agora, numa outra norma. “Quem, (...) por meio de erro ou engano sobre facto que astuciosamente provocou, determinar outrem à prática de actos que lhe causem, ou causem a outra pessoa, prejuízo patrimonial é punido (...)”¹³⁵⁸. Em causa está a protecção do bem jurídico património, que não é, ao nível do direito civil, elevado a objecto de um direito subjectivo absoluto. Pela reconversão da norma penal em disposição de protecção de interesses alheios, é, porém, possível obter o ressarcimento do lesado. Para tanto, urge o reconhecimento de um interesse particular – a incolumidade patrimonial – que é salvaguardado em face de um comportamento específico. Diante de um crime de resultado, fará sentido questionar se a culpa se há-de referir à proibição e se esta, uma vez assimilado o caso concreto, se presume ou não? Sendo certo que, na hipótese em apreço, o tipo só se preenche com a verificação de

¹³⁵⁷ Cf., num sentido que, colocando a tónica numa formulação indagativa das soluções normativamente mais adequadas, pode apontar nessa direcção, SINDE MONTEIRO, *Responsabilidade por conselhos...* cit., p. 267, nota 306.

No fundo, essa previsibilidade significaria, então, que o agente teria reconhecido ou deveria ter reconhecido as “circunstâncias externas que assinalam a intervenção da lei de protecção”.

Veja-se, ainda, sobre o ponto THOMAS HONSELL, “Der Verstoß...”, ... cit., p. 108 e ss. Como já referido, entende uma parte da doutrina que a previsibilidade diz apenas respeito ao comportamento contrário à norma, o que se pode tornar problemático quando algumas normas implicam um resultado ou pelo menos um resultado de pôr em perigo.

Duas notas avultam como imprescindíveis a este nível. Em primeiro lugar, importa sublinhar que o que aqui fica dito não contende com o que afirmámos preteritamente. Ou seja, ainda que a previsibilidade de que se cura – enquanto dimensão integrante do juízo de culpa – se reporte à violação da norma, tal não implica que, no caso de ela existir, não co-envolva automaticamente a previsibilidade do resultado. O que se questiona aqui é, portanto, se a não previsibilidade da norma é de molde a excluir a culpa, o que nos remete para o segundo patamar das nossas considerações (não sem antes considerar que, ao não prever a violação da norma, o agente está em simultâneo a não prever o resultado lesivo). Ora, havendo uma previsão normativa a impor um determinado comportamento, a não previsibilidade nunca pode ser confundida com o desconhecimento da norma, antes se traduzindo no não reconhecimento das circunstâncias que determinam a mobilização do referido preceito. Donde, e porque nos atemos ao que devia ter sido previsto e não ao que concretamente o foi, não deixa de andar próxima de uma ideia de exigibilidade. No fundo, o que se questiona é se, diante das circunstâncias concretas, o homem médio deveria ou não ter reconhecido a necessidade de adequação da sua conduta à norma de protecção e se lhe era exigível a adopção de tal comportamento.

¹³⁵⁸ Artigo 217º C. Penal

elementos de tipo subjectivo, o problema fica solucionado *a priori*. E nessa medida parece aqui haver uma adesão à *faute*¹³⁵⁹. Sem que isso ponha em causa as nossas considerações pretéritas, pois que também ficou claro não deverem ser estas normas vistas como disposições de protecção em sentido estrito¹³⁶⁰.

Pelo que um outro exemplo se impõe.

Imaginemos uma norma que estabelece um determinado condicionamento à concorrência, para evitar distorções na mesma: “não é permitida a colocação no mercado de produtos que não tenham uma determinada qualidade na sua composição.” Em causa está a defesa dos interesses patrimoniais dos industriais concorrentes. Neste caso, a ilicitude vem a traduzir-se na entrada em circulação dos referidos bens dotados de qualidades inferiores às exigíveis. Descontadas as situações de dolo, dir-se-á que a negligência existirá sempre que haja violação dos deveres de cuidado exigíveis para obviar a defeituosidade normativamente estabelecida e que, nas circunstâncias concretas, era previsível que dessa preterição resultasse a menor qualidade dos mesmos¹³⁶¹.

Do exposto, fica claro que, quando em causa esteja a segunda modalidade de ilicitude, a imputação fica na dependência da estrutura normativa em que se colima aquela norma¹³⁶².

¹³⁵⁹ Cf., uma vez mais, o que *supra* se disse acerca do testemunho de ADELAIDE MENEZES LEITÃO.

¹³⁶⁰ Normas de perigo abstracto são normas que ordenam ou proibem um determinado comportamento tendo em conta um perigo previsto pelo legislador. Dando como exemplo de normas de perigo abstracto as regras de trânsito, cf. ADELAIDE MENEZES LEITÃO, *Normas de protecção...* cit., p. 624. As normas de perigo concreto – e continuando a acompanhar a explicitação da autora – são as que „proibem em primeira linha a ameaça concreta de um direito ou bem jurídico“, pelo que conclui (cf. p. 625) que, „em geral, pode afirmar-se que o âmbito de protecção de uma norma de prevenção de perigo concreto, no que respeita a pessoas e coisas, se encontra a coberto da dimensão normativa do § 823 I BGB“. Segundo ADELAIDE MENEZES LEITÃO, há em algumas situações identidade do âmbito de protecção do § 823 I e II BGB.

¹³⁶¹ Cf., quanto ao ponto, CHRISTIAN VON BAR, „Deliktsrecht, Empfiehlt es sich, die Voraussetzungen der Haftung für unerlaubte Handlungen mit Rücksicht auf die gewandelte Rechtswirklichkeit und die Entwicklungen in Rechtsprechung und Lehre neu zu ordnen? Wäre es insbesondere zweckmässig, die Grundtatbestände der § 823 Absätze 1 und 2, § 826 BGB zu erweitern oder zu ergänzen?“, *Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts herausgegeben vom Bundesminister der Justiz*, Bd. II, Bundesanzeiger Verlagsges, Köln, 1981, p. 1685-1778, aqui p. 1696, sustentando que, no caso de violação de uma norma de perigo abstracto, a culpa se limita à ofensa da norma e que há inversão do ónus da prova quanto a ela.

¹³⁶² Para maiores desenvolvimentos, cf. ROBERT KNÖPFLE, “Zur Problematik der Beurteilung ...”, ... cit., p. 697-702.

Sobre o ponto, veja-se, ainda, THOMAS HONSELL, „Der Verstoß ...“, ... cit., p. 101 e ss., considerando que ao lesado basta, em princípio, provar a violação da norma, presumindo-se a culpa. Mas, alerta para o facto de a jurisprudência já ter considerado que tal só ocorre quando a disposição de protecção tenha tipificado o facto ilícito de uma forma concreta e inequívoca, pois só assim se pode concluir pelo carácter culposos da conduta. Distingue, contudo, este afrouxamento das exigências probatórias da verdadeira inversão do ónus da prova, a qual, a seu ver, não pode ser aceite pelo facto de um acto proibido poder ser cometido sem qualquer culpa (cf. p. 108)

29.2. O problema da causalidade ao abrigo da segunda modalidade de ilicitude

O problema da causalidade antevê-se com contornos normativos quando em causa esteja a violação de disposições legais de protecção de interesses alheios.

Tal antevisão justifica-se por duas vias, diversas na sua índole racional, mas conexas na sua intencionalidade predicativa e explicativa.

Assim, se fundadamente compreendemos que a imputação delitual em sentido amplo fica, neste quadro, dependente da estrutura da norma que, uma vez violada, traduz a ilicitude e desencadeia a pretensão indemnizatória ao projectar-se subsequentemente num dano, a coerência lógica levar-nos-á a entender que também a causalidade receberá daquela norma primária uma coloração própria¹³⁶³.

No fundo, estabelece-se aqui um raciocínio análogo ao que anteriormente traçámos para explicitar a contaminação dos diversos pressupostos da responsabilidade civil pela matriz axiológica informadora dos princípios normativos em que o instituto se estriba. A diferença reside, tão-só, no facto de estarmos agora no estrito domínio dogmático.

Mas mais. Porque o acompanhamento dos autores que sobre a matéria profusamente se debruçaram torna incontornável o confronto com a teoria do fim da norma, somos levados a perceber que ela, ainda que em sentido próprio responda às questões colocadas tradicionalmente sob a alçada da *causalidade*, tem neste contexto um papel mais vasto.

Na verdade, a indagação de qual é o fim da norma presta serviço num momento prévio – o da própria qualificação da norma violada como uma disposição de protecção de interesses alheios. E tal não pode deixar de repercutir-se em sede de determinação dos danos a indemnizar.

Se não é qualquer norma que pode ser elevada àquele estatuto, a qualificação de que se cura fica dependente da resposta positiva às questões já afloradas anteriormente: é discernível entre os fins visados pela norma a tutela de interesses particulares?

¹³⁶³ Sobre o ponto, veja-se CARNEIRO DA FRADA, *Teoria da Confiança...* cit., p. 622 e ss. Considera o autor que, se a causalidade estabelece um nexó entre o facto que constitui o fundamento da obrigação de indemnização e o dano pelo qual o sujeito é responsável, no caso da violação das normas de protecção há-de ser essa obliteração que há-de configurar-se como uma causa do dano.

Esta questão basilar, na sua unidade enunciativa, encerra uma multiplicidade de outras perguntas, às quais o jurista decidente há-de dar resposta. Não basta saber quais os interesses visados pela norma; importa, outrossim, determinar quais são os titulares desses interesses que se procuram salvaguardar¹³⁶⁴.

Acresce que, ao compreendermos densificadamente a segunda modalidade de ilicitude, percebemos que o desvalor que a informa não se colima exclusivamente no resultado – isto é naqueles interesses – mas igualmente na conduta.

Nem sempre, ao contrário do que ocorre quando em litígio esteja uma pretensão estribada na violação de direitos absolutos, aqueles interesses são tutelados em face da ameaça de um terceiro, nem sempre eles se mostram aptos a sustentar a procedência de uma pretensão indemnizatória. Apenas em determinadas circunstâncias, acolhida que seja a justificação para a restrição da responsabilidade, pese embora a sua sedimentação no princípio do direito como direito, podem os seus titulares ser merecedores da protecção aquiliana: aquelas situações previamente seleccionadas pelo legislador¹³⁶⁵.

A interpretação da norma, à luz das especificidades do caso concreto, há-de possibilitar a resposta ao problema de saber se os interesses lesados por uma determinada conduta figuram entre aqueles que a norma quis tutelar e se o titular deles consta entre os beneficiários directos de tal protecção.

Ademais, quando no processo decisório-judicativo se comprove – no plano daquilo que CASTANHEIRA NEVES cunhou por *momento da questão de direito em concreto*¹³⁶⁶ – a mobilização hipotética da norma para a resolução do caso concreto, testar-se-á a aptidão da mesma para assimilar o âmbito de relevância do problema jurídico *sub iudice*. Donde, não só se terão em conta os interesses tutelados, mas outrossim e também o modo como eles são postos em causa.

É, no fundo, a relação entre o *logos* e a *praxis* a contribuir para a justeza das decisões e a orientar critica-reflexivamente o decidente na busca da solução normativamente mais justa e materialmente mais adequada.

¹³⁶⁴ Cf. RÜMELIN, “Die Verwendung der Causalbegriffe ...“, ... cit., p. 171 e ss., tripartindo o âmbito de protecção da norma em âmbito de protecção pessoal (*geschützten Personenkreis*), âmbito de protecção material (*geschützten Rechtsgüter*) e âmbito de protecção relativo ao tipo de lesão.

¹³⁶⁵ Com isto não queremos afirmar a base nomológica do funcionamento sistémico do instituto da responsabilidade civil com o risco de perversão das considerações expendidas até ao momento. Na verdade, não só os direitos subjectivos absolutos devem ser entendidos no sentido do reconhecimento dos mesmos pelo ordenamento – e nem sempre da sua atribuição –, como sabemos que o fundamento transpositivo da responsabilidade, da responsabilidade livre sem a qual não é pensável a personalidade, não se retrai para um plano etéreo, antes se projectando, activamente, em cada um dos pressupostos de emergência da obrigação indemnizatória.

¹³⁶⁶ Cf. CASTANHEIRA NEVES, *Metodologia jurídica...*cit., p. 176 e ss.

Ou seja, e agora de uma forma mais directa para aquilo que nos importa, se toda a imputação fica dependente da prévia mobilização de uma norma inscrita positivamente no ordenamento jurídico pelo legislador, só emergirá uma obrigação de indemnização se e quando o comportamento do agente lesante apresente uma intencionalidade análoga à conduta nela prevista. Donde não são todos os casos lesivos dos interesses tutelados pela norma que suscitam a reacção civilística, mas tão-só aqueles que caíam no âmbito de tipificação da prescrição normativa.

O que claramente comporta consequências em sede de determinação da causalidade. Dir-se-á que é a própria norma que fixa o juízo causal¹³⁶⁷. E mesmo para quem entenda que, a este nível, o que se questiona é a ilicitude e não a causalidade¹³⁶⁸, o tratamento daquela não deixará incólume a resposta à segunda temática. Do ponto de vista da causalidade adequada parece seguro que assim seja.

A lesa os interesses patrimoniais de *B*. Pressupondo que a norma *x* os tutela – ainda que não os erija ao patamar superior de atribuição de um direito subjectivo com eficácia *erga omnes* –, não o faz indiscriminadamente, mas apenas contra determinadas

¹³⁶⁷ Cf., a este propósito, ADELAIDE MENEZES LEITÃO, *Normas de protecção...* cit., p. 689. Diz-nos a autora que “(...) [a] característica da ilicitude assente na própria acção e não num resultado determinado, designadamente a lesão de um bem jurídico determinado, implica consequências ao nível do nexo de causalidade. Com efeito, a causalidade tem de ser equacionada no contexto de normas de pôr em perigo”.

¹³⁶⁸ Cf. LARENZ/CANARIS, *Lehrbuch...* cit. II/2, p. 433. Salientam os autores, no quadro da segunda modalidade de ilicitude, que importa que a pessoa lesada figure entre as que são protegidas pela pretensão indemnizatória. E além disso importa que o interesse seja tutelado pela norma. Há que saber, em concreto, se o risco específico nesta previsto se verificou. Mas, contrariamente ao entendimento do BGH, não se trata de uma questão de causalidade. Na verdade, segundo os insignes juristas, não questionamos aí se a violação da norma foi causal, já que o que tem de ser causal é a conduta do lesante em relação ao dano. A violação da norma diz respeito à *Tatbestandsmässigkeit* e à *Rechtswidrigkeit*, só sendo relevante a esse ensejo; já a causalidade representa uma conexão entre a conduta e o dano.

cf. RABEL, *Das Recht des Warenkaufs...* cit., p. 496, considerando que não se deve encarar o problema sob o signo da ilicitude, porquanto o que está em causa, quando o dano não se conecta com o âmbito de protecção da norma, não é a exclusão daquela, mas a não aplicação da referida norma.

Veja-se, ainda, a este propósito, KNÖPFLE, “Zur Problematik des Beurteilung...”, ... cit., p. 697, falando de uma relação de ilicitude. Segundo esclarece o autor, o § 823 II só é aplicado quando a disposição legal proteja o interesse que foi lesado, ou seja, o prejuízo há-de decorrer da lesão de um interesse para cuja tutela foi pensada a norma (ainda que ela possa proteger outros interesses). Assim sendo, o fim de uma norma transforma-se em elemento do tipo legal de outra norma.

Sobre o nexo de ilicitude (*Rechtswidrigkeitszusammenhang*), cf., igualmente, HERMANN LANGE/GOTTFRIED SCHIEMANN, *Handbuch des Schuldrechts...* cit., p. 98, onde o mesmo é apresentado de forma autónoma relativamente à teoria do escopo de protecção da norma. A doutrina do nexo de ilicitude parte do reconhecimento de que nenhuma acção ameaça todos os concebíveis bens jurídicos e nenhuma conduta comporta perigo para todos os concebíveis interesses. A doutrina conduz, pois, a uma relativização do conceito de ilicitude: uma conduta pode ser ilícita por referência a um bem jurídico e lícita em relação a outros. Não se confinando o seu âmbito de aplicação ao § 823 II BGB, ela torna-se actuante, também, no quadro da problematização do comportamento lícito alternativo (*rechtmässiges Alternativverhalten*).

Veja-se, ainda, RICH SCHICKEDANZ, “Schutzwecklehre und Adäquanztheorie”, *Neue Juristische Wochenschrift*, 24. Jahrgand, 1. Halbband, 1971, p. 916 e ss., em especial p. 917 e ss.

A propósito da ideia de nexo de ilicitude e da relatividade aquiliana, cf. o que *infra* se dirá.

condutas. Havendo analogia bastante entre o caso concreto e a intencionalidade derramada pela norma, desvela-se a ilicitude, que leva ínsita a resposta ao problema da causalidade.

Pois, e abdicando por ora de lançar mão do correcto entendimento dela, ainda que queiramos manter-nos fiéis a uma ideia de probabilidade, pergunta-se: como é possível dizer que o comportamento do lesante não é causa adequada da preterição dos interesses tutelados se o próprio legislador proibiu o comportamento em nome da perigosidade que o mesmo co-envolve para aqueles bens¹³⁶⁹?

De outros prismas, os dois problemas parecem confluir ou, pelo menos, interpenetrar-se. Elucidativo disso parece ser o exemplo apontado por TRIMARCHI¹³⁷⁰, assumido como caso de escola: dois ciclistas circulam durante a noite sem as luzes ligadas. A seguia atrás de B, quando C, conduzindo um automóvel em sentido oposto, colide com a bicicleta do segundo, provocando-lhe a morte. Pode A ser responsabilizado pela morte do companheiro de jornada?

A norma *x* impõe que os veículos circulem durante a noite com iluminação. Houve violação da norma, desvelando-se, portanto, a ilicitude do acto. Houve culpa, podendo mesmo hipotizar-se que o comportamento foi doloso.

Simplesmente, a recusa da interpretação da norma em abstracto e o afastamento de um critério subsuntivo de aplicação dela far-nos-ão perceber que, ainda que haja objectivamente ilicitude, falece o nexó que ela impõe para, na sua conversão em disposição legal de protecção de interesses alheios, poder desencadear o fenómeno ressarcitório.

Na sua teleologia, a norma visa garantir que o condutor de um veículo possa ser visto pelos restantes utentes da via. Mas não pretende garantir o vislumbamento alheio. Isto é, a imposição de utilização dos faróis no escuro resulta da necessidade de o próprio se fazer notar e já não apontar para a presença de terceiros, cada um sendo responsável pelas condições de segurança pessoal.

No fundo, o legislador estabelece em abstracto um critério de delimitação de esferas de risco.

¹³⁶⁹ Cf. BRUNNER, “Die Zurechnung der Schadensersatzpflicht bei Verletzung eines Schutzgesetzes gem §1311 ABGB”, *Österreichische Juristen Zeitung*, 1972, p. 113-119. Note-se que o autor expressamente afirma estar em causa uma adequação tipicizada (cf. p. 117).

Cf., também, THOMAS HONSELL, „Der Verstoß...“, ... cit., p. 109, considerando que, a este nível, a causalidade surge como uma relação entre a violação da norma e a violação do interesse.

Sobre a questão do âmbito/finalidade de protecção e o § 823 II BGB, cf. HERMANN LANGE e GOTTFRIED SCHIEMANN, *Handbuch des Schuldrechts...* cit., p. 111 e ss.

¹³⁷⁰ TRIMARCHI, *Causalità e danno...* cit., p. 67, nota 22

Fá-lo antecipando a protecção dispensada a certos bens jurídicos e, como tal, erige em proibição abstracta uma determinada conduta. Isto é, reforça a tutela de certos interesses não exigindo, como requisito de ponderação para a aplicação das sanções predispostas pelo ordenamento, a verificação do perigo em concreto. No âmbito contraordenacional o desrespeito pelo comando normativo pode ser bastante.

Mas já não o será quando esse comando for mobilizado no quadro do funcionamento imputacional de uma determinada obrigação indemnizatória. Ou seja, a norma é agora chamada a depor novamente em função das exigências comunicadas por um caso concreto que colocam em cima da mesa a possibilidade de alguém ter de responder por um dano gerado.

E, portanto, o confronto analógico entre o problema do caso e o problema da norma é orientado por essa indagação, levando ínsita a intencionalidade predicativa da responsabilidade civil. Qual ela seja, basta relembrar as considerações preteritamente firmadas na nossa dissertação. Aquelas mesmas considerações que tornaram claro não ser possível pôr em movimento o sistema sem o remeter quer ao tipo de justiça próprio do mundo privatístico – a convocar a comutatividade e, portanto, uma ideia de reparação, em termos de finalidade primária da responsabilidade delitual –, quer à teleonomologia que o anima e que, entroncando na personalidade livre, não pode deixar de fazer apelo a uma nota de responsabilidade positiva.

É nesta que nos detemos, arredando-nos de pensar o mecanismo ressarcitório como um instrumento mecânico de índole matemática que se cumpra com o mero cálculo contabilístico de danos.

Na situação que acompanhamos agora, o dano existe. E houve, de facto, violação de uma norma. Mas qual o sentido maior e mais fundo da ilicitude? Sabemos que cumpre um desiderato limitador da responsabilidade, mas que na imputação por si viabilizada é entretecido pelas notas principiológicas identificadas. Pelo que não basta um juízo positivista de preenchimento do tipo de comportamento previsto pelo legislador. Urge, pelo contrário, que se faça um juízo de assimilação do caso pelo âmbito de relevância da norma. E este não pode deixar, numa espiral dialéctica, de ser desenhado à luz daquele. Pelo que, em última instância, nesse ir e vir entre o caso e a norma percebemos que o que ela transmite é, no balanceamento de esferas de risco, a assunção pessoal da salvaguarda da sua própria incolumidade no trânsito.

Amputar-se-ia o caso se olvidássemos que o lesado também violou, ele próprio, a imposição legal. Há ilicitude, é certo. Mas falece o nexu de ilicitude, porque a

teleologia da norma – o escopo de protecção – continuaria por cumprir ainda que se impusesse a obrigação de indemnização ao ciclista sobrevivente.

O dano emerge, mas não da forma que o legislador tipificou para o obviar¹³⁷¹.

Algumas ideias podem ser dadas como assentes. Fazemo-lo neste momento, não sem ter em conta que um longo caminho haverá de ser calcorreado antes de estarmos aptos a dar o salto para o ponto expositivo seguinte. Na verdade, há todo um mundo de aprofundamento dogmático do tema que não pode ser posto de lado se quisermos ser consequentes e concludentes no nosso percurso dialógico. Contudo, antes de abrirmos as portas ao dialéctico diálogo com os insignes juristas que sobre o ponto se debruçaram traçaremos, num quadro sinóptico, alguns dos pontos que neste momento já são discerníveis e que, estamos em crer, se sedimentarão posteriormente.

Mergulhando no âmbito da segunda modalidade de ilicitude, deparamo-nos com um comportamento que é proibido (ou imposto) tendo em conta a perigosidade do mesmo (ou da ausência dele) para a lesão de determinados interesses. Há aqui o balanceamento entre um desvalor de resultado e um desvalor de conduta.

Uma vez violada a norma, desvela-se a ilicitude, no sentido mais amplo da anti-juridicidade do comportamento. E a culpa surge referida a essa violação.

¹³⁷¹ Em causa está o âmbito de protecção da norma.

Alerte-se, contudo, que nesse nexos de ilicitude a que aludimos outras questões terão de ser afloradas. Designadamente, as que se prendem com a ideia de um comportamento lícito alternativo.

Dois conceitos se tornam a este ensejo dialogantes: fim da norma e nexos de ilicitude.

O primeiro identifica a teleologia da norma; o segundo a ligação entre essa ilicitude e o resultado. Convoca aquele fim como critério, mas não se circunscreve a ele, podendo afirmar-se, na comparação relativa entre ambos, que o conceito de nexos de ilicitude é mais amplo que o conceito de escopo da norma.

No desenvolvimento subsequente da nossa ideia, teremos oportunidade de perceber melhor esta diferença.

Desde já, e neste específico ensejo, cf. Cf. TRAEGER, *Der Kausalbegriff...* cit., p. 386. Dando um exemplo, o autor considera o seguinte caso: numa ponte, A circula, contra a norma regulamentar, pela esquerda, acabando por ferir uma criança que brincava. A mãe, que a devia vigiar, deixou-a sozinha por pensar que não aparecia ninguém. Acaba por considerar que não se aplica o § 823 II BGB, uma vez que não se concretiza o risco que a norma visa obviar – a protecção dos peões e não a de crianças que usam a ponte de uma forma pouco cuidada.

Sublinhe-se, contudo, que para o autor, mesmo que se possa presumir que o dano poderia ter sido evitado com a observância da norma, o nexos de causalidade deve ser sempre analisado (cf. p. 387). Assim, se uma associação de combatentes organiza um encontro de tiro, sem requerer a necessária autorização, e A fica ferido quando, no final, começa a brincar com os morteiros, TRAEGER entende que falta o nexos de causalidade entre a falta de autorização e a lesão, já que esta ter-se-ia produzido de igual modo. Em rigor, acrescenta o autor, não se chegou a verificar a situação de perigo que o escopo da norma visava prevenir (cf. p. 390), donde podemos concluir que, com isto, é ainda o âmbito de relevância da disposição de protecção a determinar quais os danos indemnizáveis. No fundo, ao sublinhar a imprescindibilidade da consideração do nexos causal, o insigne jurista está a tomar posição crítica contra o entendimento do *Reichsgericht*, segundo o qual qualquer dano que fosse evitável mediante a observação da norma é considerado como causado pela observância negligente daquela prescrição.

Na conformação do juízo decisório, a norma é, então, mobilizada tendo em conta as especificidades do caso concreto, que coloca, entre outras, uma exigência: a demanda de uma indemnização pelo lesado. A norma é assim transcendida pelo caso e pelo reenvio, potenciado pelas exigências prático-normativas que ele comunica, para o plano dos princípios normativos, por sua vez projectados em sede de responsabilidade civil enquanto instituto dogmático positivado.

Assiste-se, pois, a uma relação complexa de imbricamento entre a *realitas* e a normatividade, pluriestratificada. Tal complexidade denota uma ideia de condicionamento dialéctico permanente entre os diversos vectores.

A norma tem um escopo determinado, a traduzir-se na protecção de um determinado interesse. Simplesmente, a ponderação desse fim não é suficiente para a dilucidação do nosso problema. Isto é, não podemos bastar-nos com a contemplação autista desse escopo, sendo imperiosa a sua consideração no confronto analógico com os interesses concretamente violados.

Acresce que a norma que assim se mobiliza é já uma norma modificada, pela contaminação da intencionalidade predicativa da responsabilidade civil, por meio da qual chegamos mediatamente a ela.

Quer isto dizer que, ainda que haja coincidência entre os interesses tutelados pela norma e aqueles que foram preteridos na realidade, pode não haver assimilação do caso pela intencionalidade predicativa da normatividade, porque nessa complexiva articulação sistemática podemos chegar à conclusão que se frustraria aquela intencionalidade se a “aplicássemos” ao problema *sub iudice*.

Uma ideia avulta como basilar: a distribuição de riscos. O legislador conforma a proibição normativa tendo em contra a atribuição de esferas de risco. Voltemos a pensar no caso dos ciclistas. Ao impor a iluminação dos velocípedes, coloca-se sob a alçada de cada um a salvaguarda da sua própria incolumidade pessoal. Para tanto tipifica um comportamento, tido como perigoso, procurando afastá-lo.

Fá-lo lançando mão de um juízo de probabilidade de por meio dele poder ocorrer um dano. E nota-se aqui uma semelhança suficiente no que respeita à doutrina da causalidade adequada. Com a diferença de este ser estabelecido em concreto e aquele de que curamos ser erigido em abstracto.

Donde são possíveis algumas conclusões.

Em primeiro lugar, torna-se claro que a própria previsão normativa essencial para o desencadeamento da segunda modalidade de ilicitude delitual incorpora os

elementos essenciais ao proferimento do que tradicionalmente é identificado como juízo de causalidade¹³⁷².

Em segundo lugar, porque a realização do direito não se queda numa mera subsunção do caso pela norma, o juízo imputacional há-de ser concretizado por referência ao caso concreto, segundo uma ideia de comprovação da assimilação normativa que hipoteticamente se operou no momento da selecção da norma.

Nessa comprovação práctico-normativa hão-de ter-se em conta não só todos os elementos do caso concreto, como ainda a intencionalidade da norma em questão lida à luz das exigências de sentido derramadas pelos princípios normativos e projectadas no instituto da responsabilidade civil, por intermédio do qual acedemos à prévia mobilização dela.

Pelo que, logo aqui, percebemos que o juízo imputacional não se baseia num simples jogo probabilístico. Pois que, e remontando novamente ao exemplo que nos tem orientado, podemos dizer que é normal e adequado que da falta de iluminação de terceiros resulte o acidente e conseqüentemente a morte da pessoa.

O nexó de ilicitude aqui negado baseia-se tão só numa ideia de cotejo de esferas de risco e sua distribuição. E esta é uma nota que ultrapassa a lição oferecida pela causalidade adequada, pelo que não estamos simplesmente a oferecer, com a substituição aventada (nexó de ilicitude pelo nexó de causalidade outrora tematizado), uma visão normativizada daquela. Ainda que o legislador lance mão da probabilidade como critério guia de tipificação de condutas, não é nela que se baseia a imputação de que aqui se cura¹³⁷³.

¹³⁷² Sobre o ponto, veja-se ANDREAS SPICKHOFF, *Gesetzesverstoß und Haftung*, ... cit., p. 5 e ss., explicitando que o § 823 II encontraria no § 26 I PreussALR o seu antecessor, nos termos do qual, pela violação de uma norma, o agente responde por todos os danos que poderiam ter sido evitados com a observância dela, desde que tenham resultado de forma directa e imediata da sua conduta. Continua, assim, uma presunção de causalidade que, segundo o autor germânico, não existe no caso do § 823 II BGB.

Referindo-se a este aspecto particular do pensamento de SPICKHOFF, cf., entre nós, ADELAIDE MENEZES LEITÃO, *Normas de protecção...* cit., 210 e ss.

No tocante à causalidade, SPICKHOFF considera que a violação da norma tem de ser causal em relação aos danos e que a dicotomia entre a *haftungsbegründende Kausalität* e a *ausfüllende Kausalität* fica dependente da própria estrutura da norma de protecção preterida. Assim, se ela não previr nenhum resultado, a distinção deixa de fazer sentido (cf. SPICKHOFF, *Gesetzesverstoß...* cit., p. 237 e ss.)

¹³⁷³ Não cremos, também, que a passagem do abstracto ao concreto na aferição tradicional da causalidade quando abandonamos o plano da segunda modalidade de ilicitude e nos orientamos pela primeira modalidade dela seja de molde a salvar a causalidade adequada como critério de imputação causal.

Sem quereremos questionar a própria pertinência da ideia de causalidade, sempre se aduzirão dois argumentos no sentido de afastar aquela válvula de escape da doutrina tradicional.

Por um lado, essa passagem do abstracto ao concreto implica, necessariamente, um resvalar para uma aproximação entre ela e a culpa. Por outro lado, como explicitaremos, o nexó de ilicitude não se estriba

Chegamos, assim, à defesa de um nexo de ilicitude.

Ele distingue-se de uma ideia abstracta de adequação da norma, na medida em que não estamos apenas a ter em conta se o cumprimento dela era ou não adequado a evitar aquele tipo de dano¹³⁷⁴. Entronca, antes, numa ideia de escopo da norma violada ao qual só acedemos no jogo dialéctico explicitado.

O problema da causalidade ao nível da segunda modalidade de ilicitude partiria, portanto, não da acção mas da violação do dever¹³⁷⁵. Predicado essencial do juízo imputacional seria a ligação entre essa violação e o resultado. Só que, como explicitámos, ela não se pode matizar por um simples juízo abstracto de adequação entre a norma e o afastamento daquele ou, em sentido negativo, de adequação entre a violação dela e a produção do dano. Posto que tal visão das coisas convolar-se-ia numa mobilização do sistema sem que se tivessem em conta quer a intencionalidade dos princípios, quer as especificidades do caso concreto tomado como *prius* metodológico.

Autistamente considerada, pouco nos comunica. Se, contudo, não apagarmos do nosso referente de sindicância o jogo complexo a que fizemos alusão, somos confrontados com o dito nexo de ilicitude.

Ele oferece-nos o escopo da norma convertida em disposição de protecção, a fazer apelo a uma ideia de responsabilidade e, desse modo, a dar cumprimento à teleonomia do instituto. E incorpora um referente de eficácia, desnudada de qualquer tecnocracia, mas animada pela polarização social do fenómeno ressarcitório. Ou seja, e dito de outro modo, pela articulação entre caso e norma, à luz dos princípios, é-nos oferecido o fim dela, isto é, o recorte dos danos que, em concreto, quer evitar; a conformação da justa distribuição de riscos operada pelo legislador, cumprindo-se a síntese entre validade e eficácia que polarizam a vigência da normatividade, isto é, o desenho do que efectivamente quer obviar.

E pode-se chegar à conclusão, nesse jogo dialéctico entre questão de facto e questão de direito, que a intencionalidade normativa da norma se não cumpre ainda que haja “aplicação” dela ao caso, posto que se deve recusar a assimilação de âmbitos de relevância. Basta para tanto que se mostre que um comportamento lícito alternativo

unicamente na determinação praticamente comprometida do escopo da norma, transcendendo-o e integrando outros elementos predicativos da juridicidade na busca da solução que se antolhe como justa. A resolução do problema em sede de violação de direitos absolutos requer, não obstante, a equação de outros dados, pelo que será relegada para momento posterior.

¹³⁷⁴ Pensar isso equivaleria a fecharmo-nos num entendimento positivista da juridicidade, na medida em que a norma tudo determinaria, restando ao decidente saber se ela subsumia ou não o caso concreto.

¹³⁷⁵ Causalidade de violação do dever. Cf. SINDE MONTEIRO, *Responsabilidade por conselhos...* cit., p. 282

deixaria intocável a realidade¹³⁷⁶. No fundo o que se está a defender passa pela assunção da distribuição de riscos como parte integrante da intencionalidade da norma legal convertida em disposição de protecção, colimada nos princípios normativos, e pela não amputação do caso das notas que o enformam, como sejam a actuação do lesado, a actuação de um lesante ou de um terceiro.

ERWIN DEUTSCH fala, a propósito do que na Alemanha se aproxima da segunda modalidade de ilicitude delitual¹³⁷⁷, de uma finalidade de impedimento do dano.

Em causa estaria a coerência intra-sistemática. Na verdade, ao considerar-se, no confronto distintivo com o § 823 I BGB, que a este nível a culpa se refere à violação da norma e já não ao resultado lesivo, não seria possível, segundo o autor, defender, no mesmo ensejo, uma visão da causalidade que implicasse o proferimento de um juízo de adequação entre o comportamento violador da norma e o dano verificado¹³⁷⁸. Determinante seria, então, a *Schadensverhinderungszweck*, isto é a finalidade daquela¹³⁷⁹.

¹³⁷⁶ É que aí, como mostra o conhecido exemplo dos ciclistas, parece que a norma não visava proteger o lesado contra a lesão que concretamente sobreveio.

¹³⁷⁷ Cf. §823 II BGB

¹³⁷⁸ Cf. DEUTSCH, “Begrenzung der Haftung aus abstrakter Gefährdung wegen adäquater Kausalität?”, *JuristenZeitung*, 1966, p. 556-559 (fundamentando o afastamento da causalidade adequada no domínio das normas de perigo abstracto, para o que analisa alguns exemplos retirados da jurisprudência alemã. Numa das situações, um soldado, violando uma regra, guia sem autorização de serviço uma determinada viatura e causa um acidente. Considerou, então, o BGH que não havia direito a uma indemnização, porque o agente não aumentou de modo considerável a probabilidade de ocorrência de um dano do tipo do que se gerou. DEUTSCH explicita, neste ensejo, que, nas normas de perigo abstracto, o dano indemnizável é aquele que a norma devia evitar, sendo determinante a perspectiva do legislador e não do agente) e „Privilegiert Haftung und Schadensfolge“, *Neue Juristische Wochenschrift*, 1966, p. 705.

Do autor, veja-se, igualmente, DEUTSCH, *Allgemeines Haftungsrecht*, ... cit., p. 97, 98 e 194 e ss.; e, conjuntamente com AHRENS, *Deliktrecht*, ... cit., p. 161.

Questionando o afastamento da doutrina da causalidade adequada no âmbito da responsabilidade por violação das normas de protecção, cf. ERNEST A. KRAMER, „Schutzgesetze und adäquate Kausalität“, ... cit., p. 338-346; THOMAS RAISER, „Adäquanztheorie und Haftung nach dem Schutzzweck der verletzten Norm“, ... cit., p. 462-466; HERMANN LANGE, „Adäquanztheorie, Rechtswidrigkeitszusammenhang, ...“, ... cit., p. 198-207.

Entre nós, recentemente, vide ADELAIDE MENEZES LEITÃO, *Normas de protecção...* cit., p. 695.

¹³⁷⁹ Cf. DEUTSCH, “Begrenzung der Haftung...“, ... cit., p. 559. Para o autor a causalidade adequada apenas interviria nos delitos de perigo concreto do § 823 I BGB, sendo substituída pelo fim da norma nos delitos de perigo abstracto. Tal compreender-se-ia se tivéssemos em conta o ponto de referência da culpa. Na verdade, se a culpa se refere à violação da norma, não faria sentido exigir a adequação, a implicar um juízo de probabilidade próximo da previsibilidade orientado para o dano concretamente experimentado. Entre nós, sobre o ponto, cf. ADELAIDE MENEZES LEITÃO, *Normas de protecção...* cit., p. 695 e p. 251 e ss. A autora começa por esclarecer que, segundo a generalidade da doutrina portuguesa, a ilicitude corresponde à violação de uma norma, estando preenchida mesmo que o dano venha a ser provocado directamente por um facto posterior de terceiro, por evento natural ou fortuito, ou até por facto do lesado, para em seguida considerar que “esta construção parece relevar em sede de causalidade, dado que nesta modalidade de ilicitude o legislador satisfaz-se, para realizar a imputação do dano ao agente, com um juízo de violação normativa. Acrescenta-se ainda que, se a ilicitude nestas situações consistisse na lesão das pessoas ou bens atingidos, o carácter ilícito ou lícito estaria dependente da sorte, acaso ou evolução fortuita dos acontecimentos, quando é mais conforme ao sentido da lei, e mais pedagógico, reconhecer a

Seria, pois, a norma a ditar a solução em matéria de causalidade. Ou o dano se insere no âmbito de protecção por ela definido, havendo causalidade, ou o dano se aparta daquela finalidade, negando-se o exigível nexos.

O acento tónico é colocado na relação entre a violação da norma e o dano. Ao lesante oferecer-se-ia a possibilidade de aduzir excepções que afastassem peremptoriamente o juízo firmado. Recai sobre ele o encargo de afastar o nexos de ilicitude, mostrando que o dano se teria produzido de igual modo se a norma tivesse sido cumprida^{1380 1381 1382}.

Compreende-se a posição do autor. Na verdade, a prova assim produzida viria a mostrar, afinal, que a norma não era adequada à não produção do dano.

No fundo, o que aqui se evidencia – e agora de acordo com a orientação metodológica que abraçámos – é que aquela norma, em abstracto mobilizada para resolver o caso concreto, não é capaz de, em concreto, o assimilar. A sua intencionalidade continuaria por cumprir ao impor-se, com base nela, a obrigação ressarcitória ao suposto lesante.

Vislumbra-se, porém, uma diferença entre aquilo que defendemos e a posição do autor que importa salientar por ser esse o mecanismo adequado para concluir da sua relevância ou irrelevância práctico-normativa.

Na verdade, DEUTSCH orienta-se segundo a *Schadensverhinderungszweck*. O que está em causa é a aptidão ou ineptidão da norma para evitar a causação do dano, articulando-se com ela uma ideia de elevação do risco. Ao preterir-se o comando legal, aumenta-se o nível de risco e, como tal, a probabilidade de ocorrência do dano, pelo que

existência do comportamento ilícito do agente, desde que viole as regras preventivas destinadas a tutelar interesses que vieram mais tarde a ser tutelados. Há uma função preventiva da responsabilidade civil”. (cf. também p. 252).

Veja-se, ainda, embora em termos não explicitamente colimados na causalidade, ANTUNES VARELA, *Das obrigações...* cit., I, p. 539, considerando que os danos resultantes de um facto fortuito ou de um facto de terceiro devem ser imputados ao lesante quando haja violação de uma norma de protecção, na medida em que a culpa se refere àquele ponto de sindicância da ilicitude.

¹³⁸⁰ Cf. DEUTSCH, *Allgemeines Haftungsrecht...* cit., p. 212 e ss.

¹³⁸¹ Cf., a este propósito, WOLFHARD KOHTE, “Normzweck und Interessenabwägung bei der Auslegung des § 823 II BGB, – BGH NJW 1987, 1818”, ... cit., p. 125 e ss., em especial p. 128-129, falando da facilitação da prova da causalidade de acordo com o tipo de norma violada e o perigo que ocorre com a violação. O autor fala, ainda, de um sistema móvel que pode conduzir quer a uma prova por probabilidade, quer à verdadeira inversão do ónus da prova. Entre os diversos critérios avançados no âmbito da caracterização de tal modelo de imputação, tenha-se em conta, no que a nós nos interessa, a ideia segundo a qual quanto mais graves são as consequências, menos exigente se deve ser em relação ao cálculo probabilístico da sua emergência (cf. p. 130)

¹³⁸² Sobre o dado, ulteriores considerações serão expandidas *infra*.

se afigura justo operar a inversão do ónus da prova do nexó de ilicitude assim firmado¹³⁸³.

Sempre que o dano se inscrevesse no círculo de potenciais riscos que a disposição de protecção visava contornar, considerar-se-ia fixado aquele nexó, cabendo ao lesante cumprir o ónus da contraprova. A justificação da inversão das regras probatórias encontrá-la-íamos naquele nóculo central de elevação do risco¹³⁸⁴.

Em suma, o autor parte da consideração da ilicitude polarizada na violação da norma e, chamando à colação uma ideia de prevenção que com a imposição do comando normativo se cumpriria, concluiria que o nexó de ilicitude reclamado seria posto em causa pela prova da manutenção do dano ainda que o comportamento tivesse sido conforme com a prescrição normativa, porquanto tal mostraria que a norma não seria apta a prevenir aquele dano.

Na desvelação do seu raciocínio parecem, pois, estar presentes duas notas: relação unívoca entre a norma e o caso e um desiderato preventivo que aqui avultaria.

A norma definiria um círculo de danos a evitar. Uma vez violada e verificado um dano, poder-se-ia presumir que ele tinha sido o resultado da ilicitude. Por um lado,

¹³⁸³ Cf. DEUTSCH, *Allgemeines Haftungsrecht...* cit., p. 211 e ss.. Note-se que noutras situações não estaria propriamente em causa a falta de aptidão da norma para prevenir a produção do dano, mas a ideia de que a norma violada apresentaria uma outra natureza. Referindo-se ao pensamento do autor e dando exemplo destas situações, cf. SINDE MONTEIRO, *Responsabilidade por conselhos...* cit., p. 291-292. “São as hipóteses em que se procede à demolição de uma casa que por lapso não havia sido incluída no plano de demolição”. Conforme é aí explicitado, existe a possibilidade de o dano ser justificadamente produzido. Note-se, aliás, que o insigne civilista português procede a uma exaustiva análise do pensamento de DEUTSCH, nas páginas citadas e seguintes, que, desviando-se em alguns pontos do que aqui pretendemos salientar, não deixa de ser fundamental para a lograda compreensão da problemática. Mais se diga que as indicações bibliográficas aí colhidas foram importantíssimas para a consecução da nossa investigação. Sobre o pensamento de SINDE MONTEIRO quanto ao ponto, cf., *infra*, a análise que dele faremos. Acrescente-se, quanto à posição de DEUTSCH, que a mesma tem sido interpretada no sentido de, pela elevação do risco, se conseguir a inversão do ónus da prova em matéria de culpabilidade, sem que a estenda de forma explícita à causalidade. Nesse sentido, cf. RIBEIRO DE FARIA, “Da prova na responsabilidade civil médica. Reflexões em torno do direito alemão”, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, ano I, 2004, p. 148, nota 62. Em causa estaria, de todo o modo, a possibilidade de equiparação dos deveres de cuidado que impendem sobre o médico às disposições de protecção de interesses alheios.

¹³⁸⁴ Refira-se que esta ideia deixaria o seu rasto em matéria de fixação do próprio dano a indemnizar. Para DEUTSCH a indemnização deve ser fixada tendo em conta a elevação do perigo. Justifica-o o autor pela consideração da perda de valor do bem jurídico em virtude da exposição ao perigo, devendo, por isso, conceder-se uma indemnização pela medida do risco elevado. Cf. DEUTSCH, *Allgemeines Haftungsrecht...* cit., p. 212.

Em sentido crítico, embora elogiando a ponderação de aspectos sancionatórios e preventivos a propósito da responsabilidade civil, cf. SINDE MONTEIRO, *Responsabilidade por conselhos...* cit., p. 294-295. O efeito refractário que a doutrina da elevação do risco teria em sede de determinação do quantum indemnizatório traduzir-se-ia na afirmação da doutrina do *Gefahrerhöhung*, próximo da teoria da perda de chance, que converteria o juízo de causalidade num jogo estatístico de probabilidades de emergência do dano a partir do ponto de elevação do risco que se fixaria. Para maiores considerações, atente-se no que *infra* diremos a esse propósito.

esta solução seria a única consentânea com a estrutura da imputação assim pensada, já que não se exigia que a culpa viesse referida àquele, pelo que não seria de reivindicar a adequação – baseada numa probabilidade que se aproxima da previsibilidade – do comportamento anti-jurídico ao resultado. Por outro lado, ao fixar a proibição, o legislador teria tido em mente a perigosidade dele face a determinados interesses, pelo que a sua violação implicaria uma elevação do risco – aquele que se pretendeu evitar – indiciando a ligação entre a ilicitude e o resultado lesivo.

Ou seja, tendo presente um alicerce de fundamentação assente no risco, considerar-se-ia que aquele que preenche um determinado *Tatbestand* legal o elevaria, pelo que seria plausível considerar que o dano, uma vez sobrevindo, teria resultado daquele comportamento. A norma determinaria, *a priori*, o juízo de adequação, cabendo ao lesante provar, em concreto, que ela não tinha sido apta a afastar o perigo.

Certo é que, ao nível da responsabilidade civil, não há direito à indemnização por um simples pôr em perigo. A nota de comutatividade por nós sublinhada anteriormente, a ligar-se a um escopo primacialmente reparador do instituto, desaconselha, pois, que se erija a prevenção como o *tertium datum* viabilizador do juízo de assimilação entre a norma e o caso¹³⁸⁵.

Ora, parece ser essa a proposta de DEUTSCH. Na verdade, todo o raciocínio se baseia no apelo aos dados da experiência, já ponderados pelo legislador, e num desiderato preventivo da norma. E aqui reside, aos nossos olhos, a fragilidade da concepção em análise.

Ao ser convertida em disposição legal de protecção de interesses alheios, a norma deixa-se informar por uma intencionalidade específica, resultado do jogo dialéctico entre as exigências que lhe são comunicadas pelo caso e a projecção dos princípios que ele também convoca. Não é só o ideário preventivo que avulta mas uma actualização da liberdade da pessoa, a cumprir-se por intermédio da reparação, e a postular uma responsabilidade delineada *ex ante*.

A norma tipificadora do comportamento proibido tem aí um papel relevantíssimo. Acedendo a ela de acordo com este jogo complexo, colhemos um recorte de distribuição de riscos.

¹³⁸⁵ A este propósito veja-se a posição de ADELAIDE MENEZES LEITÃO, *Normas de protecção...* cit., p. 695. Considerando criticamente a transposição da doutrina roxiniana para o domínio civilístico, a autora aduz que “não é compreensível para o direito civil dispensar o dano (...). [Este] deve ser indemnizado e não sancionada a ilicitude e a culpa. Por isso, a ilicitude tem de ser averiguada na ligação entre o comportamento e o resultado”.

Verificado um dano na esfera de um particular, a pretensão ressarcitória por si apresentada alicerça-se na alegação e prova da violação normativa. Com isso presume-se a culpa do agente, sendo necessário determinar em concreto se o dano aportado resultou ou não dela.

Indagar, a esse propósito, se o comportamento era ou não adequado a causá-lo antolha-se desnecessário. Não só já vimos que a probabilidade em que se traduz a adequação deixa por resolver muitos dos problemas como, atenta a perspectiva de objectivação que a pretende afastar da culpabilidade, é óbvio que, se o dano figurar entre aqueles que o legislador quis prevenir, a resposta ao teste não poderia deixar de ser positiva¹³⁸⁶.

Dir-se-á, contudo, que o cumprimento da norma não reconduz o perigo ao nível zero, pelo que aquele dano poderia ter sobrevindo por outra via¹³⁸⁷. Determinante seria, aí, o efeito protector da norma¹³⁸⁸, pelo que se poderia mesmo aventar a possibilidade de soluções diversas consoante a estrutura normativa em causa¹³⁸⁹.

E a clareza do argumento não deixa de ferir a concepção mais favorável ao lesado. Exactamente porque a mesma se orienta segundo uma ideia de probabilidade, ainda que normativizada. Deixá-la-ia, contudo, intocável se sobre ela derramásemos a nota da distribuição do risco.

Risco aqui entendido num dúplice aspecto.

Em termos substanciais, como o risco que demarca uma *role responsibility* pelo que, sobrevindo um determinado dano, aquele sobre quem a norma faz impender a responsabilidade nesta acepção deve ser “sancionado” com o pagamento de uma indemnização. Sem que com isto se advogue – longe disso – a perfeita continuidade entre os dois sentidos da expressão. Entre o antes e o depois há um longo caminho a percorrer, porque, ainda que concebida como projecção dogmática da validade

¹³⁸⁶ Sobre o ponto, cf. ainda DEUTSCH/AHRENS, *Deliktsrecht, Unerlaubte Handlungen...* cit., p. 111.

¹³⁸⁷ Nesse sentido, HANS STOLL, “Haftungsverlagerung durch beweisrechtliche Mittel”, ... cit., p. 175 e ss.

¹³⁸⁸ *Op. cit., loc. cit.*: referem-se aí as normas que apresentam um menor efeito de protecção, ou seja, e sob outro prisma, as situações relativamente às quais o perigo é menos dominado pela observância da norma.

¹³⁸⁹ Cf. WALTER, *Freie Beweiswürdigung*, Tübingen, 1979, p. 235, *apud* SINDE MONTEIRO, *Responsabilidade por conselhos...* cit., p. 296, nota 427.

Veja-se, ainda, no mesmo sentido ANDREAS SPICKHOFF, *Gesetzesverstoß* ... cit., p. 283 e ss. Considera o autor que, no tocante à prova do nexo de causalidade, deve ser estabelecida uma diferença, consoante a estrutura da norma violada.

Mantendo-se a relevância da distinção entre as normas de pôr em perigo abstracto e as normas de pôr em perigo concreto, chamada à colação a propósito da sindicância e comprovação da culpa ao nível da segunda modalidade de ilicitude delitual, a verdade é que, segundo o testemunho de alguns autores, a jurisprudência se tem mostrado mais reticente a operar a inversão do ónus da prova no tocante à causalidade. Sobre o ponto, cf. VON BAR, *Verkehrspflichten...* cit., p. 288.

afirmada, a responsabilidade (*liability*, e usamos aqui o significante inglês porque o diferente radical semântico que transporta a categoria cumpre uma função de identificação que podia ficar enublada pela repetição do termo responsabilidade) não pode ser encarada como o espelho dedutivo dela. E isto porque se abre a porta à hipótese de o lesante vir a provar que o respeito pela norma não teria obstado à verificação do prejuízo, nessa medida precludendo o nexos de ilicitude exigível.

Em termos adjectivos, risco ainda de ter de suportar um dano que não causou, cabendo-lhe a si afastar, por meio da prova exigível, o juízo previamente entretecido¹³⁹⁰.

Debtem-se os autores quanto a saber se em causa está uma presunção simples ou uma verdadeira inversão do ónus da prova¹³⁹¹.

Fazem-no, detidamente, por olharem para a causalidade do ponto de vista da adequação probabilística. O busílis da questão estaria em saber até que ponto a previsão normativa, baseando-se ela própria num diagnóstico de probabilidade, seria apta a substituir *in totu* uma indagação causal feita em concreto, ainda que colimada na mesma ideia.

Urge portanto tecer algumas considerações sobre o ponto.

Ao tematizar-se o problema da causalidade, não buscam os autores chegar à afirmação da causa real, mas tão-só da causa adequada. O juízo a estabelecer é normativo. E para mais, feito em abstracto, traduz-se naquilo que de um prisma metódico tradicional se consubstancia numa questão de direito. A prova da causalidade seria, então, cumprida se se trouxessem ao processo elementos da experiência que

¹³⁹⁰ Cf. LARENZ, *Lehrbuch ... cit.*, I, p. 373-376.

Cf., ainda, HANS STOLL, „Haftungsverlagerung durch beweisrechtliche Mittel“, ... cit., p. 161, considerando que a oneração do lesado não está em consonância com a intencionalidade delitual, pelo facto de a imposição àquele do encargo probatório implicar, as mais das vezes, a não efectivação da responsabilidade.

Veja-se, igualmente, MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, *As partes, o objecto e a prova na acção declarativa*, Lex, Lisboa, 1995, p. 217, alertando para o facto de não se poder operar a inversão do ónus da prova só com base na ideia da dificuldade que lhe está associada, ou seja, não podemos ver na intuição da missão diabólica que ao lesado é imposta uma razão para a alteração das regras processuais.

¹³⁹¹ Veja-se, quanto ao ponto, RIBEIRO DE FARIA, “Da prova na responsabilidade civil médica. Reflexões em torno do direito alemão”, ... cit., p. 147.

Note-se que algumas das considerações aqui expandidas serão retomadas mais detidamente a propósito da prova da causalidade ao abrigo da primeira modalidade de ilicitude.

Atente-se, ainda, no testemunho de SINDE MONTEIRO, *ult. op. cit.*, p. 268, considerando que não se pode falar de uma presunção de causalidade adequada por mera aparência quando o dano se inscreve no círculo de protecção da norma, uma vez que as presunções se referem a factos e não a juízos normativos atinentes à interpretação do fim da norma.

atestassem a probabilidade que permitisse estabelecer a adequação. Ora, parece-nos que esses dados já terão sido ponderados antecipadamente pelo legislador¹³⁹².

Acresce que essa adequação não pode, pelos motivos apresentados anteriormente, ser vista como critério de imputação. Ela não visa determinar se aquele dano foi causado por aquele comportamento, pelo que, a um tempo, apresentaria um desiderato imputacional a cumprir por uma regra matemática e probabilística, e mostrar-se-ia incapaz de o satisfazer logradamente.

O que recebemos da previsão de uma disposição legal de protecção de interesses alheios é uma ideia de imputação de um dano a uma pessoa, que não se queda numa ideia de probabilidade ou adequação do cumprimento conformado com ela à obstaculização do resultado.

Ao tentar interpretá-la nesse sentido, obviamente que o jurista se confrontará com aporias e incertezas. As mesmas que, aliás, patenteiam a imprestabilidade do critério ao nível da primeira modalidade de ilicitude.

Já assim não será se partirmos não da norma, mas do caso. E, olhando para ele e as exigências que comunica, convocarmos a norma na contextura do instituto da responsabilidade civil, por sua vez animada e informada pelas notas da personalidade livre e responsável, demarcando uma zona de responsabilidade, que é activada sempre que a norma seja violada. Com o que se afastam as fragilidades de uma presunção, ainda assente em dados experimentais, embora cristalizados *a priori*.

Quais as provas a ser oferecidas pelo lesado?

Todas aquelas que comprovem o âmbito de relevância do caso recortado à luz da intencionalidade do sistema: a violação da norma, a fazer presumir a culpa, e o dano sofrido, competindo ao juiz determinar se ele se integra entre aqueles que a norma quis evitar e se surgiu ou não pelo modo como ela o pensou abstractamente.

O que aqui fica dito requer, não obstante, algumas afinações.

Por um lado, requer a apurada compreensão do caso enquanto problema jurídico concreto. Um caso não composto exclusivamente por circunstâncias exemplares, paradigmáticas e típicas, mas matizado igualmente por elementos acidentais, únicos,

¹³⁹² Não queremos com isto dizer que a norma, por si só, resolve todos os problemas. Mas não cremos, contudo, que haja que repetir em concreto o juízo abstractamente fixado por ela, ao ponto de se considerar estarmos diante de uma mera prova de aparência. Nesse sentido, cf. STOLL, "Haftungsverlagerung...", ... cit., p. 165. Na verdade, se assim o entendêssemos estaríamos, ainda que inconscientemente, a aderir a uma posição normativista que considerasse que o julgador repete em concreto o legislador. Ora, o que se colhe da violação da norma é a edificação de uma esfera de risco que, tendo sido pensada por aquele a montante, é agora abraçada responsabilizantemente pelo agente perpetrador do dano. Sobre o ponto, novas considerações serão expandidas *infra*.

infungíveis, que não podem deixar de ser tidos em conta. Pelo que, ao oferecer a prova da violação da norma e da emergência do dano, o lesado há-de especificar todos aqueles dados e comprová-los¹³⁹³. Não é, porém, exigível a alegação e prova de elementos que mais não fazem do que excepcionar peremptoriamente o seu direito à indemnização. Tanto mais que, nos termos do artigo 342º, nº2 CC, é essa a regra de repartição do ónus de que se cura^{1394 1395}.

Por outro lado, embora assumindo-se o caso como o *prius* metodológico na busca da solução normativamente adequada e materialmente justa, a norma é aqui olhada como um critério imediatamente mobilizado para orientar o decidente. É ela que estabelece os termos da distribuição das esferas de risco. Simplesmente, não podemos ignorar que a norma, ainda que concretizada à luz do caso e inteligida pela sua remissão para os princípios, não nos diz tudo. Aumentando a problematidade inerente à *quaestio iuris*, não implica isso a ausência de critérios, posto que o sistema é mais amplo do que a mera positividade. A solução encontrar-se-á com apoio nos mesmos arrimos de que se lança mão ao nível da primeira modalidade de ilicitude.

¹³⁹³ Importante será, aqui, resolver um problema prévio, aliás, conatural ao tratamento da causalidade em sede da primeira modalidade de ilicitude. Trata-se, numa enunciação simplista dele, da questão dos dados a sopesar na formulação do juízo conector que se almeja. Ou seja, e dito de uma forma mais directa, será determinante – não só em termos substantivos, como adjectivos – saber se na resolução do problema da causalidade se há-de ter em conta unicamente os pólos a unir ou, outrossim, relevar todo o processo que os mediou e que permitiu a transformação do primeiro no segundo.

Cf. a este propósito, *inter alia*, PEREIRA COELHO, *O problema da causa virtual*, ... cit., nota 19; ANTUNES VARELA, *Das obrigações em geral*... cit., I, p. 900; PESSOA JORGE, *Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil*, ... cit., p. 395.

Porque ele diz respeito a toda a problemática da responsabilidade civil e não só às situações que especificamente individualizámos, cuidaremos dele posteriormente. O que não impede que aqui façamos a remissão para a formulação dos seus contornos quando, *supra*, percorremos um breve périplo pelas diversas doutrinas da causalidade.

¹³⁹⁴ Cf., em sentido diverso, MARTINS DE ALMEIDA, *Manual dos Acidentes de Viação*, ... cit., p. 505-506.

¹³⁹⁵ Refira-se um outro pormenor. Ainda que o legislador se tivesse orientado por uma ideia de adequação probabilística, considerar que o lesado haveria de carrear para o processo todos os elementos que permitissem a reconstituição desse juízo mais não seria do que a afirmação do caso como um correlato lógico da hipótese normativa.

Por outro lado, a probabilidade de que se possa ter lançado mão pode ter presidido à consagração da norma no ordenamento jurídico positivo. Mas isso não implica que a mesma seja transposta para o quadro da imputação ou seja aproveitável no momento da conversão daquela norma em disposição legal de protecção de interesses alheios, aquando da sua mobilização pelo caso e a sua remissão para os princípios, em si mesmos e projectados dogmaticamente no instituto da responsabilidade civil.

Aliás, em rigor, aí a ideia fundamental que deve alimentar o decidente não é a de prevenção mas a de reparação do dano. Sem que se resvale para a busca da causa real. Também dela não cura a causalidade adequada. E, ademais, a ideia de responsabilidade só é pensável no quadro de uma actualização da pessoalidade em que ela se colima. Pelo que, tanto mais que aqui existe um recorte de acção, o guia de orientação não poderá deixar de ser o da assunção e repartição do risco.

Acerca da problemática do risco na determinação do juízo imputacional, embora sob outra perspectiva, e, não obstante a anterior análise levada a cabo, cf. DEUTSCH, “Da *allgemeine Lebensrisiko* als negativer Zurechnungsgrund”, *Festschrift für Günther Jahr*, Tübingen, 1993, p. 251 e ss.

Importará isto o retomar da causalidade adequada a este nível^{1396 1397}?

A esta pergunta SINDE MONTEIRO responde positivamente. Afirma o autor que “não parece que se deva renunciar de uma forma geral ao requisito da adequação no caso de proibições de pôr em perigo abstractas. No mínimo, um critério de adequação servirá de auxiliar indispensável para a interpretação do fim da norma, não devendo na dúvida aceitar-se que por ele sejam abrangidas consequências atípicas ou extraordinárias”^{1398 1399 1400}.

A posição do civilista não é impar. Recebe, pelo contrário, o amparo da maioria da doutrina pátria¹⁴⁰¹.

¹³⁹⁶ A resposta a esta questão só poderá ser exaustivamente dada num momento posterior, no qual se afira, em termos globais, da prestabilidade ou imprestabilidade da doutrina da adequação para a resolução do problema da ligação entre o dano e a conduta ilícita. Simultaneamente, o que em sede de segunda modalidade de ilicitude se possa apurar a este propósito será determinante do diálogo que aí se possa encetar. Donde se conclui que o que aqui possa ser dito é condicionante de e condicionado pelo todo sistemático em que se insere.

¹³⁹⁷ No fundo, chegados a este ponto, podemos concluir que, embora com base numa fundamentação diversa, não andamos longe de DEUTSCH – e de outros juristas que o secundam – quando afirma a prescindibilidade da adequação ao nível da segunda modalidade de ilicitude delitual. O que queremos continuar a investigar é se tal ocorre sempre e em todos os casos.

¹³⁹⁸ Cf. SINDE MONTEIRO, *Responsabilidade por conselhos...* cit., p. 280.

¹³⁹⁹ Quanto ao ponto, veja-se, ainda, BASIL MARKESINIS, ANGUS JOHNSTON e SIMON DEAKIN, *Markesinis and Deakin's Tort Law*, ... cit., p. 371 e ss., lidando com o problema da causalidade no âmbito das situações de *breach of a statutory duty*, enquadrado pelo horizonte de referência da *Common Law*, e considerando que “but-for or factual causation must be established in the normal way” [em causa, uma situação em que o empregador não é considerado responsável pelo dano sofrido pelo seu trabalhador, apesar de ter violado normas de cuidado, dado ter-se provado que a negligência do próprio assalariado].

¹⁴⁰⁰ Em sentido contrário, cf., no tocante aos delitos de perigo abstracto, DEUTSCH, “Begrenzung...”, ... cit., p. 558 e ss. (no tocante às normas de pôr em perigo abstractas, propõe a substituição de um juízo fáctico de probabilidade por um juízo jurídico. Em causa, estaria, pois, a adequação da norma).

¹⁴⁰¹ E dir-se-ia, ainda, colher eco além fronteiras. Veja-se, a este propósito, a posição de ERNEST A. KRAMER, „Schutzgesetze...“, ... cit., p. 338 e ss. Tomando como exemplo o caso em que A, trabalhador, abriu o pavimento com uma picareta e um terceiro foi atingido no olho, tendo, contudo, ficado provado que o que o feriu foi um pedaço de aço, o que foi considerado um acontecimento improvável, coloca-se o problema de saber se a falta de adequação é ou não de molde a afastar a responsabilidade, ainda que o resultado danoso se insira no âmbito de protecção da norma. Desde logo, KRAMER indaga se o modo pelo qual se produz o dano deve ou não ser abrangido pelo fim de protecção (cf. p. 341) e exprime as suas dúvidas no que toca à concessão da indemnização neste caso (cf. p. 342, onde a dúvida passa por saber se o dano não se inserirá no risco geral de vida do lesado). Mais aduz o autor que, na maioria das situações, sobretudo naquelas em que está em causa um comportamento lícito alternativo, as duas doutrinas conduzirão às mesmas soluções. O que não impede que se encontrem situações em que os juízos decisórios assentes numa e noutra sejam díspares. Assim, em situações como essa, haveria que considerar, segundo a posição do autor, que a forma como o dano avulta não é abrangido pela norma, pertencendo ao risco geral da vida do lesado. Ora, a essa conclusão chega-se, por via do critério da adequação, que desta feita se convola em auxiliar de interpretação do fim de protecção da norma. Para o autor, as consequências inadequadas são excluídas, não por predomínio da doutrina da causalidade adequada, mas pela interpretação do fim da norma com base nela e em referência à esfera de riscos. Só quando o agente tivesse agido com dolo ou quando, de forma inequívoca, o legislador tivesse pretendido eliminar todos os riscos se deve incluir na indemnização o ressarcimento de danos inadequados. Sobre este mesmo caso, cf., com maiores desenvolvimentos *infra*, a posição de TRIMARCHI, „La causalità nella responsabilità civile”... cit., p. 12.

ANTUNES VARELA, por exemplo, chega mesmo a ir mais longe e depõe no sentido da imprestabilidade dela¹⁴⁰². Ou melhor, se em SINDE MONTEIRO – e no que concerne à segunda modalidade da ilicitude – a ideia de fim da norma avulta maior, reservando-se à doutrina da adequação um papel ancilar ou complementar, em ANTUNES VARELA, o primeiro plano da indagação causal é reservado à segunda, recorrendo-se ao escopo da norma violada unicamente como “um auxiliar precioso na resolução das dúvidas suscitadas quanto à existência, em algumas espécies, quer da ilicitude, quer do nexa de causalidade”¹⁴⁰³.

Mais se diga que o autor, ao tematizar *en passant* o problema no âmbito da segunda modalidade de ilicitude, e sem negar a importância de saber se “o lesado figura entre os titulares dos interesses protegidos pela disposição infringida e se a lesão se deu no círculo dos interesses tutelados pela norma”¹⁴⁰⁴, afirma não ser necessário “recorrer nesses casos à teoria do fim da norma da protecção legal para eliminar a responsabilidade do agente; esta falha logo através do requisito da ilicitude, por não haver a violação típica de interesses objectivamente descrita na lei”¹⁴⁰⁵.

No fundo, a aparente divergência – e sublinhamos a aparência – resulta do facto de aqui se estar a lidar com o problema da determinação do cálculo do dano ou mais amplamente da *haftungsausfüllende Kausalität*.

É certo que SINDE MONTEIRO, na apresentação genérica do tema, aventa a desnecessidade do tratamento causal no que respeita à violação de bens jurídico ou a um primeiro dano¹⁴⁰⁶, porquanto as incertezas a que ele visa dar resposta seriam suplantadas com a referência da culpa.

¹⁴⁰² Cf. ANTUNES VARELA, *Das Obrigações...* cit., I, p. 902-903

¹⁴⁰³ Cf. ANTUNES VARELA, *Das obrigações...* cit., I, p. 902.

¹⁴⁰⁴ Cf. ANTUNES VARELA, *Das obrigações...* cit., I, p. 902.

¹⁴⁰⁵ Sobre o ponto, veja-se, igualmente, ADELAIDE MENEZES LEITÃO, *Normas de protecção...* cit., p. 474 e ss. Considera a autora que os “enquadramentos causais” não são fáceis ao nível da segunda modalidade de ilicitude e que “a causalidade não se resume à interpretação teleológica da norma. O nexa de causalidade tem um papel determinante na delimitação dos danos a considerar nas normas de protecção, já que estas só concedem uma tutela limitada”. E acrescenta que, “apesar de útil, a referida teoria [do escopo da norma] não tem potencialidades ilimitadas ao nível do estabelecimento dos nexos causais”, sendo aproveitável, sobretudo, para fazer face a alguns excessos da causalidade adequada, surgindo como “mero complemento da aferição dos nexos causais a partir de um juízo de adequação(...)” [cf. p. 475]. Nestes termos, continua a autora, “a teoria do escopo da norma pode ser insuficiente para estabelecer o nexa de causalidade, resumindo[-o] (...) à interpretação da norma de protecção, redundando aquele pressuposto numa duplicação da ilicitude e não permitindo autonomizar o nexa de causalidade como requisito autónomo da imputação de danos”. Veja-se, porém, o que a autora nos diz a páginas 716, considerando que a *conditio sine qua non* é inoperante no caso da violação das normas de protecção e adiantando que mesmo a causalidade adequada o pode ser nesse domínio.

¹⁴⁰⁶ Cf. SINDE MONTEIRO, *Responsabilidade por conselhos...* cit., p. 270.

Simplesmente, focando a investigação na violação de disposições legais de protecção de interesses alheios, aponta, com a lição que nos oferece, no sentido da resolução do próprio problema imputacional. Não é, de facto, inócuo que, no diálogo encetado com diversos autores, chame à colação a pertinência de um nexos de ilicitude. Sequer podem ser valorados neutralmente os exemplos apresentados para ilustrar as conclusões a que vai chegando. E parece, aí, abrir a porta à consideração do fim da norma. No fundo, o que aqui assistimos pode, de uma forma esquemática que procure servir de alavanca de inteligibilidade, explicar-se pelo imbricamento dialógico de duas modalidades de ilicitude e de dois momentos de sindicância do nexos de causalidade exigível¹⁴⁰⁷.

Pensamos não errar se interpretarmos o pensamento de SINDE MONTEIRO no sentido do que a seguir explicitaremos.

No que à primeira modalidade de ilicitude concerne, ela consubstancia-se na violação de direitos absolutos. É a esse resultado que a culpa se refere. Tal seria, em regra, o bastante para operar a ligação do resultado ao primeiro dano, isto é, à lesão identificada como ilícita. O nexos de causalidade requerido agigantar-se-ia no momento da ligação entre os danos subsequentes e o comportamento do agente, tido como ilícito e culposos.

Já no que tange à segunda modalidade de ilicitude, não se referindo a culpa à lesão dos interesses mas tão-só a violação da disposição legal que os protege, avultaria com contornos distintos a conexão causal. Na verdade, não se satisfazendo o direito civil com um puro pôr em perigo, ainda que culposos, haveria que determinar se os interesses lesados, sobre que a culpa se não derrama, podem ou não ligar-se à violação da prescrição normativa. O mesmo é dizer que haveria de determinar se os interesses concretamente lesados se inscrevem ou não no núcleo daqueles que a norma visava proteger. O recurso ao fim da norma cumpriria aí o seu papel. Mas não seria bastante, antolhando-se necessário o recurso à causalidade adequada para resolver o problema

¹⁴⁰⁷ A propósito da diferença entre a *haftungsbegründender Kausalität* e a *haftungsausfüllender Kausalität* ao nível da segunda modalidade delitual, cf. ADELAIDE MENEZES LEITÃO, *Normas de protecção...* cit., p. 708, adiantando que o estabelecimento da conexão fica dependente da própria configuração da norma de protecção. Assim, se ela não exigir qualquer resultado lesivo, “pode concluir-se que, estruturalmente, não será necessário proceder à referida diferenciação”. No mesmo sentido, cf. *supra* o testemunho de SPICKHOFF, *Gesetzesverstoß...* cit., p. 237 e ss.

imputacional, e aceitando-se, então, “que o critério da adequação desempenha no caso das disposições de protecção um papel secundário”¹⁴⁰⁸.

Ao acedermos ao esquema genérico a partir do qual o autor conforma as soluções tidas por normativamente adequadas e materialmente justas no que à responsabilidade civil diz respeito, percebemos com maior clareza onde reside o cerne das particulares divergências que dele nos apartam, sem embargo do reconhecimento da mestria de muitas das soluções explanadas.

Tentemos traçar, também nós, o esquema de inteligibilidade das nossas lucubrações.

A impostação tradicional do problema concita-nos, de facto, algumas dúvidas.

Não negamos que a primeira modalidade de ilicitude se desvela pela violação de direitos absolutos. E afastamo-nos do finalismo protagonizado por alguns autores. É o desvalor do resultado que releva a este nível. Mas um entendimento personalista, eticamente cunhado, não pode deixar de a ligar à violação de um dever – o dever de respeito pelos direitos dos outros. Pelo que, aflorando ao nível do resultado, não pode também deixar de ancorar-se num comportamento. A voluntariedade dele é, de facto, apontada como o pressuposto básico da responsabilidade civil. A indiciar a importância, ainda que residual, da conduta ao nível desta modalidade de ilicitude. Posto que, se uma pessoa morrer como resultado de um raio que o atingiu, não se chancela a lesão do direito à vida como ilícita.

É óbvio que a culpa, imputando subjectivamente a lesão à conduta da pessoa, cumpre esse desiderato valorativo. Simplesmente, a complexidade fenoménica da tecitura social e natural acarreta as mais das vezes que, não obstante a intencionalidade dirigida à violação dos direitos com eficácia *erga omnes* ou a não conformação do comportamento de acordo com o padrão de cuidado exigível, a verdadeira causa do

¹⁴⁰⁸ Justifica-se, assim, o facto de termos sublinhado a mera aparência do dissenso entre ANTUNES VARELA e SINDE MONTEIRO. Na verdade, se operarmos a *époché* da causalidade referida ao primeiro dano para nos centrarmos na determinação de quais os danos subsequentes que podem vir a ser indemnizados, os autores parecem confluir na defesa da adequação.

A divergência passa pelo modo como vai pensado o recurso à causalidade de primeiro nível. ANTUNES VARELA sustenta estarmos aí diante de um problema referente à ilicitude. SINDE MONTEIRO resolve-a com recurso à ideia de causalidade, falando, então, de um nexo de ilicitude que permita estabelecer a ligação entre a ilicitude (violação da norma) e os interesses lesados.

Note-se, porém, que considera estarmos diante de um problema de imputação quando indagamos se o dano cuja reparação é exigida se teria ou não verificado em caso de cumprimento da norma. E afasta-se da ideia de dever ser negada, logo que não se discerne este nexo de ilicitude, a própria condicionalidade do comportamento. Pelo contrário, para o autor há razões que depõem no sentido de distinguir claramente a causalidade da acção, a referir-se a um acontecimento real, da relação entre a inobservância da norma e o dano. Cf. p. 281-282.

dano evento experimentado possa não se encontrar na actuação do presumível agente lesivo.

Ora, isto é extremamente importante num domínio normativo como o civilístico, no qual o chamamento à actualização da personalidade livre através da responsabilidade de segundo grau se cumpre na articulação de um ideário de justiça comutativa.

Sem a polarização no sujeito a ilicitude não é discernível. Pelo que se pode concluir que, afinal, o tratamento da causalidade vem a entroncar na própria dilucidação do carácter ilícito do acto. Ao nexos de causalidade parece substituir-se o nexos de ilicitude.

Explicações suplementares urgem neste momento. Na verdade, se no quadro da segunda modalidade de ilicitude se percebe a tematização dele, maiores problemas – conceptuais e valorativos – parecem aflorar aqui diante da formulação da exigência de um nexos de ilicitude. Ali, ele redundando na concretização dogmática de uma ilicitude enquadrada segundo o balanceamento do desvalor de resultado e do desvalor de conduta. Ou dito de uma forma mais directa, considerando-se ilícita a simples violação da norma, ao mesmo tempo que não pode deixar de se prestar atenção aos interesses que nela vão referidos, o jurista tem de preencher – no cotejo com o caso concreto – o conteúdo daquela ilicitude com a preterição deles, isto é, tem de ser possível reconduzir a concreta lesão ao escopo da norma obliterada, sob pena de a violação normativa não corresponder à preterição da disposição legal de protecção de interesses alheios em que ela é convolada, pelas exigências comunicadas pelo caso e a intencionalidade predicativa do instituto da responsabilidade.

Ora, voltando ao âmbito da primeira modalidade de ilicitude, inexistente uma norma primária com assento positivo que possa ser mobilizada. A atenção fica voltada para o resultado e há que ligá-lo de alguma forma a um comportamento voluntário.

Ademais, não é possível olhar para o comportamento do puro ponto de vista naturalista. Na verdade, ainda que na realidade o fenómeno ressarcitório seja desencadeado por uma acção observável, a partir do momento em que se coloca um problema jurídico, os elementos que o compõem perdem a sua neutralidade para serem *ab initio* portadores de uma intencionalidade específica. Quer isto dizer que a acção base da responsabilidade a imputar não pode deixar de ser enervada pela liberdade que enforma um dado campo obrigacional, aqui desnudado do sentido técnico-jurídico. Metodologicamente, tal entendimento mostra-se consentâneo com o modo como concebemos a realização judicativo-decisório do direito, na medida em que a

racionalidade dialéctica que acompanha o jurista só permite recortar um âmbito de relevância concreta ao problema através de uma memória pré-disponível do sistema que é e há-de ser. Ético-axiologicamente afigura-se ser o único sustentável. Ainda que a ilicitude se desvele pelo resultado, ele vem a traduzir a obliteração de um dever geral de respeito pelo outro que entronca na própria personalidade livre e responsável¹⁴⁰⁹.

Sabemos que de outro modo não pode ser. E assim a ligação entre o dano evento e a acção que lhe deu lugar não pode deixar de ser entendido como configurando um nexó de ilicitude, já que sem ele o que na aparência podia sê-lo pode, na verdade, não traduzir o desrespeito pelo comando genérico.

Semelhanças bastantes parecem resultar entre o que aqui fica dito e a defesa do finalismo. Não cremos, porém, que tal corresponda ao correcto entendimento. Voltamos a sublinhar o que já anteriormente referimos: arreda-se do discurso do decidente qualquer nota de dedução lógica. A projecção da validade afirmada no plano dogmático pode conhecer concretizações múltiplas. É perfeitamente possível, por isso, que o legislador consagre, por inspiração histórico-doutrinal evidente, um duplo grau de sindicância da desvaliosidade do comportamento.

Outro tanto não se poderá dizer relativamente ao facto de o resultado surgir apartado do comportamento. O nexó de ilicitude antolha-se imprescindível, sob pena de se cair no paradoxo de valorar como ilícito um efeito natural.

Não há, portanto, confusão possível. Mais do que isso, estamos em crer que o problema de que agora curamos resulta da cisão operada entre os dois níveis de sindicância referidos.

Tal posicionamento reporta-nos para outro patamar de considerações. Uma vez firmada a necessidade de se estabelecer um nexó de ilicitude, questiona-se se não será um critério probabilístico suficiente para amparar a nossa busca.

¹⁴⁰⁹ Cf., quanto ao ponto, CHRISTIAN VON BAR, *The Common European...* cit., p. 477, considerando que, no tocante às acções propostas sob a égide do § 823 I BGB, é necessário mostrar que os eventos pelos quais a indemnização é pretendida caem no âmbito de protecção da norma, isto é, que o dano resulta de uma lesão a um interesse protegido. Veja-se, ainda, a decisão do BGH de 22 de Abril de 1958, analisada, no local citado, pelo autor: “auch bei Schadensersatzansprüchen, die aus § 823 Abs. 1 BGB hergeleitet werden, ist zunächst zu prüfen, ob die Tatfolge, für die Ersatz begehrt wird, in den Schutzbereich des Gesetzes fällt, m.a.W.: ob der geltend gemachte Schaden aus der Verletzung eines Rechtsguts entstanden ist, zu dessen Schutz das Gesetz erlassen ist“.

Repare-se, contudo, que, pese embora a referência expressa ao § 823 I BGB, não se esclarece suficientemente se o autor ponderou a sua mobilização isolada ou, ao invés, a articulou com a violação de uma disposição legal de protecção de interesses alheios, dada a menção, não menos explícita, à violação da norma (*provision*).

Sabemos, por tudo quanto foi dito até agora, que a resposta será negativa. Mas ficamos a perceber, neste momento, melhor por que razão claudica a adequação, não dando resposta aos problemas portadores de índices de complexidade acrescida. Assim, cientes – até porque secundados pelo parecer de insignes civilistas – da suave aproximação entre ela e a culpa na referência necessária ao dano evento, orientados pela intencionalidade específica do nicho normativo em que mergulhamos e conhecedores do padrão de articulação dos diversos pressupostos de procedência da pretensão indemnizatória, diremos que a exigível ligação do comportamento ao resultado desvelador da ilicitude não se pode quedar num vínculo externo, mas terá de ser encontrado num filão endógeno que, sem nos condenar ao finalismo, preencha internamente aquele elo.

No que à segunda modalidade de ilicitude respeita, estamos agora em condições de perceber que o grau de complexidade da tarefa surge aí atenuado. Como em todas as situações em que, para a realização judicativo-decisória do direito, haja um critério pré-disponibilizado que directamente possa ser mobilizado.

A ligação entre a conduta e o resultado é normativizada e a ela podemos aceder pela interpretação da norma. Uma interpretação que, já sabemos, não se opera em abstracto, mas no confronto problemático com o caso concreto. Ou seja, no momento da *applicatio* daquela, há-de estar resolvida a questão dita causal. Não se mobiliza a norma na sua pureza, mas a norma convertida em disposição legal de protecção de interesses alheios. Os bens jurídicos preteridos são aqueles que ela intentava tutelar, pela forma nela prevista. E esta forma, tipificadora de um dado comportamento, implica um prévio juízo de repartição do risco em sociedade. Ao constatar-se objectivamente a violação da norma e ao determinar-se que a lesão ocorre por referência aos interesses nela inscritos presume-se a concatenação exigida. Não em nome de um qualquer experimentalismo, mas exactamente porque sobre o eventual lesante impende a obrigação de adoptar um determinado comportamento apto a salvaguardá-los. A imputação é resolvida em abstracto pelo legislador. Valorando-se o caso como único e infungível ficamos cientes da possível assimilação dele pelo âmbito de relevância da norma e, nessa medida, no ir e vir entre o caso e a norma, encontramos já uma resposta para a questão imputacional.

Há, portanto, uma confluência entre a desvelação da ilicitude – ao nível da segunda modalidade delitual – e a questão da causalidade (entendida como imputação), que se presente, aliás, quando nos confrontamos com vozes discordantes que se

pronunciam acerca da qualificação da problemática como situada ao nível da *Rechtswidrigkeit* ou da *Zurechnung*.

A percepção do que aqui vem dito permite-nos concluir alguns aspectos relevantes. Em primeiro lugar, do que se trata, realmente, é da configuração de um nexó de ilicitude. Em segundo lugar, a estrutura delitual – mormente a estrutura do ilícito com que se lida – co-determina a solução do nosso problema de base. E aqui o jurista tem de ser particularmente cauteloso. Na verdade, sabemos que, sob a cota de malha das disposições legais de protecção de interesses alheios, se albergam realidades normativas muito diversas, donde podemos aventar que, consoante estejamos diante de normas de pôr em perigo abstracto ou normas de pôr em perigo concreto, assim será diferente a valoração de que se lança mão. Do mesmo modo, se entre os bens protegidos pela disposição legal estiverem aqueles que são tutelados através do reconhecimento de direitos absolutos, assim será diversa a nossa ponderação. É que, em rigor, aí, a disposição de protecção não mais é do que um critério ancilar que vem facilitar os termos da imputação que, de todo o modo, se operariam por via da primeira modalidade de ilicitude.

Há, de facto, zonas de confluência, ou seja, situações em que as disposições legais de protecção de interesses alheios mais não fazem do que reforçar a tutela de bens jurídicos já salvaguardados por direitos absolutos. Fazem-no não porque afastem a primeira modalidade de ilicitude, mas porque tipificam um comportamento proibido e com isso resolvem, em abstracto, a questão atinente à repartição dos riscos¹⁴¹⁰. E o reforço não substitutivo¹⁴¹¹ mostra, afinal, que na base da ligação entre o resultado ilícito e a conduta que lhe dá origem não podem deixar de figurar preocupações atinentes ao cotejo de esferas de risco e acção. Pelo que, na insuficiência do critério guia oferecido pela norma, será aos critérios gerais do sistema – afastados do fisicismo, ainda que disfarçado e atenuado¹⁴¹² – que se haverá de recorrer¹⁴¹³.

¹⁴¹⁰ Parece, pois, desvelar-se, por detrás da unidade conceptual, uma intencionalidade funcional diversa consoante a norma concretamente em causa.

¹⁴¹¹ Seria, de facto, difícil justificar a ideia de reforço protectivo que afastasse a intencionalidade predicativa base da imputação. Até porque não podem ser as nervuras de perigosidade acrescidas a justificá-la, já que o tratamento genérico dos danos que avultem no seio de actividades assim caracterizadas afasta tal impostação.

O sistema cristaliza formas de repartição da *role responsibility*. Fazendo-o, toma como referencial de justificação da prescrição legislativa a tipicidade de determinadas situações. O que não envolve qualquer excepionalidade, mas sim a especialidade.

¹⁴¹² A tendencial objectividade do critério da causalidade adequada não consegue, de facto, fugir de um tendencial fisicismo.

Dito de outro modo, o bosquejo referente à segunda modalidade de ilicitude delitual permite-nos concluir, para lá do reforço da ideia da dependência da “causalidade” relativamente à ilicitude, que, porque há zonas de confluência entre as duas principais modalidades de ilícito, pelo menos em determinados casos o tradicional problema causal se convola numa questão imputacional: a edificação de um nexo de ilicitude. Tal ocorrerá sempre que o legislador tenha positivado um critério de distribuição do risco a partir do qual o jurista lançará as bases da solução que busca alcançar. Resta, portanto, saber – e isso descortinar-se-á ao longo do nosso percurso argumentativo – se uma adequada compreensão da acção não é de molde a estender a perspectiva para lá deste nicho concreto com que agora lidamos.

Ao mesmo tempo, a confluência a que se assiste permite-nos antever que, não tendo de nos preocupar exclusivamente com a ligação entre os danos consequência e a violação da norma, mas confrontando-nos, em certos casos, com a lesão de bens dotados de protecção *erga omnes*, podem emergir nervuras problemáticas que desafiam a própria resposta que, previamente, o legislador oferece ao jurista decidente como guia de orientação¹⁴¹⁴. Nessa hipótese, aventam os autores a possibilidade de se lançar mão do critério da adequação como auxiliar de valoração.

¹⁴¹³ Um ponto interessante avulta a este propósito. Na verdade, o problema da causalidade tende, pelo tratamento unitário da obrigação ressarcitória, a ser equacionado univocamente mesmo pelos autores que se mostram adeptos de uma dualização de modalidades de responsabilidade civil.

Há, porém, excepções. Cf., a este propósito, BASIL MARKESINIS, ANGUS JOHNSTON e SIMON DEAKIN, *Markesinis and Deakin's Tort Law*, ... cit., p. 212-213, lidando com a diferente concretização do critério da *remoteness of damage* no direito contratual e no direito delitual. Encontra-se, aí, a *ratio* da clivagem não facta de “in contract the parties are brought together by their own agreement, and should be able to rely upon their own allocation of risk or that which would implicitly attach to a contract of that kind”.

Independentemente do acerto ou não da solução patenteada pelos autores, a verdade é que a passagem não nos pode, em conexão com o que vamos expendendo em texto, deixar de chamar a atenção para um dado relevante. É que, pelo modo como compreendemos metodologicamente a realização do direito em concreto, a mobilização da norma legal, à qual somos conduzidos pelas particularidades do caso concreto, não só será consequente se a mesma for também remetida para os princípios fundacionais da juridicidade em que a mesma se louva. Pelo que duas conclusões são perfunctoriamente plausíveis. Em primeiro lugar, não pode o problema dito causal ser entendido senão no sentido ético-axiológico da imputação; em segundo lugar, sendo diversa a teleologia da disciplina contratual, a pretensa unidade da disciplina legal não implica, *mutatis mutandi*, a univocidade de tratamento da matéria.

Uma ressalva para sublinharmos que, não obstante o que aqui vai dito, a interpretação do artigo 563º CC não está isenta de controvérsia, quer no que tange ao critério ali acolhido pelo legislador, quer no que concerne ao âmbito de relevância do mesmo, ou seja, à pertinência dele à *causalidade* fundamentadora e preenchedora da responsabilidade ou tão-só à derradeira.

¹⁴¹⁴ Note-se que este entendimento encaminhar-nos-á para uma estrutura valorativa que nos situará próximo da distinção entre o dano evento e o dano consequência. Sem que, para já, seja legítimo tomar posição bastante acerca da viabilidade de se discernir a adequada analogia entre ambas as impositões. *Infra*, teceremos ulteriores explicitações quanto ao ponto.

Cf., quanto ao ponto, CARLO ROSSELLO, *Il danno evitabile*... cit., p. 11 e ss. Segundo testemunho do autor, previamente à resolução do problema da causalidade há que resolver uma questão prejudicial: saber se o nexo relevante opera entre o comportamento humano e o comportamento lesivo, se se estende às ulteriores consequências deste ou se se deve estabelecer uma duplicidade de aspectos na valoração, cada

Duas são as razões que impedem a nossa adesão a tal posição. Em primeiro lugar, o juízo de probabilidade de ocorrência daquele tipo de danos a partir do comportamento tipificado na hipótese normativa está já incorporado na previsão do legislador. É óbvio que o ponto de vista será diverso: não olharemos para a questão de acordo com a perspectiva concreta do agente, mas do ponto de vista abstracto da prescrição legislativa. Simplesmente, não nos podemos esquecer que o sujeito de que partem os cultores da doutrina da causalidade adequada, pelo menos na(s) formulação(ões) a que adere a maioria dos autores, é – embora atentas certas correcções – o homem médio e que os desvios no sentido de um maior subjectivismo apenas nos aproximam da culpa. Ora, se só aí nos distanciamos do juízo incorporado pela norma – já que ela parte, a par de outros elementos, de uma ideia de aumento do risco e, portanto, de probabilidade de emergência do dano – para nos aproximarmos do grau de conhecimento efectivo do presumível autor do dano, estaremos a caminhar em direcção à culpa. Só que, ao fazê-lo, acabamos por contrariar o ponto de referência da culpabilidade sistematicamente erigido. Como nos diz DEUTSCH¹⁴¹⁵, não faz sentido lançar mão da probabilidade – próxima da previsibilidade – para estabelecer a concatenação causal, quando se rejeita que a culpa se refira ao interesse lesado. Não ignoramos que o autor abre a porta da excepção às hipóteses dos delitos de perigo concretas do § 823 I BGB. No entanto, importa não esquecer que também os delitos de perigo abstracto podem tutelar bens dotados de uma protecção *erga omnes* e que, no tocante a estes, a antecipação da protecção por via da ponderação distributiva do legislador nos oferece um manancial decisório que urge escarpelizar. Ou seja, e dito de uma forma mais directa, há determinadas disposições legais de protecção de interesses alheios que, atenta a sua estrutura normativa e os bens que tutelam, nos mostram a improcedência da adequação mesmo que em causa esteja a lesão de um dos direitos absolutos¹⁴¹⁶.

um dos quais regulado por normas diferentes com natureza diversa (*comportamento – evento lesivo; evento danoso – consequências ulteriores do facto*).

Sustenta, neste diálogo entre o ontem e o hoje, uma tripartição articulada fundada na diferença entre *evento primo* e *consequenze danosa*.

¹⁴¹⁵ Cf., *supra*, DEUTSCH, “Begrenzung...”, ... cit., p. 559

¹⁴¹⁶ Refira-se, contudo, e dando ênfase a essa interdependência entre a estrutura do ilícito e a ponderação imputacional, o testemunho citado anteriormente de SPICKHOFF, segundo o qual se a norma não prevê nenhum resultado deixa de fazer sentido a diferença entre a causalidade fundamentadora da responsabilidade e a causalidade preenchedora da indemnização. A este propósito saliente-se que a asserção do autor só nos parece aceitável do quadro da estrita autonomia valorativa da segunda modalidade de ilicitude delitual. Na verdade, se em causa está uma norma que, ainda que não preveja nenhum resultado concreto, intende tutelar os bens jurídicos protegidos por via de direitos absolutos, a

No fundo, intrassistematicamente, podemos confirmar que a demarcação de uma *role responsibility*, de uma esfera de risco, é de molde a alterar os contornos da solução que se procura em sede causal. Saber se isto pode ou não – a partir de uma certa concepção da acção eticamente conformada, em nome das exigências de sentido que se derramam sobre os diversos pressupostos de edificação de uma pretensão indemnizatória – ser transposto para o plano geral é ainda prematuro.

Por agora, importa sublinhar, apenas, a dependência que a “causalidade” revela em relação à estrutura da ilicitude com que se labora. Por isso, e antes de afunilarmos o discurso no sentido da circunscrição temática primitivamente abraçada, importa olhar para o abuso do direito, enquanto terceira via de desvelação do carácter ilícito do comportamento.

30. O abuso do direito como modalidade de ilicitude extracontratual e a compreensão do requisito causal no seio das hipóteses por ele assimiladas.

A problemática do abuso do direito conexas-se, de forma estreita, com o fenómeno ressarcitório delitual. Embora havendo pontos de clivagem na doutrina¹⁴¹⁷, sabemos – até porque já o afirmámos, quer no seio deste trabalho, quer extra muros – que o recurso à cláusula geral ou princípio do direito contido no artigo 334º CC tem sido apanágio dos autores.

Não é, porém, inocente a alternativa posta em texto, pois que a simples referência dual à configuração dele como cláusula geral ou como princípio normativo deixa já antever parte da pluralidade de posições que podemos encontrar quanto ao ponto.

Não sendo este o momento oportuno para escarpelizar tais divergências, sempre se dirá ser possível, do ponto de vista sistémico, agrupar os autores que viabilizam a mobilização do abuso do direito enquanto modalidade ou hipótese de ilicitude extracontratual entre aqueles que, não esquecendo a materialidade que lhe subjaz,

simbiose entre as duas referidas modalidades torna plausível a nossa argumentação, na medida em que o que está em causa não é uma outra forma de surgimento do ilícito, mas um reforço em relação à tutela mais ampla conferida pelo sistema.

Dependendo da estrutura normativa podemos, aliás, como explicitado em texto, ter de recorrer aos critérios imputacionais objectivos que complementem a consideração do fim da norma. Opomo-nos, por isso, somente ao recurso, nessa sede, à ideia de causalidade adequada.

¹⁴¹⁷ Cf. CAPELO DE SOUSA, *Teoria Geral...* cit., p. 205, nota 504

acentuam uma perspectiva histórica, que leva a revisitar o Código Civil Grego¹⁴¹⁸, e aqueles outros que, animando-se primacialmente por preocupações de índole axiológico-teleológica, olham para a figura com um cunho principiologicamente densificado.

E se os resultados práticos a que uns e outros chegam podem até certo ponto ser coincidentes, a filiação no segundo núcleo tem a vantagem de *a priori* tornar improcedente qualquer impostação do problema que se quede na afirmação, aproblemática, da ausência do direito *tout court*.

Na base dela, encontram-se duas ideias fulcrais: a consideração do exercício daquele como uma causa de justificação delitual; a concepção da relação intersubjectiva como uma relação de oposição, num quadro tipicamente individualista¹⁴¹⁹.

A lógica simplificada que presidia ao tradicional pensamento de índole positivista, e que tinha por base uma visão jus-absolutizadora do direito subjectivo, herdada do iluminismo, vinha, afinal, a traduzir-se na concretização do princípio aristotélico da não contradição¹⁴²⁰. Dito de uma forma mais perceptível. O indivíduo era livre de fazer o que entendesse desde que não contendesse com a esfera de direitos alheios. Se tal ocorresse e se se viesse a provar que ele actuava ao abrigo de um direito subjectivo, haveria que concluir que a inicial ilicitude indiciada desapareceria, tendo-se por justificada. O círculo de absolutidade desenhado pelo direito permitia, porém, que se sindicasse aquele uso, de forma a evitar que ele se transformasse num abuso.

Este era, então, visto como a ausência do direito. Ou ele existia e a conduta se mostrava justificada; ou se ultrapassavam os seus limites, redundando na sua inexistência, *tertium non datur*.

A prisão à apofântica tautologia mais não garantia, razão pela qual, conscientes da necessidade de conceptualizar o abuso, os autores passam a remeter a sindicância da subjectividade para campos extra-jurídicos, colimados na moral dominante na sociedade.

Estamos, pois, diante de dois possíveis expedientes que, remetendo a figura para o limbo da excepcionalidade, permitem compreender a abordagem que CASTRONOVO,

¹⁴¹⁸ Cf. SINDE MONTEIRO, *Responsabilidade por conselhos...* cit., p.180. Não quer isto dizer que o autor não apresente preocupações axiológicas ou, sequer, que não haja quem possa inserir-se nos dois grupos a que, muito superficialmente, fazemos referência.

¹⁴¹⁹ Cf., sobre o ponto, e centrando-se no ordenamento jurídico italiano, CARLO CASTRONOVO, “Abuso del diritto como illecito atípico?”, *Europa e Diritto Privato*, 3/2006, p. 1052

¹⁴²⁰ *Infra*, teceremos considerações complementares acerca do conceito de direito subjectivo e da evolução que o mesmo sofreu. Para tanto, voltaremos a destacar alguns pontos importantes no que respeita ao abuso do direito, ficando, por isso, justificado o carácter não exaustivo do diálogo agora encetado.

recentemente, apresentou sobre a temática, no quadro do ordenamento jurídico italiano¹⁴²¹.

Em causa estariam três possíveis modos de intelecção da ligação entre o abuso do direito e a responsabilidade civil¹⁴²²: abuso configurado como resultado da antinomia entre uma norma e um princípio; abuso coincidente com uma cláusula geral¹⁴²³; ou abuso identificado com uma lacuna axiológica.

Globalmente, o autor questiona a (im)pertinência deles para captar o fenómeno em análise, procurando afastar-se da colagem do referido abuso a uma ideia de atipicidade do ilícito. Segundo o seu depoimento, “se é verdade que (...) a questão do abuso se põe no plano do exercício do direito como causa de justificação, em vez de se falar de uma figura autónoma de ilícito, devíamos falar de um elemento de atipicidade que se insere na *fattispecie* típica”¹⁴²⁴.

No fundo, a antijuridicidade da conduta, pressuposto inolvidável da procedência da pretensão indemnizatória, desvelar-se-ia pela preterição de um direito alheio e desapareceria pela operatividade de uma causa de justificação, entre as quais se encontra o exercício de um direito. Recupera-se, contudo, a antijuridicidade se e quando o exercício deste se desviar funcionalmente do escopo objectivo da posição subjectiva que se titula e invoca¹⁴²⁵. Explicitando, CASTRONOVO elucidá-nos acerca do seu ponto de partida: o artigo 2043º CC italiano¹⁴²⁶. É no núcleo predicativo dele e no âmbito de

¹⁴²¹ Cf., ainda, M. ATINENZA E RUIZ MANERO, *Illeciti atipici. L'abuso del diritto, la frode alla lege, lo sviamento di potere*, Bologna, 2004 [Ilícitos atípicos. Sobre el abuso del derecho, el fraude de ley y la desviación de poder, Madrid, 2000], *apud* CARLO CASTRONOVO, “Abuso del diritto...”, cit., obra de que CASTRONOVO parte para expender as suas conclusões.

Em causa estaria a opção qualificativa entre a tipicidade ou a atipicidade do ilícito consubstanciado num comportamento abusivo do direito. E dois dados são relevantes na percepção do busílis da questão. Por um lado, a abrangência da cláusula delitual italiana que, situando-se a meio termo entre a tipicidade e a atipicidade, se aproxima muito mais de um esquema valorativo de estilo napoleónico do que da codificação de matriz iheringiana, a ser concretizada em termos doutrinários não unânimes, mas que, segundo CASTRONOVO, redundam na violação de posições jurídicas subjectivas alheias. Por outro lado, a bipolarização entre estar ou não no quadro do exercício de um direito a marcar terreno a este ensejo. Com o que conclui CASTRONOVO pela tipicidade das situações abusivas no seio extracontratual, em dessintonia com o entendimento plasmado pelos outros juristas.

A propósito da questão da atipicidade do ilícito, *v.*, *inter alia*, FRANCO FERRARI, *Atipicità dell'illecito civile, Una Comparazione*, Seminário Jurídico da Universidade de Bolonha, CXLVI, Milão, Giuffrè Editore, 1992

¹⁴²² Cf. CASTRONOVO, “Abuso del diritto...”, cit., p. 1053. Note-se que o autor remonta ao pensamento dos juristas citados, sendo a tripartição apresentada fruto dos ensinamentos que daquela obra transpiram.

¹⁴²³ De que seria exemplo a previsão espanhola: “qualquer acto que, pela intenção do seu autor, pelo seu objecto ou pelas circunstâncias da relação supere manifestamente os limites normais do exercício de um direito com prejuízo para os terceiros dará lugar ao relativo ressarcimento” (artigo 7º, 2, Código Civil Espanhol)

¹⁴²⁴ Cf. CASTRONOVO, “Abuso del diritto...”, cit., p. 1057.

¹⁴²⁵ Cf. CASTRONOVO, “Abuso del diritto...”, cit., p. 1057.

¹⁴²⁶ Cf. CASTRONOVO, “Abuso del diritto...”, cit., p. 1057.

relevância que hipoteticamente se lhe recorta que o autor tematiza o abuso do direito, pelo que ele não comportaria um desvio bastante relativamente à disciplina delitual geral.

Posto isto, algumas notas se afiguram pertinentes, antes de prosseguirmos o nosso percurso dialógico-argumentativo.

CASTRONOVO situa-se na confluência da visão tradicional e da paulatina superação dela, pois que, se continua a olhar para o abuso do direito no sentido da ausência dele, também o caracteriza como disfuncionalidade entre o seu exercício e a teleologia que o informa, ao mesmo tempo que polariza a delitualidade do comportamento na afectação de posições jurídicas já protegidas ao abrigo do ordenamento jurídico, pelo que afirma que, “se verdadeiramente não existe uma tal protecção do interesse lesado, não se compreende como o exercício do direito possa dar origem a um ilícito”¹⁴²⁷.

A asserção transcrita ganha acuidade no seio de um ordenamento jurídico dotado da amplitude que nos é dada a conhecer em Itália. Na verdade, muitos interesses há que não colhem a natureza de direitos subjectivos absolutos, pelo que, a ser aceite o raciocínio, ele só se mostra inatacável na sua logicidade se e quando imersos no seio de uma cláusula delitual ampla.

Por outro lado, transparecem das palavras do autor duas notas de não pequena importância. Em primeiro lugar, perspectiva-se a responsabilidade extracontratual sob a óptica do interesse lesado. Em segundo lugar, o abuso vai aqui pensado enquanto contrariedade do exercício do direito com a sua teleologia primária. E nessa medida, porque a juridicidade se realiza em concreto, abdicando de toda e qualquer nota conceptualista, entende-se que aquele venha a redundar na simples ausência da posição subjectiva que formalmente se titula.

Só que, ao restringir o abuso à dimensão negativa, ao que não é, estamos a condenar-nos ao empobrecimento próprio de quem mutila a vertente axiológica positiva, fundamentante de toda a normatividade. Não negamos que a desconformidade experimentada entre o exercício formal de um direito e a sua teleologia primária redunde na não existência dele. Na verdade, considerar o contrário equivaleria a prestar homenagem ao conceptualismo e formalismo inerentes à obliteração do caso concreto enquanto *prius* metodológico. Isto é, equivaleria a afirmar o direito subjectivo como

¹⁴²⁷ Cf. CASTRONOVO, “Abuso del diritto...”, cit., p. 1057.

uma entidade auto-subsistente em si, plenamente suficiente, em todos os tempos e em todos os lugares, o que contenderia inclusivamente com a definição dos limites decorrentes do recorte específico que resulta da contemplação, não só do caso, mas do seu objecto, a concretizar, num jogo dialéctico, diante da factualidade específica.

Louva-se, aliás, na explanação do jurista italiano, a consideração dos interesses ou das finalidades. Mas, se não quisermos cometer o erro denunciado contra a proposta metodológica da Jurisprudência dos Interesses, não podemos apagar a dimensão axiológica do direito subjectivo que polariza o referido abuso. Ou dito de outro modo, o ultrapassar dos limites conferidos pela subjectividade jurídica, longe de se esgotar no cotejo entre a estrutura formal daquela e a sua teleologia primária, implica, outrossim, a detida contemplação da sua teleonomologia. Aquela que, fundamentando toda a normatividade, no sentido amplo do termo, vem, afinal, a ser o sustentáculo primeiro da figura em apreço. Posto que não se pode considerar justo o exercício de um direito que formalmente se titula quando ele ponha em causa princípios normativos informadores do sistema jurídico onde o primeiro é reconhecido e protegido.

E cumpridas que estejam algumas etapas do nosso trabalho ficamos em condições de adiantar que sabemos mais. Quer isto dizer, que estamos aptos a remobilizar alguns dos ensinamentos consolidados pela doutrina e por nós abraçados a outro ensejo. Ou dito de outro modo, importa não esquecer que aquele fundamento último, identificado como o alicerce de materialidade de qualquer direito subjectivo, é a pessoa humana, na sua liberdade comunicante e solidária com o outro, actualizada na correspondente responsabilidade. Donde, entre os muitos princípios normativos desveláveis no sistema, um haverá que, uma vez invocada a liberdade, inicia a marcha predicativa da valiosidade do comportamento que lhe vai associado. Trata-se daquele princípio que impõe a consideração do outro, em quem a pessoa se reconhece e a quem a pessoa, exactamente por o ser, dirige uma nota de respeito.

O ser-aí com o outro, traduzido no mundo da *praxis* no cuidado com e pelo outro, ao afirmar-se como matriz axiológica do jurídico, do direito que se queira ver como justo, cumpre um duplo desiderato. De um lado, ele é o fundamento de qualquer esquema ressarcitório delitual, visto como sua projecção dogmática, tanto mais que leva ínsita uma ideia de responsabilidade; de outro, avulta como sustentáculo do direito à liberdade que, implicitamente, se convoca em cada actuação concreta. É por isso que o exercício dessa liberdade em contravenção com uma ideia de prevenção solidária não

pode deixar de ser chancelado com a nota do desvalor e obstado pela entrada em cena de uma ideia de abuso do direito em sentido objectivo¹⁴²⁸.

¹⁴²⁸ Sobre o abuso do direito, em geral, cf., no que diz respeito à doutrina mais antiga, JOSSERAND, *De l'esprit des droits et de leur relativité – Théorie dite de l'abus des droits*, Paris, 1927; TITO ARANTES, *Do abuso de direito e da sua repercussão em Portugal*, 1936; ALVINO LIMA, “Abuso do direito”, *Revista Forense*, 1956, p. 50; HENRI MAZEAUD, LEON MAZEAUD, JEAN MAZEAUD, FRANÇOIS CHABAS, *Leçons de droit civil*, tome II, vol. 1º, *Obligations, Théorie Générale*, 9ª edição, Montchrestien, Paris, 1998, p. 77 e ss; CUNHA DE SÁ, *Abuso do direito*, Lisboa, 1973; MANUEL DE ANDRADE, *Teoria geral das obrigações* (com a colaboração de Rui de Alarcão), Coimbra, 3ª edição, 1966, p. 63 e ss.; ID., “Sobre as cláusulas de liquidação das partes sociais pelo último balanço”, *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, nº86, p. 369 e ss. e nº87, p. 5 e ss., 1955

A teoria do abuso de direito tem a sua origem na jurisprudência francesa. MENEZES CORDEIRO – *Da boa fé no Direito Civil*, Almedina, Coimbra, 2001, p. 670-671 – considera que a expressão abuso de direito se deve ao autor belga LAURENT. No entanto, podemos reconduzir a figura, na sua génese, ao ordenamento jurídico francês, sem que com isso estejamos a falsear a verdade histórica. De facto, antes de a doutrina se debruçar sobre o instituto, antes de estudos dogmáticos versando sobre o tema, que aliás de início se mostraram muito tímidos, a jurisprudência terá procurado resolver problemas com recurso a esta figura. Mais uma vez se comprova que o juiz, no seu decidir concreto, cria direito, contribuindo para a redensificação da normatividade jurídica vigente. De início as decisões dos tribunais franceses continham-se na resolução de casos que, de uma forma mais ou menos implícita, apresentavam uma inequívoca intenção de prejudicar terceiros. Tradicionais tornaram-se as decisões versando situações como as que envolviam a construção de um elevado muro com o único propósito de tirar a luz ao vizinho. Podem-se consultar outras decisões em MENEZES CORDEIRO, *Da boa fé...cit.*, p. 671. Cf., ainda, PINTO BRONZE, *Lições...cit.*, p. 391. Embora se tratem aí de exemplos de escola e não de juízos decisórios recolhidos da jurisprudência francesa, pelo seu carácter emblemático, tornam-se representativos daquilo que estamos a querer expor. Na base de tais decisões encontrar-se-iam talvez institutos próximos denotadores desse mesmo abuso. É exemplo disso a consideração e sanção dos actos emulativos. Ou seja, daqueles actos praticados sem qualquer utilidade e apenas para prejudicar outrem. Para uma consideração alargada dos actos emulativos em termos históricos, cf. MENEZES CORDEIRO, *Da boa fé...cit.*, p. 673 e ss. A ideia de abuso de direito aparecia como estranha à mundividência individualista da época.

É claro que existiam preceitos denotadores de algum modo de uma ideia de abuso, mas o instituto estava longe de ser amplamente aceite. Segundo CASTANHEIRA NEVES, “a primeira atitude dogmática não poderia deixar de ser a daqueles autores que, identificando os direitos subjectivos à sua forma lógico-conceitual, ou que insistindo no carácter puramente ideal que eles tinham nas suas hipostasiações conceituais, naturalmente os viam nesse plano como absolutos (...) e assim apenas susceptíveis de cederem perante a sua contradição. (...) Por isso, ou neste espírito, é que PLANIOL (...) pode ver já na fórmula abuso de direito demonstrada a impossibilidade da sua autonomia dogmática. (...) O que implicava, por um lado, o entendimento da fórmula não como expressão de uma significação unitária, mas como a soma de dois termos lógicos que permaneciam autónomos um do outro (abuso do direito = abuso + direito)”. A ideia de que a expressão abuso de direito é uma *logomaquia* é aflorada não só pelo autor citado, como também por PINTO BRONZE, *Lições... cit.*, p. 390 e ss. e COUTINHO DE ABREU, *Do abuso de direito*, Almedina, Coimbra, 1999, p. 45 e ss. Deveu-se a PLANIOL a ideia da logomaquia que subjaz ao abuso de direito. Para este autor, se se actua a coberto de um direito, o acto é lícito. Se for ilícito é porque já não estamos no âmbito do exercício de um direito que foi ultrapassado.

Carece de fundamento esta posição. Ela só pode ser entendida no quadro do pensamento jurídico eivado de determinações lógico-silogísticas, que não é, por certo, aquele que perfilhamos.

Nesse sentido e criticando a posição de PLANIOL, v. MENEZES CORDEIRO, *Da boa fé...cit.*, p. 680-681, nota 93 – “a posição de Planiol prende-se de facto com o pensar exacerbado do direito subjectivo: para não prejudicar o jussubjectivismo, entende-se o acto abusivo como praticado sem direito.” Continua, porém, afirmando que, “no entanto, a ligação de Planiol não é, como poderia pensar-se em leitura apressada, uma ligação ao nível significativo-ideológico do direito subjectivo, mas ao nível técnico-jurídico. O ultraliberalismo subjacente à ideia de que o direito subjectivo é tudo ou não existe (...) é demasiado ingénua para ocorrer na pena de Planiol nos princípios do século, altura em que a crítica liberal era já corrente.” Explica-nos o autor que o problema do jurista francês era diferente. O problema era conseguir encontrar uma fundamentação para o abuso do direito nos quadros do pensamento em que se movia.

Para mais considerações acerca da posição de PLANIOL, v. *Traité élémentaire de Droit Civil*, Paris, 1904, (5ª edição refundida e completada por GEORGES RIPERT e JEAN BOULANGER, Librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris, 1950, vol. 1)

Na Alemanha, com a distância dos modelos de pensamento que se confrontavam à data, as soluções não seriam muito diferentes. Fiéis à procura de um sistema de direito baseado no direito romano antigo, recorrem a figuras como a chicana para fundamentar soluções sancionatórias contra comportamentos que deveriam ser rejeitados. Defronte da impossibilidade de negar a existência de situações abusivas do direito, os autores passaram a encará-las, numa lógica formal, como situações em que afinal o direito não estava presente. Perante estas dificuldades, os autores passam a remeter o problema do abuso de direito para o domínio da equidade e da moral. Não se trata agora de lidar com o problema da validade do direito, mas de o tornar sindicável por considerações extra-jurídicas, digam elas respeito à equidade ou à moralidade. É esta a posição assumida entre nós por MANUEL DE ANDRADE e VAZ SERRA. MANUEL DE ANDRADE considera abusivas “todas aquelas hipóteses em que a invocação e aplicação de um preceito de lei resultaria, no caso concreto, intoleravelmente ofensiva do nosso sentido ético-jurídico, embora realmente se aceitando como boa e valiosa para o comum dos casos a sua estatuição”. MANUEL DE ANDRADE, “Sobre as cláusulas ...”, ... cit., p. 63 e ss. Nas suas lições de Obrigações, o autor afirma que “existirá um tal abuso quando, admitido um certo direito como válido em tese geral, todavia no caso concreto ele aparece exercitado em termos clamorosamente ofensivos da justiça, entendida segundo o critério social dominante”. MANUEL DE ANDRADE, *Teoria Geral das Obrigações...* cit., p. 63-64. Também VAZ SERRA sustenta estarmos diante de uma situação de abuso de direito quando o exercício do direito contenda com o sentimento jurídico socialmente dominante – cf. VAZ SERRA, “Abuso de Direito em Matéria de responsabilidade Civil”, *Boletim do Ministério da Justiça*, nº85, p. 243 a 342, p. 253.

Já CASTANHEIRA NEVES, afastando-se desta impositação das coisas, considera que haverá abuso de direito quando “um comportamento tenha a aparência de licitude jurídica – por não contrariar a estrutura formal definidora legal ou conceitualmente de um direito, à qual mesmo externamente corresponde – e, no entanto, viole ou não cumpra, no seu sentido concreto-materialmente realizado, a intenção normativa que materialmente fundamenta e constitui o direito invocado, ou de que o comportamento realizado se diz exercício” - CASTANHEIRA NEVES, *Questão de facto...* cit., p. 524. O abuso de direito configura-se, assim, como uma contradição entre os dois pólos que entretecem o direito subjectivo. A sua estrutura formal reconhecida pelo ordenamento jurídico e o fundamento normativo que integra esse mesmo direito e lhe confere materialidade devem estar em conformidade. Quando esta não é detectada, ocorre o anunciado abuso. Para uma crítica à posição de CASTANHEIRA NEVES, cf. COUTINHO DE ABREU, *Do abuso...* cit., p. 23. Reconhecendo o mérito da proposta do jurista, COUTINHO DE ABREU não deixa de se mostrar crítico em relação a ela. O ponto de clivagem remonta aos fundamentos do pensamento de CASTANHEIRA NEVES. Na verdade, COUTINHO DE ABREU recusa a proposta de visionamento dos direitos subjectivos como uma realidade assente na ideia do direito como direito. Considera duvidoso que os direitos subjectivos se possam considerar interno-normativamente limitados, para além de entender tratar-se de uma ideia ambígua. Afirma o autor que também SIBERT considera que os limites ao exercício dos direitos devem ser vistos como limites ao conteúdo desses direitos, tendo-se aproveitado da sua concepção para, no quadro de um funcionalismo político, afirmar uma perspectiva jurídica nacional-socialista. (p. 24, nota 31).

É o próprio CASTANHEIRA NEVES quem afirma ser o mesmo o sentido do pensamento de SIBERT quando fala de abuso de direito – cf. *Questão de facto...* cit., p.525, nota 42. No entanto, não cremos que sejam razoáveis os temores do comercialista português. Na verdade, a ideia de direito convocada por CASTANHEIRA NEVES implica a consideração do ser pessoa na sua ineliminável dignidade ética, o que inviabiliza qualquer instrumentalização do direito, aliás, rejeitada, *in limine*, pelo pensador.

Estabelecendo uma relação entre SIBERT e o nacional-socialismo, referindo que esta doutrina, “interessada em afirmar um alegado pensamento comunitário e em diminuir o nível significativo-ideológico do jussubjectivismo, acentua (...) alegados deveres dirigidos ao titular do direito”, v. MENEZES CORDEIRO, *Da boa fé...* cit., p. 863.

Aqui se compreende o equívoco da colagem dos dois pensadores. Efectivamente, se CASTANHEIRA NEVES afirma a inserção comunitária da pessoa, enquanto ser de responsabilidade, isso advém única e exclusivamente da indiscutível proclamação da sua liberdade. É esta liberdade, assumida adequadamente, que reclama a co-responsabilidade.

Esta não é a única via de superação do pensamento anterior, que absolutizava os direitos subjectivos. ORLANDO DE CARVALHO apresenta-nos uma concepção diferente – cf. ORLANDO DE CARVALHO, *Teoria Geral do Direito Civil...* cit., p. 44 e ss. Considera o autor que os “direitos em si mesmo não são morais ou imorais (ou se quiserem, sociais ou associais), pois constituem puros e simples mecanismos de promoção e defesa da autonomia da pessoa, puros e simples instrumentos do poder de autodeterminação,

Mais concretamente. A dialéctica a que se alude – polarizada nos dois termos complementares, liberdade e responsabilidade, e mediatizada a este nível por um princípio da precaução – refracte-se em dois planos, que exercem uma força centrípeta.

Olhando para um modelo delitual como o pátrio, dir-se-á que – e postulando como primeira modalidade de ilicitude a violação dos direitos absolutos – esta traduz um comportamento ilícito não só em nome da antijuridicidade que caracteriza a lesão de

sendo apenas ao nível de como se concebe este poder, ao nível do modelo de autodeterminação que se propugna, que se pode emitir qualquer juízo de valor” (*op. cit.*, p. 58-59). A sua concepção de direito subjectivo – entendido como instrumento ao serviço do poder de autodeterminação – leva-o a afirmar que “só pela reafirmação dos dois planos [o estrutural e o funcional] que distinguimos a propósito da relação jurídica é que lograremos situar o problema do abuso de direito numa esfera que evite funestas ilusões quer indesejáveis intrusões na autonomia de cada um” (*op. cit.*, p. 26). Os direitos subjectivos são instrumentos de realização da autodeterminação da pessoa, mas apresentam simultaneamente uma intenção comunitária de utilização desses mesmos direitos. E é nesta síntese do autor que podemos compreender a sua proposta acerca do abuso de direito. Se o poder de autodeterminação implica um livre espaço de actuação do indivíduo, “o direito subjectivo é-o apenas para que se realize a gestão livre dos interesses sob a sanção do ordenamento jurídico vigente; o que, embora estruturalmente se presume, não se presume ao ponto de se admitirem manifestas dissonâncias com o papel reconhecido, em geral e em especial, ao poder de autodeterminação”. Daí que o abuso de direito se traduza na “desconformidade entre a imagem estruturalmente correcta ou corrigida do direito subjectivo e a missão que a este último funcionalmente se assinou” (p. 27 e 30). Não se trataria aqui de um controle interno do direito, nem de um controle que nos remete para fora do limbo da juridicidade. O abuso de direito implica obviamente um controle, mas um controle da “correspondência presumida entre o poder jurisdicção estruturalmente considerado e o poder jurisdicção funcionalmente autorizado”(p. 32). Na base desta sindicância teremos de ter presente, conforme nos esclarece o autor, que o poder de autodeterminação existe para se “prosseguirem interesses, não para se negarem interesses tanto próprios como alheios”. E, a partir deste ponto, concretiza os diversos critérios particulares desse mesmo abuso. Haverá abuso de direito quando se lesam interesses alheios através de um exercício de direito que não visa prosseguir quaisquer interesses próprios. Em conclusão, ORLANDO DE CARVALHO rejeita as posições primeiramente enunciadas. Recusa que o direito subjectivo seja um expediente absoluto que, ao existir, não admite o abuso. Rejeita, igualmente, a sindicância deste por referência ao ordenamento social ou moral. Neste sentido, o insigne civilista aproxima-se de CASTANHEIRA NEVES. Mas diverge na concepção do direito e concretamente do direito subjectivo, recusando a tantas vezes apregoada intencionalidade axiológico-normativa que informa aquele.

MENEZES CORDEIRO sintetiza as diversas posições acerca do abuso de direito agrupando-as em teorias internas e teorias externas – *Da Boa fé...* cit., p. 861 a 901. Para as primeiras, “o abuso de direito seria expressão do próprio conteúdo do direito subjectivo, prescrito de modo unitário e de forma a, no caso concreto, evitar excessos. Nas segundas, haveria antes uma contraposição entre normas que garantiriam um direito subjectivo com determinado conteúdo e preceitos que, delimitando as possibilidades de exercício, dariam corpo ao fenómeno dito do abuso”, redundando o problema numa questão de interpretação (cf. p. 861-862). E critica esta redução do problema. Diz-nos que “as teorias ditas internas, que pretendem dobrar a estrutura formal dos direitos subjectivos com projecções determinadas em termos tais que, violadas estas e respeitada aquela, dariam a natureza do abuso, são de rejeitar. Elas estendem-se desde a ideia do abuso em sentido próprio, no início, até ao axiologismo formal, passando pela funcionalização dos direitos e pela sua consideração teleológica” (p. 873). Já as teorias externas são aquelas em que a sindicância do exercício do direito é feita por referência a certos princípios que delimitam o seu exercício, mas que o autor haveria igualmente de rejeitar (p. 874 e 878). Para MENEZES CORDEIRO, o problema do abuso de direito deve ser entendido sob um prisma de disfuncionalidade jurídica. Considera que o sistema jurídico encera em si um conjunto de normas e princípios. Este conjunto “projecta um sistema de acções jurídicas – portanto de comportamentos que, por se colocarem como acções juridicamente permitidas ou impostas, relevam para o sistema. O não acatamento das imposições e o ultrapassar do âmbito posto às permissões contraria o sistema: há disfunção” (p. 882). Para o autor, o abuso do direito “reside na disfuncionalidade de comportamentos jussubjectivos por, embora consentâneos com normas jurídicas, não confluírem no sistema em que estas se integrem” (p. 883).

uma posição reconhecida e tutelada pelo ordenamento, como também por indiciar o desrespeito pelo outro, e designadamente, pela sua esfera de reserva.

É ali, nessa liberdade positivamente conformada, distanciada do arquétipo iluminista, que se funda a responsabilidade dos sujeitos actuautes no tráfego jurídico. E exactamente por assim ser, ela contagia na sua bipolaridade dialéctica todo o agir humano e não só aquele que resulta negativamente na preterição do direito dotado de eficácia *erga omnes*. Posto que, se a relevância jurídica da responsabilidade extracontratual fica, em regra, circunscrita a tal facticidade típica, tal se deve a preocupações de índole sistémico-normativas, colimadas na estrutura económico-societária, e se cumpre num arranjo dogmático elaborado pelo legislador, e densificado pela doutrina e jurisprudência.

Mas isto não significa, *mutatis mutandi*, que a lesão de um direito subjectivo absoluto esgote todas as possibilidades de verificação de um comportamento desvalioso, quer porque atentatório do outro, quer porque desresponsabilizante e como tal despesoalizador. Voltamos a sublinhar que a limitação opera por via do estrato normativo. Donde é legítimo aventar que, nalguns casos clamorosamente atentatórios do sentido do justo, em que se discirna aquela contradição entre o exercício do direito – qualquer que ele seja, na sua estrutura valorativa ancorada na pessoalidade – e um princípio normativo – de precaução ou prevenção, isto é, de cuidado pelo outro –, chancelada como um abuso do direito, a força da materialidade suplante a certeza do positivado em termos legislativos¹⁴²⁹.

A porta é aberta, no estrato mais rarefeito do sistema normativo, pela necessidade de actualização da responsabilidade. E, no plano positivo, pela interpretação remissiva, dogmática e teleológica, do artigo 334º Código Civil. O resultado a que se chega – em breve apresentado – acaba por encontrar acolhimento pontual em algumas das soluções plasmadas pelo legislador relativamente a domínios específicos do agir humano.

É neste jogo entre as imposições materialmente densificadas e comunicadas pelo sentido último do direito enquanto direito e a excepcionalidade exigida pela consideração do sistema positivo constituído que ganha particular relevo a demanda do

¹⁴²⁹ Sobre a importância da consideração do abuso do direito a propósito da responsabilidade civil, sobretudo em sistemas que não prescindem do requisito expresso da ilicitude, cf. EMANUELA NAVARRETTA, “Bilanciamento di interessi costituzionali e regole civilistiche”, *Rivista Critica del Diritto Privato*, anno XVI, 4, 1998, p. 630-631.

Ver ainda SALVI, “Abuso del diritto, Diritto Civile”, *Enciclopedia Giuridica Treccani*, I, Roma, 1988, p. 5

abuso do direito, porquanto seja ele que garante a não transmutação da ilicitude desarraigada da concreta violação de posições jurídicas absolutas em palavra de ordem, ao mesmo tempo que não amputa esse sistema da dimensão axiológica fundamentante, nem lhe reserva um mero papel inspirador e etéreo.

Com isto, estamos aptos a adiantar outras conclusões preliminares.

Em primeiro lugar, há um claro afastamento da posição comunicada por CASTRONOVO, denotando-se a cisão anunciada em dois momentos particulares. É revelador do pensamento do autor a edificação do juízo de ilicitude sob a égide do resultado, em sintonia com o que, entre nós, se advoga maioritariamente acerca da interpretação da primeira modalidade de ilicitude contida no artigo 483º CC. Simplesmente, quando instado a dar o salto pela consideração do já tantas vezes referido abuso, o civilista italiano persiste na focalização assumida, justificando a problematização da dualidade entre a tipicidade ou atipicidade do ilícito. Isto é, porque a responsabilidade extracontratual é tematizada sob a óptica da violação de posições subjectivas do lesado, a única preocupação do autor quando confrontado com o exercício abusivo de um direito é saber se ele, dando origem a uma pretensão ressarcitória, se reconduz ainda ou não ao âmbito de relevância do artigo 2043º CC italiano, para concluir pela inexistência de um desvio à regra na matéria.

É claro que, seguidamente, CASTRONOVO dá um passo em frente, não ignorando uma dimensão objectiva do abuso. Só que também ele não se quedaria num pensamento marcado pelo cotejo com o estrato dos princípios. Em rigor, o civilista sustenta estar-se aí – na problematização dos limites da autonomia privada – defronte de uma realidade de índole diversa¹⁴³⁰, viabilizada pelo salto constitucional e a chamada à colação do princípio da solidariedade^{1431 1432}. Este, permitindo justificar determinadas decisões judicativas, v.g. nos casos de excesso de dano, não se aparta totalmente da focalização anunciada no resultado.

¹⁴³⁰ Cf. CASTRONOVO, “Abuso del diritto...”, cit., p. 1059. Note-se que o autor fala de abuso de direito em sentido objectivo num quadro dialógico muito específico. Na verdade, não se trata, no seu discurso, de acolher a figura, mas tão só de afastar a impositação do problema apresentado por ATIENZA e RUIZ MANERO, para quem o abuso se desdobraria numa dimensão subjectiva (acções orientadas para lesar interesses alheios) e numa dimensão objectiva (acção que, prosseguindo o próprio interesse, causa a outro sujeito ou à colectividade um dano que avulta excessivo ou anormal).

¹⁴³¹ Cf. CASTRONOVO, “Abuso del diritto...”, cit., p. 1059.

¹⁴³² Encontramos aqui um ponto de clivagem relativamente ao autor. Sendo a juridicidade mais ampla e mais densa que a constitucionalidade, resulta clara no nosso discurso a desnecessidade de recurso ao direito positivo consagrado pelo legislador constitucional para aceder congruentemente à materialidade trans-sistemática sem a qual o direito não o seria verdadeiramente.

Sem que isso nos faça aproximar dos autores que CASTRONOVO critica. Pois que a concretização das ideias por eles traçadas, de facto, não espelham a sindicância do critério pelo fundamento.

Embora o desvalor da conduta esteja presente – quer na dimensão subjectiva, predicada na intencionalidade do comportamento, quer na vertente objectiva, pela obliteração da demanda do princípio da solidariedade –, é ainda a repercussão do comportamento na esfera do lesado que conduz ao não afastamento da ilicitude da acção que aparentemente repousa sob o exercício de um direito.

Tal entendimento permite a CASTRONOVO considerar não se estar diante de uma hipótese atípica, construção dogmática essa só perceptível no seio de um modelo indemnizatório de contornos mais fluidos do que aquele em que nos inserimos. Em causa está a densificação da injustiça do dano.

Ora, se assumimos comprometidamente ser a violação de direitos absolutos a trave mestra do sistema ressarcitório pátrio, o desvio à regra só se justifica quando o funcionamento dos princípios, conformadores da teleonomologia da responsabilidade estribada na liberdade de sentido positivo já caracterizada, ganhe uma projecção acrescida que force ao abandono daquela regra restritiva em que dogmaticamente se concretiza. A nossa atenção centra-se, sinepeicamente, já não no resultado, sendo irrelevante se o mesmo é ou não excessivo¹⁴³³, mas no desvalor do comportamento do sujeito.

A asserção importa consequências de não pequena monta. Por um lado, não ficamos presos à consideração da magnitude danosa. Por outro lado, embora instados a isso pela axiologia fundamentante do sistema, de que o abuso constitui pedra de toque, somos remetidos para o limbo da excepcionalidade com o que, ao mesmo tempo que garantimos a unidade sistemática, somos levados a considerar particulares pressupostos de imputação do dano ao agente. Não basta o dolo do lesante; não basta que o dano seja excessivo ou anormal. Mas também não se exige que ele se verifique, desde que cumpridos os outros requisitos, para se transferir o dano da esfera do lesado para a do lesante.

¹⁴³³ Até porque, verdadeiramente, o dano, ou melhor, uma vertente do dano que poderíamos identificar com o que além fronteiras vem sendo designado como o dano consequência, escapa regularmente à força motriz posta em marcha pelo agente lesante.

Curioso é salientar, embora não a propósito da configuração do abuso do direito, mas a propósito do desenho de uma hipótese típica de responsabilidade pelo risco, a atenção que, por vezes, o legislador pode prestar ao próprio dano. Veja-se a esse propósito a disciplina antigamente consagrada no DL n.º 48051, de 21 de Novembro de 1967. Cf., porém, com o novo regime consagrado na Lei n.º 67/2007.

Reforce-se, novamente, que, não obstante a referência, as duas realidades são absolutamente distintas, não dizendo os diplomas em apreço respeito a qualquer hipótese de abuso do direito. O que se pretende ilustrar é que, contra o que se diz em texto, por vezes é possível que seja a própria magnitude ou excepcionalidade do prejuízo a determinar a aplicação de um regime responsabilizatório. Só que, para tanto, há a prévia intervenção do legislador.

Na base da compreensão do abuso conectado com a responsabilidade extracontratual está, portanto, a não conformação do direito à liberdade com a estrutura valorativa que o predica e que, colimando-se na responsabilidade de sentido positivo, é dialecticamente mediatizada por uma ideia de prevenção ou precaução. Evidentemente que esta *petitio principii* carece de ser escalpelizada.

A tarefa, não obstante imprescindível, pode ser encarada como uma missão quase impossível. Basta pensar, para compreendermos o alcance da afirmação, que, se é assim em geral, no tocante ao abuso do direito só pelo analógico cotejo com o caso concreto e as exigências de sentido por ele ditadas se pode determinar o carácter abusivo da conduta. A panóplia de situações hipoteticamente assimiláveis pela intencionalidade da figura é incomensurável. O que não impede, contudo, que – orientados pela estrutura típica do contacto social – possamos desenhar um arquétipo explicativo da pressuposição de sentido que nos orienta de momento.

Note-se, a este ensejo, a particular importância do afastamento da impositação apresentada por CASTRONOVO. Pois que, ao assumirmos comprometidamente a excepcionalidade da valoração em apreço, estamos em condições de perceber, como já frisámos, que não nos podemos contentar com a preterição do princípio solidarístico da precaução, mas, outrossim, termos de exigir um aprofundamento criteriológico que, na falta do requisito violação de direitos absolutos alheios, a compense.

Donde é agora tempo de abrir as portas ao puro desvalor de conduta, aquele que é sancionado¹⁴³⁴. E tempo ainda de remobilizar um esquema imputacional pensado a outro ensejo, assumindo-o como arquétipo das hipóteses agora em apreço, sem que, sublinhe-se, ele esgote as possibilidades de desvelação da ilicitude por via do abuso do direito¹⁴³⁵.

¹⁴³⁴ A referência ao puro desvalor de conduta há-de ser, porém, compreendido em termos hábeis. Contrariamente ao que ocorre no congénere penalista, ao nível do direito civil nunca se poderá obliterar totalmente o resultado, arvorando em ilícito civil um puro pôr em perigo que não conheça concretização num dano em que se projecte. Assente como primacial a finalidade compensatória, de outro modo não poderia deixar de ser. Acresce que, como veremos, no quadro do exercício abusivo de um direito enquanto modalidade ou hipótese de desvelação da ilicitude do comportamento, a antijuridicidade mobilizadora da “aplicação” do sistema só ganha sentido no confronto problemático com um dano que se experimenta e que deveria ter sido evitado pela orientação solidarística com e pelo outro. Simplesmente, a tónica não é colocada na qualidade que esse dano – reverso da ilicitude, noutras hipóteses – apresenta, mas tão só nas características da acção, ao qual é referido. E porque assim é, em breve, será tempo de concluir que, pela estrutura valorativa ensaiada, se resolve não só o problema da desvelação da referida ilicitude como também da imputação do resultado prejudicial ao agente perpetrador do facto, restando o primeiro nível da indagação causal enfaticamente problemático no tocante aos casos solucionados ao abrigo da primeira modalidade de ilicitude delitual.

¹⁴³⁵ Cf. MAFALDA MIRANDA BARBOSA, *Liberdade versus responsabilidade...* cit., p. 380 e ss.

Pensado como arrimo dogmático de orientação do decidente nas situações de corte de cabos condutores de energia eléctrica (*cable cases*), parte-se da constatação de uma situação objectivamente tida como perigosa, por referência à qual é exigível o bloqueio desse perigo denotado. Dito de outro modo, é necessário que o agente, a quem se procura assacar a responsabilidade, possa controlar essa mesma situação^{1436 1437}.

Donde resulta, em termos de critérios de imputação, que o dano – concretização do perigo evidenciado – seja previsível¹⁴³⁸.

Exigibilidade e previsibilidade avultam, portanto, como pressupostos inolvidáveis da imputação delitual alicerçada na desvelação do abuso do direito conexionado com a responsabilidade extracontratual^{1439 1440}.

¹⁴³⁶ Cf. MERTENS, *Münchener Kommentar* ... cit., p. 1516. A propósito das obrigações de segurança no tráfego e da responsabilidade pelo controlo de uma situação de perigo, o autor refere alguns requisitos. Quais sejam, o domínio de um âmbito do tráfego, preenchimento desse âmbito do tráfego, criação de uma situação de perigo especial. Cada um por si alcança fundamentação para a responsabilidade. No último caso, estaríamos diante de uma situação de ingerência (p.1518).

Note-se que o conceito de ingerência tem sido chamado à colação sobretudo em matéria de omissão. Traduz a ideia de que se alguém, com o seu comportamento, criar uma fonte de perigo para certo bem jurídico fica investido no dever jurídico de o remover. PITTA E CUNHA – *Omissão*...cit., p. 226 – considera a este propósito que se pode recorrer, para fundamentar uma responsabilidade por omissão decorrente de uma situação de ingerência, à figura do abuso do direito, porque, para ele, só faz sentido impor a obrigação de ressarcir quando o comportamento seja ilícito e culposo. Ora, parece que, embora o artigo 486º CC nos remeta para as hipóteses de responsabilidade previstas no artigo 483º CC, e embora rejeitemos a visão tendencialmente formalista com que o autor impregna o problema da omissão em direito civil, o recurso conjunto à ideia de ingerência e abuso do direito não pode deixar de depor no sentido do que pretendemos salientar.

Quanto às *Verkehrspflichten*, cf. VON BAR, *Verkehrspflichten*... cit.; MEDICUS, *Bürgerliches Recht*, ... cit., p. 396 e ss. (veja-se, em especial, p. 397 e 398, onde o autor fala da função de fundamentação e apresenta a sua posição).

A propósito delas, ulteriores desenvolvimentos serão expendidos.

¹⁴³⁷ Num sentido diferente, considerando que a perigosidade da conduta não é suficiente para estabelecer a ilicitude do acto, cf. KOZIOL (ed.), *Unification*...cit., p. 17. Cf, também, embora por referência a um sistema de responsabilidade que sabemos não ser o nosso, afirmando que o perigo da coisa utilizada ou da actividade exercida pode justificar uma apreciação estrita da *faute*, com apelo, inclusivamente, ao princípio da precaução, cf. GENEVIÈVE VINEY, “*Le wrongfulness*...”...cit., p. 58

¹⁴³⁸ Cf. MERTENS, *Münchener Kommentar*...cit., p. 1520. O autor também faz apelo a uma ideia de previsibilidade. Afirma que não pode ser imposta uma responsabilidade relativamente a perigos que não eram reconhecidos. Alerta, porém, para a dinâmica da realidade e conclui que a evolução técnica e científica que se opere pode levar à assunção de obrigações de segurança no tráfego que outrora eram impensáveis.

¹⁴³⁹ A propósito da exigibilidade, cf. MERTENS – *Münchener Kommentar*...cit., p. 1419 – como exequibilidade da obrigação que é imposta. Afirma, contundentemente, que regras que exigem algo não exequível são inadequadas como norma de conduta. Os deveres impostos em nome da salvaguarda do perigo têm que permanecer no âmbito de expectativas realistas.

O autor refere, tendo por base considerações de justiça distributiva que considera pertinentes em sede delitual, que as obrigações de segurança no tráfego devem ser vista como um preço para a autorização ou licença de exercício de certas actividades perigosas. E, na aferição do carácter exequível da obrigação, acaba por sopesar considerações de índole economicista. Ao contrário que do propomos, a exigibilidade não é aferida em termos normativos puros, defendendo o autor que os Tribunais não devem ignorar o impacto económico das suas decisões. Sustenta que prescrever a todas as empresas o óptimo de segurança comprometeria o progresso económico, pelo que devemos adoptar uma perspectiva de análise do caso concreto (p. 1420). O que não impede a fixação de um *standard* como nível de requisito geral para uma

Ao falarmos de exigibilidade falamos necessariamente de exigibilidade de adopção de um determinado tipo de comportamento. O que nos remete para outra condição de imputação de danos. Trata-se da existência de deveres de prevenção do perigo ou deveres de segurança no tráfego e do seu não cumprimento.

Vimos que esses deveres resultam directamente da ideia de solidariedade norteadora do comportamento de um ser livre e concomitantemente responsável. Ao ser pessoa, aberto ao diálogo com os demais, impõem-se especiais cautelas de prevenção do perigo, que se tornam mais acutilantes quando existe uma situação objectivamente perigosa por ele controlada¹⁴⁴¹.

dada situação. A páginas 1519, o autor questiona até que ponto se pode afirmar uma responsabilidade por um foco de perigo específico tendo em conta uma ideia de exigibilidade económica relativamente ao obrigado à segurança.

¹⁴⁴⁰ Numa primeira abordagem, diremos que a exigibilidade e razoabilidade do comportamento prudente que aqui se exige devem ser aferidas em termos de homem médio, não se indo ao ponto de considerar exigível o comportamento típico do homem especialmente prudente. O nosso padrão aferidor da necessidade de adopção de determinado comportamento há-se ser o da normalidade, entendida aqui em termos qualitativos e não quantitativos. Dito de outra forma, parte-se do padrão do homem normal, normalmente preocupado com a prossecução dos seus interesses, mas normalmente aberto aos seus semelhantes, numa perspectiva dialéctica que permite o integral desenvolvimento da sua personalidade. O que não implica que, em determinadas situações, esse padrão não seja oscilante. Falamos daquelas situações em que, pelas especiais capacidades do agente, este se vê obrigado a um padrão de comportamento mais exigente. Não aderimos a uma concepção puramente subjectivista. Partimos de uma concepção objectiva. Mas entendemos que o padrão se deve referir a determinadas circunstâncias concretas.

Concorreria, de certo modo e nalguns casos, uma ideia de responsabilidade profissional. Quanto a ela, cf. CARNEIRO DA FRADA, *Teoria da confiança...*cit., p. 331 e ss.

O autor entende que o exercício profissional de uma actividade não é susceptível de constituir um fundamento geral de responsabilidade autónomo e auto-suficiente (p. 333). Afirma, então, que “*de lege data*, descontadas as hipóteses em que os estatutos ou normas profissionais possam interpretar-se como leis de protecção para efeito do artigo 483º CC, é em princípio estranha ao direito português a imputação de danos baseada no exercício de uma actividade profissional. A actividade profissional não pode designar senão um feixe heterogéneo de situações de responsabilidade, unificado pela ocorrência de danos no exercício de determinado tipo de actividade”. E continua afirmando que ela não é suficiente para superar dificuldades e restrições do direito delitual.

Também SINDE MONTEIRO se mostra particularmente reticente em aceitar uma responsabilidade profissional como critério de imputação de danos – *Responsabilidade por conselhos...*cit., p. 484 e ss.

Não estamos aqui a advogar uma ideia de responsabilidade profissional. Afirmamos simplesmente que em termos de surgimento de especiais deveres de segurança no tráfego é importante a consideração da especial capacidade de um profissional.

No sentido de afirmar o aumento da diligência exigível em nome da actividade profissional exercida, cf. CARNEIRO DA FRADA, *Teoria da confiança...*cit., p. 335, 336. Cf., igualmente, MERTENS, *Münchener Kommentar...*cit., p. 1518 e ss. Considerando que a responsabilidade delitual por violação de uma obrigação de segurança no tráfego se liga às expectativas de manutenção do *status quo*, MERTENS acaba por considerar que essas expectativas aumentam quando o agente é portador de um papel profissional especializado.

¹⁴⁴¹ Numa perspectiva de conexão entre o surgimento de deveres de segurança no tráfego e as funções primordiais da responsabilidade civil, cf. MERTENS, *Münchener Kommentar...*cit., p. 1417. Em síntese o autor coloca o problema da compatibilização entre a urgência de assegurar uma medida de cuidado correspondente às necessidades no trato e o perigo de aumento exponencial das obrigações até um plano inatingível.

O autor refere ainda que hodiernamente o direito delitual deve ser visto como uma forma de evitar perturbações no tráfego, como uma garantia de segurança, tendo de actuar quando alguém não preenche

O não cumprimento destes deveres, consubstanciando um exercício do direito em clara violação do princípio da precaução, reverso do princípio normativo da responsabilidade, deve ser entendido como uma situação abusiva do direito. Neste sentido, geradora de responsabilidade.

Note-se que – e isto é algo que já afirmámos preteritamente, restando-nos apenas sublinhar esta ideia – não é a simples preterição de deveres de segurança, desenraizados de qualquer circunstancialismo concreto, que nos pode conduzir a uma pretensão ressarcitória. Ligado ao abuso do direito, esse não cumprimento só será fonte de responsabilidade em casos especiais. Donde, emergindo por causa de um caso concreto, os deveres de segurança no tráfego apresentam um recorte próprio – aquele que é determinado para fazer face ao concreto perigo verificado. O que implica, por seu turno, que não é qualquer dano que vai ser indemnizado com fundamento na preterição daqueles deveres. Apenas se consideram, a este nível, ressarcíveis os danos que se inscrevam no âmbito de protecção delineado pelo dever quando imposto pelo nível mais denso do ordenamento jurídico. Eis, pois, um limite ao ressarcimento: aquele que decorre da delimitação teleologicamente ordenada dos danos que se tentam evitar com os deveres de segurança^{1442 1443}.

Repristinámos aquilo que foi o culminar das nossas indagações em matéria de danos puramente patrimoniais, circunscritos às situações usualmente conhecidas por *cabre cases*. E se o fizemos não foi por nenhum despudor, mas tão só pela percepção do papel instrumental que tais considerações aqui cumprem.

Por um lado, e antecedentemente, permite-nos, agora que já ousámos ensaiar alguns passos no que ao problema da causalidade concerne, perceber um pouco melhor o jogo imputacional plasmado, sedimentando *a posteriori* um trabalho prévio.

Por outro, e mais relevantemente, garante o referencial valorativo que viabiliza conclusões de não pequena monta.

Vimos, com efeito, que o exercício abusivo de um direito, adequadamente compreendido, pode funcionar no sentido da desvelação da ilicitude. E que, eivada a hipótese pela excepcionalidade da proposta imputacional, ela se aproxima do modelo *fautife*, posto que a ilicitude não existe sem a preterição de um exigível dever de

expectativas de desempenho cuja observância é oferecida no interesse de um trânsito seguro. A existência e incidência de deveres de segurança no tráfego deve ser concretizada pelo papel e pela situação específica. (p. 1419)

¹⁴⁴² Nesse sentido, cf. MERTENS, *Münchener Kommentar...* cit., p.1521.

¹⁴⁴³ Para a consideração dos outros limites, cf. MAFALDA MIRANDA BARBOSA, *Liberdade versus responsabilidade...* cit., p. 380 e ss.

cuidado para obstar a produção do perigo, donde resulta, afinal, que a culpa se não distingue verdadeiramente dela¹⁴⁴⁴.

Simplesmente, a unicidade imputacional patenteada, ao arrepio do sistema cristalizado na esteira de IHERING, leva-nos mais longe, resolvendo, a um tempo, a ligação entre o dano e a conduta do agente que se procura firmar com a problematização causal.

Vejamos, pois, o alcance da asserção.

Perfunctoriamente, ela é perceptível. Os deveres de prevenção do perigo emergem diante de um circunstancialismo concreto que faz avultar com acuidade acrescida os laços solidarísticos que unem os sujeitos actuantes no tráfego pelo facto de serem pessoas, e como tal livres e responsáveis. A conformação da conduta humana com as exigências de sentido comunicadas pela *praxis* tem em conta o potencial lesivo da mesma, pelo que a nota da previsibilidade assoma no espectro do jurista, não só em termos de densificação da culpa, como da própria ilicitude que sem ela é inconcebível. Os danos reconduzem-se, *ab initio*, ao comportamento do lesante¹⁴⁴⁵. Não podem ser eles outros senão aqueles que a erupção preventiva tinha como desiderato evitar¹⁴⁴⁶.

¹⁴⁴⁴ Mais do que isso, ao interpretarmos, como o fizemos, o artigo 493º CC no sentido da projecção dogmática em sede delitual de uma ideia de abuso do direito tal como o compreendemos, percebemos melhor o complexo imbricamento a que se alude.

¹⁴⁴⁵ Cf., quanto ao ponto, BRANDÃO PROENÇA, *A conduta do lesado...* cit., p. 470, considerando que a imputação presumida a certa pessoa da sua culpa omissiva é também uma imputação presumida da relação causal com o dano.

Veja-se, ainda, DIETER MEDICUS, *Grundwissen zum Bürgerlichen Recht*, 8. Auflage, Carl Heymanns, Verlag, 2008, p. 167, § 24 I, 340, considerando que na causalidade fundamentadora da responsabilidade inclui também o nascimento do dano, tendo de repousar nas especificidades da norma que sustenta a pretensão. Pergunta-se, pois, se, no caso do § 826 BGB, próximo da cláusula delitual assente no abuso do direito, o dano emerge já do *Tatbestand*.

¹⁴⁴⁶ Sublinhe-se inexistir aqui qualquer contradição com o que anteriormente se disse a propósito da causalidade adequada. Um dos pontos em que assentou a crítica que, refractariamente, lhe fomos dirigindo prendeu-se com a tendência a que, por meio dela, somos conduzidos, para, ainda que inconscientemente, se ancorar a judicativa decisão concreta num juízo de tipo determinista, posto que toda a probabilidade vai afinal pensada em termos indutivos.

Por outro lado, não poucas foram as vezes em que demos conta da linha de fronteira ténue entre a dita probabilidade e os termos em que ela é sopesada e a previsibilidade aferida segundo o padrão de normalidade do homem médio.

Torna-se portanto aparentemente contraditório o nosso discurso. Mas a aparência não se transmuta em efectividade. Com efeito, ali procura-se dar resposta ao problema de saber qual o facto que gerou o dano; aqui, num registo valorativo de exigibilidade, resta-nos procurar a solução para a questão da imputação.

Não ignoramos que esse é o enfoque com que a causalidade adequada tem sido recebida por inúmeros juristas.

Porém, ainda que assim seja, porque a estrutura da acção pressuposta quando a ilicitude se ancore na lesão de direitos absolutos alheios é outra, a simples indagação da adequação e normalidade do comportamento para causar um dano daquele tipo torna aporético um juízo que se pretende, para ser chancelado de justo, seguro e normativamente fundado.

Aprofundando-se o nível discursivo, a simplificação do problema causal a este ensejo colhe justificação na consideração da estrutura da acção aqui pressuposta. Ou dito de outro modo, talvez mais exacto, ao determo-nos na contemplação do desvalor de conduta somos em certa medida desonerados, já que ele implica que se prevejam – ou devessem prever – determinados danos e não se conforme o comportamento à obstaculização da emergência dos mesmos. Denota-se um sincretismo quase perfeito entre os diversos pressupostos de procedência de uma pretensão indemnizatória. É que, enquanto este desvalor comportamental só surge, na ausência de um direito absoluto, diante de um dano concreto que é exigível evitar, no tocante à primeira modalidade de ilicitude há uma cisão clara entre comportamento do agente e o resultado lesão do direito absoluto em que aquele se vem a projectar. E, como a ilicitude avulta por meio deste e não daquele, urge reconduzir o segundo ao primeiro.

O que nos permite outro tipo de conclusões, galvanizadoras do percurso subsequente.

Desde logo, parece ficar claro que o que está aqui em causa é, afinal, um nexos de ilicitude. A permitir aventar uma outra hipótese discursiva: aquela outra que nos mostra ser possível um olhar alternativo sobre o que tradicionalmente era tematizado como causalidade desde que se parta, como se deve partir, da compreensão axiologicamente densificada da ilicitude, ancorada, assim, na pessoalidade responsável.

Com uma diferença, porém, já que, se no quadro do abuso do direito, o dever que nos ocupa é assumido em concreto, diversamente, na polarização subjectivista absoluta, o dever de que se parte, chamando a terreiro a complexidade da interacção humana, é um dever genérico, embora se concretize por referência à circunstância particular^{1447 1448}.

¹⁴⁴⁷ Percorridas que estejam duas modalidades de ilicitude, torna-se mais segura a ideia previamente avançada da estreita conexão entre a solução do problema causal e o juízo de desvalor que subjaz à formulação de uma pretensão indemnizatória. Ao mesmo tempo, e até por isso, parece confirmar-se o imbricamento entre os dois pressupostos da imputação delitual, ao ponto de problematicamente questionarmos se um é pensável sem o outro.

A ser assim, o que seria debatido mais não era do que a imputação objectiva do dano ao agente, em complemento de uma imputação subjectiva colimada na culpa ou na assunção do risco.

¹⁴⁴⁸ Importa, antes de avançarmos no nosso percurso, chamar a atenção para alguns pontos. Em primeiro lugar, a compreensão do que aqui fica dito – de forma sincopada – exige um aprofundamento que não é consentâneo com a temática abraçada. Remete-se, por isso, o leitor para aquelas que foram as nossas conclusões em *Liberdade versus responsabilidade*. Em segundo lugar, importa frisar que estamos, no fundo, a lidar aqui com o abuso de uma liberdade genérica para agir. E com isso a contrariar a posição de todos aqueles que vêm atestar a impossibilidade dogmática da figura. Sobre o ponto, cf. VASCO DA GAMA LOBO XAVIER e FERRER CORREIA, “Efeito externo das obrigações; abuso de direito; concorrência desleal”, *Revista de Direito e Economia*, 1979, p. 12. De facto, como referem os autores, “seria incompreensível, se não absurdo, que o comportamento contrário à boa fé e aos bons costumes só

originasse a responsabilidade do agente quando correspondesse ao exercício de um direito deste”. Quando em causa esteja não um direito, nem uma faculdade jurídica mas a mera liberdade genérica de agir, os problemas tornam-se mais complexos. Quanto a esta liberdade genérica de agir, refere CARNEIRO DA FRADA (*Uma terceira...* cit., p. 61) que é duvidoso “que se possa retirar da proibição do abuso uma norma de imputação delitual por danos causados ao abrigo, não apenas de um direito subjectivo ou de uma posição jurídica específica conferida pelo ordenamento, mas de uma liberdade genérica de agir”. Advoga por isso ser preferível “reconhecer-se no sistema jurídico vigente uma proibição genérica de condutas danosas contrárias aos bons costumes, independentemente da verificação de uma situação de abuso de direito *stricto sensu*” (*Uma terceira via...* cit., p. 63). Sobre o ponto, cf., ainda, SINDE MONTEIRO, *Responsabilidade por conselhos...* cit., p. 180 e ss.

Em terceiro lugar, e antecipando algumas ideias que serão a floradas posteriormente, urge sublinhar que a emergência de deveres de segurança no tráfego não é exclusiva do quadro de desvelação da ilicitude por via do abuso do direito. Tão pouco esta se mostra monopolista em relação ao conceito de perigosidade. Ora, se em todos os casos aqueles avultarão por referência ao concreto perigo experimentado, cumprindo uma precisa função dogmática que a seu tempo teremos oportunidade de explicitar, torna-se urgente perceber por que razão apenas em determinadas situações se prescinde da violação de direitos absolutos e se fala de abuso do direito. Crê-se, a este propósito, que o fundamento último da responsabilidade civil – a personalidade livre e responsável – impõe que, a despeito das preocupações restritivas que sistematicamente se consagram, perante o clamoroso exercício do direito em contravenção com a personalidade livre e responsável que o sustenta possa dar origem a uma pretensão indemnizatória procedente. No fundo, o que se intui é que um desvalor de conduta acrescido justifica o afrouxamento dos requisitos delituais. No ordenamento jurídico alemão, a terceira cláusula delitual concretiza-se pela violação dolosa dos bons costumes (§ 326 BGB. Sobre o ponto, cf., *inter alia*, LARENZ/CANARIS, *Lehrbuch...* cit. II/2, p. 448 e ss.; ESSER/WEYERS, *Schuldrecht*, Band II, ... cit., p. 582 e ss.). Aventa-se, por isso, a possibilidade de a construção paralela, alicerçada no abuso do direito, envolver, necessariamente, o dolo. Descortinámos, noutra sede, boas razões para afastar o requisito da concepção jus-abusiva. Na verdade, não só o abuso do direito se deve inspirar numa concepção objectivista, como nem sempre é fácil discernir a diferença entre uma situação de dolo eventual e outra de negligência consciente; cisaõ essa que verdadeiramente não se repercute – excepto em termos de montante indemnizatório – em sede civilística. Mas isto não implica, *mutatis mutandi*, que se abduque de um reforço do desvalor de conduta. Na verdade, o abuso de direito deve ser entendido como o exercício de um direito – que formalmente se invoca – em contradição com a estrutura valorativa que o sustenta e, mais concretamente, com um princípio normativo que, informando e enformando o direito objectivo, não deixa de cumprir, agora que se superou uma concepção jus-absolutizadora da categoria dogmática, por referência ao mero direito subjectivo a mesma função de sustentáculo. Não continuando a liberdade a ser vista no isolamento solipsita do eu, na iminência de uma decisão, a pessoa orientar-se-á pela pressuposição de um referente de sentido que necessariamente o encaminhará para a consideração do outro como um ser dotado da mesma dignidade. Donde resulta que a liberdade, não só terminará no exacto ponto em que contenda com a liberdade alheia, como ela só será verdadeiramente uma liberdade se conformada pelos laços de solidariedade que entretecem a personalidade. Longe do cotejo de esferas jurídicas, consideramos que a pessoa pode ser responsável se e quando actuando no interior da sua esfera jurídica, ainda que não choque com direitos absolutos alheios. Basta, para tanto, e num plano que não tem ainda em conta as restrições dogmaticamente erigidas para evitar os excessos de responsabilidade, obstáculos intransponíveis ao funcionamento do tecido social, que tal seja reclamado pelo direito enquanto direito. Assim percebida, ou a actuação livre se mostra conforme a uma ideia de precaução ou prevenção – no sentido solidarístico do termo – ou ela deixará de o ser para se transformar num abuso de liberdade. Dando início da uma actividade perigosa ou prosseguindo-a, actua ilicitamente quem não adequar a sua conduta a um padrão de diligência consonante com aquele princípio de prevenção ou precaução. A ideia é secundada no plano do direito positivo pelo artigo 493º/2 CC. Cf., sobre o ponto, MENEZES CORDEIRO, *Da responsabilidade civil dos administradores...* cit., p. 469. É claro que, desta feita, nos afastamos da ilicitude enquanto categoria autónoma da culpa, abraçando a *faute* napoleónica. Tal não é, contudo, perturbador. É, numa interpretação que remete a norma para a sua compreensão à luz dos princípios, a melhor leitura do preceituado no referido artigo. Como presumir a culpa daquele que causa danos no exercício de uma actividade perigosa se não pressupusermos que sobre ele recai a obrigação de não os causar? E como desconsiderar que a preterição – ainda que não intencional – desse dever atenta contra o ordenamento jurídico, devendo, por tal, ser considerada ilícita? E, *in fine*, chegados aqui, como dualizar a ilicitude e a culpa? Por outro lado, não vislumbramos qualquer modificação da intencionalidade do sistema de responsabilidade civil, tal-qualmente ele foi pensado. Ligada ao abuso de direito, a posição sustentada remete-nos insofismavelmente para o limbo da excepcionalidade, permitindo

31. Conclusões preliminares. A primeira modalidade de ilicitude: a violação de direitos absolutos alheios e a necessidade de recondução do dano evento ao comportamento do agente.

Ao traduzir-se, *prima facie*, num nexa – como a própria designação indicia –, a ligação causal conexiona termos justapostos que necessariamente se têm de relacionar em nome do resultado imputacional final que se almeja alcançar. E se aí encontramos uma das razões do embaraço com que o jurista se confronta quando tem de lidar com estas matérias, não menos certo é que dele não se consegue o decidente desfazer enquanto não atentar nos verdadeiros pólos a unir.

E, nessa medida, assiste-se ao contágio sequencial da temática pelas dúvidas que contaminam as restantes nervuras do modelo extracontratual.

Por exemplo, a ambivalência com que é encarado o conceito de dano¹⁴⁴⁹ não deixa incólumes as soluções a propósito do nexa de causalidade. Insiste-se neste ponto

a salvaguarda do sistema de IHERING, assente na dualização entre a imputação subjectiva e objectiva de um dano. Mais se diga que o âmbito de relevância do preceito é claro na determinação daquela excepção, se não pelo desvio à regra, pelo menos pelo recorte delineado ao falar de actividades perigosas, em razão da sua natureza ou da natureza dos meios utilizados. Acresce que na concretização do conceito de perigosidade haveremos de ir para além da mera possibilidade de geração de danos, exigindo-se uma especial propensão para a criação deles através desse núcleo de actuação.

¹⁴⁴⁹ A propósito da evolução do conceito de dano, cf. ADELAIDE MENEZES LEITÃO, *Normas de protecção...* cit., p. 33 e ss., apresentando, diacronicamente, três concepções: a) concepção materialista de MOMMSEN; b) concepção normativista de NEUNER e WILBURG; c) concepção normativista de tipo objectivo de RABEL, COING, BYDLINSKI, NIEDERLÄNDER, LARENZ e ZEUNER.

Cf., na doutrina alemã, *inter alia*, ALBRECHT ZEUNER, “Schadensbegriff und Ersatz von Vermögensschäden”, *Archiv für die civilistische Praxis*, 163, 1964, p. 380 e ss.; WOLFGANG GRUNSKY, *Aktuelle Probleme zum Begriff des Vermögensschädens*, Bad Homburg vor der Höhe, Gehlen, 1968; HEINRICH HONSELL/FRIEDRICH HARRER, “Schaden und Schadensberechnung”, *Juristische Schulung*, 1991, p. 441 e ss.; DIETER MEDICUS, *Unmittelbarer und mittelbarer Schaden*, C.F. Müller, Heidelberg, 1977; ID., “Normativer Schaden”, *Juristische Schulung*, 1979, p. 233 e ss.; NILS JANSEN, *Die Struktur des Haftungsrecht...* cit., p. 519 e ss.; HANS STOLL, *Begriff und Grenzen des Vermögensschädens*, C.F. Müller, Heidelberg, 1973; PETER BUSL, “Der Begriff des Vermögensschädens im BGB”, *Juristische Schulung*, 1987, p. 108 e ss.; ERICH STEFFEN, “Der normative Verkehrsunfallschaden”, *Neue Juristische Wochenschrift*, 1995, p. 2057 e ss.;

Sobre o conceito de dano, na doutrina portuguesa, veja-se, ainda, GOMES DA SILVA, *O dever de prestar...* cit., p. 118 a 127; CASTRO MENDES, “Do conceito jurídico de prejuízo”, *separata do Jornal do Fôro*, Lisboa, 1953, p. 3 e ss.; JÚLIO GOMES, “O dano da privação do uso”, ... cit.; ID., “Sobre o dano da perda de chance”, *Direito e Justiça*, vol. XIX, tomo II, 2005, p. 9 e ss.; PAULO MOTA PINTO, *Interesse contratual negativo...* cit., p. 536 e ss.; MENEZES CORDEIRO, *Direito das Obrigações...* cit., II, p. 283 e ss.; PESSOA JORGE, *Ensaio sobre os pressupostos...* cit., p. 382 e ss.;

Cf., igualmente, CLÓVIS DO COUTO E SILVA, “O conceito de dano no direito brasileiro e comparado”, *Revista dos Tribunais*, nº667, ano 80º, 1991, p. 515 e ss.

Entre as divergências que o dano suscita na doutrina conta-se a própria natureza da noção e bem assim as categorizações que no seio dela são estabelecidas. Ideias como a de dano real, por oposição ao dano de cálculo, dano normativo em contraoposição ao dano natural, que muitos autores aproximam da teoria da diferença tornada célebre por MOMMSEN (para uma crítica deste ponto de vista, cf. PAULO MOTA PINTO, *Interesse contratual negativo...* cit., p. 544, por entender que um dos termos da diferença foi normativamente construída, pelo que não se justifica a naturalização do conceito), opção entre o dano

na necessidade de recondução dele ao comportamento ilícito e culposo do agente e tal insistência aponta, geralmente, para a noção do dano consequente. Simplesmente, quando o comportamento ilícito se traduza na violação de um direito subjectivo alheio, há ainda um outro dano – o dano primário, o dano evento – cuja imputação ao referido comportamento pode não ser líquida^{1450 1451}. No horizonte discursivo emerge, pois, um

abstracto e o dano concreto (cf., quanto ao ponto, CASTRO MENDES, “Do conceito jurídico de prejuízo”, ... cit., p. 12 e ss.; LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrecht...* cit., I, p. 482 e ss., bipartindo o dano em dano objectivo, que diz respeito ao valor comum, e em dano subjectivo, que atende ao interesse; PESSOA JORGE, *Ensaio sobre os pressupostos...* cit., p. 381 e ss.) não deixam de ser familiares para os juristas que a estas matérias se dedicam. Ora, quando em texto nos referimos às ambivalências com que a categoria é acolhida pela doutrina, tínhamos em mente duas questões. Em primeiro lugar, nem sempre os autores se referem a um primeiro dano, antes centrando a sua atenção nos danos subsequentes que advêm. Em segundo lugar, e em conexão com este primeiro segmento problemático, nem sempre é clara a realidade a que é referida a noção.

Assim, se é comum a definição do dano enquanto “lesão ou prejuízo real, sob a forma de destruição, subtracção ou deterioração de um certo bem”, “lesão de bens juridicamente protegidos do lesado”, “desvantagem de uma pessoa que é juridicamente relevante” (cf. PAULO MOTA PINTO, *Interesse contratual negativo...* cit., p. 540; PEREIRA COELHO, *O problema da causa virtual...* cit., p. 188), importa distingui-lo da ilicitude quando esta se colima no resultado lesivo. Sobre o ponto, cf. MENEZES CORDEIRO, *Direito das Obrigações...* cit., II, p. 284, considerando que “o dano em sentido jurídico deve ser aferido à chamada ilicitude objectiva, isto é, às soluções preconizadas pelo Direito para o ordenamento, desde que tomadas em abstracto e consideradas independentemente da vicissitude da violação voluntária”. Acrescenta o autor que o dano deve ser visto como “diminuição de uma qualquer vantagem tutelada pelo direito, ou de um bem, em sentido amplo, que seja protegido”, evitando-se assim “a referência a qualquer direito subjectivo, que seria inadequada e a menção ao interesse, semeada de escolhos”. Quer isto dizer que, sem pretensões de exaustividade e tomando de empréstimo a lição de insígnis civilistas (cf. GOMES DA SILVA, *O dever de prestar...* cit., p. 117 e ss.; MENEZES CORDEIRO, *Direito das Obrigações...* cit., p. 296), podemos considerar como dano a perda ou deterioração de um bem, os gastos extraordinários, o desaproveitamento de despesas já feitas, os lucros cessantes. Mas, antes deles, e independentemente de saber como deve depois ser calculado o concreto dano, há um pólo de referência que não podemos obnubilar. Rememorando a lição de ROBERT NEUNER (“Interesse und Vermögensschaden”, *Archiv für die civilistische Praxis*, 133, 1931, p. 277 e ss.) e de HANS STOLL, *Begriff...* cit., p. 14 e ss., falar-se-ia de um dano imediato e normativo, distinto dos danos consequenciais. Assiste-se, amiúde, à distinção entre o dano referido à ilicitude do dano como consequência da acção. Cremos haver razões ponderosas para distinguir as duas realidades (para a consideração delas, v. *infra* o que diremos sobre o tema), mas isso não obsta a que o próprio dano não seja referido ao resultado ilícito sobrevivendo. Não acompanhamos, por isso, as interrogações de ANA PRATA – “Responsabilidade civil: duas ou três dúvidas sobre ela”, *Estudos em comemoração dos cinco anos da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, Coimbra Editora, 2001, p. 345 a 352. A autora questiona aí se “será a ilicitude tão claramente distinta do dano, quando da exposição dos quadros de pensamento se passa para a aplicação dele às situações de facto?”. No entanto, não podemos deixar de frisar que sob determinados aspectos há uma coincidência categorial (pense-se, a propósito, do dano da morte e da ilicitude aferida em termos de violação do direito à vida, ou, se não quisermos arredar o discurso para aquilo que, além fronteiras, pode ir conhecido por *damage actionable per se* na lesão da integridade física provocada por um acidente. É que aqui, independentemente dos gastos extraordinários, do desaproveitamento de despesas ou dos lucros cessantes, a deterioração do bem não pode senão ser visto como um primeiro dano que, importando a ilicitude, a não revela por si só, sendo imprescindível o nexa que se pretende erigir). Veja-se, igualmente, sobre o conceito de dano SCOGNAMIGLIO, “Appunti sulla nozione di danno”, *Rivista trimestriale di diritto processo civile*, 1969, p. 464 e ss. e “Responsabilità civile”, ... cit., p. 628; GENEVIÈVE VINEY/PATRICE JOURDAIN, *Traité: les conditions...* cit., p. 305; CESARE SALVI, *Il danno extracontrattuale* ... cit., p. 8; CRIFÓ, “Danno”, *Enciclopedia del Diritto*, XI, Milano, 1962, p. 615 e ss.¹⁴⁵⁰ Suspendemos, *brevi momenta*, o discurso para apontarmos um exemplo flagrante da importância da distinção entre o dano evento e o dano consequência, se quisermos, aqui, ser fiéis à terminologia italiana. Na verdade, a analítica conceptual mostrar-se-á imprescindível, não só para garantir o acerto das soluções em matéria imputacional, como para manter a coerência intrassistemática que se almeja. Um simples

ponto permitir-nos-á perceber isso mesmo. Pensemos na categoria dos danos futuros. A esse propósito, v., *inter alia*, MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, ... cit., I, p. 347 e ss.; ANTUNES VARELA, *Das obrigações*... cit., I, p. 911; FERNANDO PESSOA JORGE, *Ensaio sobre os pressupostos* ... cit., p. 386 e ss. Os danos consideram-se presentes “se já se encontram verificados no momento da fixação da indemnização”, sendo futuros no caso contrário (MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*... cit., I, p. 347). De acordo com o artigo 564º/2 CC, “na fixação da indemnização pode o Tribunal atender aos danos futuros, desde que sejam previsíveis; se não forem determináveis, a fixação da indemnização correspondente será remetida para decisão ulterior”. Conforme ensina MENEZES LEITÃO (*op. cit., loc. cit.*), “a fixação da indemnização naquele momento depende, porém, da determinabilidade do dano futuro. Efectivamente, se este não for logo determinável em objecto ou quantidade, a fixação da indemnização deverá ser remetida para a execução da sentença”. O requisito da sua previsibilidade deve, portanto, ser sublinhado, afirmando ANTUNES VARELA que a aplicação do citado preceito do Código Civil é frequente relativamente aos lucros cessantes, nada impedindo, contudo, que seja também mobilizado quando em causa esteja um dano emergente (*op. cit., loc. cit.* Cf., igualmente, PAULO MOTA PINTO, *Interesse contratual*... cit., p. 1088 e ss., onde, a propósito da distinção entre o lucro cessante e o dano emergente, aduz que a cisão não pode ser confundida com “aqueloutra que distingue os danos presentes dos danos futuros. Esta distinção tem como momento temporal de referência não a lesão, mas a atribuição de uma indemnização. Na diferença entre o dano emergente e o lucro cessante o momento de referência é o evento lesivo”, já que ali se “separa casos em que são atingidos bens que eram já do lesado e bens que ele apenas esperava vir a adquirir”, pelo que pode haver também danos emergentes futuros. O carácter futuro do dano não poderá referir-se senão ao dano consequência. De outro modo, seria a própria ilicitude a falhar, claudicando, portanto, a pretensão indemnizatória. Isto mostra-se em consonância com a disciplina prescricional. Na verdade, em termos de contagem deste prazo exige-se, para o início do cômputo dos três anos, que o lesado conheça a verificação dos pressupostos da responsabilidade civil, não se ficando, contudo, e contra o que respondia ao problema o Assento de 4-10-1966, dependente do conhecimento da extensão integral dos danos – a este ensejo, cf. ANTUNES VARELA, *Das obrigações*... cit., I, p. 625 e ss. [Refira-se, porém, que o início da contagem do prazo é “independente do conhecimento da pessoa do responsável: “se o lesado só tiver conhecimento da identidade do responsável depois de verificada a lesão, o prazo de três anos não se conta a partir desse conhecimento, mas a partir da data em que o lesado teve conhecimento do seu direito; se forem vários os responsáveis e o lesado tiver logo conhecimento de um ou alguns deles apenas, não pode intentar a acção já depois de decorridos três anos a pretexto de ter então tido conhecimento de outros lesantes” – ANTUNES VARELA, *Das obrigações*... cit., I, p. 627. Como o próprio autor que acompanhamos alerta, temos de ser prudentes na aplicação desta disciplina. De facto, nunca o desconhecimento do responsável pode equivaler ao desconhecimento acerca da autoria do facto danoso, ao ponto de impedir a imputação do dano]. Como esclarece RIBEIRO DE FARIA (cf. RIBEIRO DE FARIA, *Direito das Obrigações*, I, ... cit., p. 484), há várias perspectivas para olhar para o dano e qualquer uma delas é importante, porque tem de se “escolher entre uma e outra, consoante o propósito em mente”. Embora preocupado com a distinção entre o dano real e o dano patrimonial, que se distanciam da cisão a que aludimos, por se integrarem exclusivamente na categoria dano, enquanto a nossa remete para a dicotomia entre este e a ilicitude, RIBEIRO DE FARIA não deixa de sublinhar aquilo que estamos a procurar discernir ao longo desta nota.

Por isso, se é seguro afirmar-se que o dano futuro pode ser indemnizado, não estará isento de dúvidas a resposta à questão de saber se é ou não indemnizável a criação ilícita de um risco de um dano futuro – cf. ARIEL PORAT E ALEX STEIN, “Liability for future harm”, *Perspectives on causation* (RICHARD S. GOLDBERG, ed.), Hart Publishing, Julho 2011 (ainda não publicado e acedido via *web*). Olhemos, então, para o que os autores citados nos dizem a este propósito. Segundo eles, “o risco de sofrer um dano no futuro deve ser accionável sempre que seja *substantial*”, devendo ser deixada à vítima a opção entre ser indemnizada pelo dano esperado ou esperar para ver se o risco se materializa, apenas sendo ressarcido, no futuro, em caso afirmativo. O problema é equacionado no quadro de possível surgimento de uma doença futura (exemplo: alguns empregadores expõem os seus trabalhadores a amianto, passando alguns a exhibir sintomas que indicam o aumento do risco de vir a desenvolver uma patologia cancerígena. Como o risco em si não é indemnizável no quadro do direito civil, indaga-se se os lesados “estão aptos a ser compensados pela angústia mental causada pelo medo de vir a padecer da doença”. Para a consideração de outras situações onde possa avultar a mesma intencionalidade problemática, cf. p. 23: “residentes num bairro poluído enfrentam o risco de ficar doentes em resultado da poluição, consumidores de produtos defeituosos sofrem o risco de contrair doenças com esses produtos; vítimas de erro médico enfrentam o risco de desenvolver uma doença). No precedente americano *Norfolk & Western Railway Company v. Ayres*, chamado à colação por PORAT e STEIN, debate-se o problema da angústia provocada pelo aumento do risco de vir a desenvolver mesotelioma no futuro. O Supremo Tribunal permitiu a indemnização

porque “a ansiedade das vítimas mostrou-se séria e genuína” (a seriedade do medo era, de facto, um requisito de procedência da pretensão indemnizatória. Exigia-se, acrescidamente, que o lesado “preponderantemente estabelecesse que o seu medo resulta de uma doença pela qual o lesante é responsável” – cf. p. 6). Aqui, “a indemnização foi atribuída não pelo incremento do risco de vir a sofrer o tumor maligno, mas pelo medo”. PORAT e STEIN admitem a solução, até porque, se “os tribunais reconhecem o direito à indemnização pelos danos emocionais resultantes do dano físico actual – *parasitic actionability*” –, não se estaria a quebrar a tradição da *Common Law* (p.3). Já em Inglaterra, a *House of Lords* recusou o afastamento da *parasitic actionability doctrine*, a única que permitirá o ressarcimento dos danos emocionais, no precedente *Johnston v. NEI International Combustion L^{td}*.

Pesa na solução dos autores citados a perturbação que a vítima sofre no seu bem-estar, a justificar, então, a possibilidade de opção entre a indemnização imediata ou a demanda posterior à materialização do dano. A compensação será “igual ao dano associado à doença multiplicado pelas probabilidades da vítima de ficar doente devido ao acto ilícito”, espelhando esta compensação, também, o aumento do custo em procurar um seguro de saúde ou de vida, em virtude da exposição ao risco – cf. p. 25. Mais acrescentam os autores que, pese embora possa alterar a responsabilidade do lesante, o mercado de seguros vai permitir cobrir esse risco, além de que a vítima poderá usar o montante que receber para mitigar o risco de dano.

Sobre o ponto, veja-se, também, JOHN C. P. GOLDBERG E BENJAMIN ZIPURSKY, “Unrealized torts”, *Virginia Law Review*, nº88, p. 2002, p. 1626 e ss., também citados por PORAT e STEIN.

Não será preciso muito para percebermos o quão distantes andaremos da fundamentação dos últimos pensadores mencionados em tudo o que implique a convocação, por parte deles, de argumentos eficientistas que quadram mal com a racionalidade especificamente jurídica. Mas já os poderemos acompanhar na proposta de indemnização destes danos. Pensados unicamente sob a óptica do medo, quase nos levam a pensar na possibilidade de se aventar uma figura que, no plano extrapatrimonial, correspondesse aos danos puramente patrimoniais – os danos exclusivamente morais ou existenciais. A angústia não seria acompanhada da lesão de um direito absoluto, tanto quanto a violação do direito à integridade física ou à vida ainda se não verificou. Não cremos, contudo, que esta visão se coadune com os dados do problema. E não nos referimos, apenas, à possibilidade de, por meio desta situação, ocorrerem danos avaliáveis em dinheiro (pense-se nas despesas de saúde para minorar ou atenuar os efeitos do incremento do risco ou naquelas atinentes a um diagnóstico precoce que se afigurará desejável em caso de confirmação da materialização do risco), mas sobretudo ao facto de, neste plano, e ao contrário do que sucede ao nível do património, existir um direito geral de personalidade que confere uma protecção ampla à pessoa humana, nas suas múltiplas refacções. Uma situação como a retratada importa, independentemente do futuro dano, uma lesão actual da saúde psíquica e do direito ao integral desenvolvimento da personalidade de cada um. Sobre o ponto, cf. CAPELO DE SOUSA, *O direito geral de personalidade...* cit. Quer isto dizer que há ilicitude, colocando-se o problema de saber se ela pode ou não ser reconduzida ao comportamento do lesante. Nessa medida, a questão passa a ser tão-só imputacional, importando a este ensejo ver se o lesado ficou ou não submetido a riscos que não eram consentâneos com o risco geral da vida. Já a questão da seriedade e genuinidade do dano servirá para averiguar em que medida a violação do direito existe ou não em concreto.

Com isto percebemos a importância de distinguir o primeiro dano, ou dano evento, dos danos subsequentes. Quando afirmamos que o dano futuro é indemnizável, estamos apenas a referir-nos aos segundos. Já o dano futuro enquanto dano evento nunca o será por falhar um dos pressupostos básicos da responsabilidade civil. A indemnização a que aqui aludimos não respeita a um dano futuro, mas a um dano presente que, sendo diferente daquele, dará origem a uma indemnização também distinta, sem que se tenha de ficcionar um probabilístico cálculo do dano.

Ainda a propósito do dano futuro – enquanto dano subsequente – veja-se, com importância para a tematização da causalidade, PAULO MOTA PINTO, *Interesse contratual...* cit., p. 691 e ss., fazendo a distinção entre a problemática da ressarcibilidade dos danos futuros e a questão da relevância negativa da causa virtual: “estes [os danos futuros] não pressupõem qualquer irrelevância da causa virtual. Pelo contrário, é a irrelevância negativa se dever ser afirmada que faz com que a obrigação de indemnização de danos futuros não seja afectada pelos acontecimentos supervenientes”. Sobre a questão da causa virtual, veja-se, *infra*, o que se dirá a esse respeito.

Cf., a este propósito, LUIS MEDINA ALCOZ, *La teoría de la perdida...* cit., p. 97 e ss. Lidando com as situações em que um dano ainda não se verificou, mas pode ocorrer no futuro, o autor fala de criação ou aumento de um risco duradouro, propondo nestes casos que se atribua uma indemnização proporcional à dimensão do risco criado. É que, segundo ele, o próprio risco pode ser entendido como um dano, diferente do dano que eventualmente pode ocorrer no futuro. Esta posição torna-se particularmente interessante quando temos de lidar com situações como aquela em que A é sujeito durante um determinado período de

tempo a uma emissão cancerígena perigosa, não se sabendo ao certo se vai ou não desenvolver posteriormente a doença.

¹⁴⁵¹ Quanto ao ponto, cf. NILS JANSEN, *Die Struktur des Haftungsrecht...* cit., p. 571. Encontrando o fundamento da responsabilidade civil na *Erfolgsverantwortlichkeit*, o autor aduz que a violação de um direito ou de uma obrigação que cause um dano permite-nos mobilizar aquele *Grundsatz*, sem que, contudo, se possa deduzir insofismavelmente a responsabilidade do pretense lesante, na medida em que esteja ao alcance deste invocar uma causa de justificação ou a conformação do seu comportamento aos *standards* de cuidado exigíveis. Para JANSEN, tais ponderações jogam-se ao nível da *Haftungsausschluss*, mostrando, assim, que não é só ao nível da fundamentação da responsabilidade que se obtém o conteúdo concreto da decisão a proferir. E isto vale especialmente para a questão do nexo de causalidade, tal como o insigne jurista reconhece. Mas mais do que isso, adverte JANSEN que há que cindir em dois nichos problemáticos o juízo a proferir. À verificação do *Tatbestand* de violação de responsabilidade há-de unir-se a ponderação da sua imputação ao lesante (*vorletzungstatbestand und seiner Zurechnung zum Schädiger*). E continua, evidenciando que isto esclarece a diferença entre a atribuição de posições protegidas e a delimitação do risco de dano no quadro da responsabilidade pessoal pelo resultado (*Schutzpositionen und Schadensrisiken im Rahmen der Erfolgsverantwortlichkeit*), na medida em que o primeiro visa, primordialmente, a protecção do interesse da vítima e o último é pensado no sentido de estabelecer o âmbito da responsabilidade do lesante.

Mais do que a concordância com o que inscrevemos em texto, a qual não vai pensada a este ensejo, importa sublinhar alguns pontos não despiciendo na economia da nossa dissertação. Assim, em primeiro lugar, o depoimento do autor parece sedimentar, em termos dogmaticamente autorizados, a importância de não circunscrever a ilicitude em termos formalistas que se quedam na constatação da preterição de uma posição jus-subjectiva com eficácia absoluta. Na verdade, não basta perceber que um direito protegido *erga omnes* foi lesado, mas urge determinar, normativamente, se essa lesão é imputável a um determinado sujeito (o lesante). Em segundo lugar, e independentemente dos critérios dogmáticos que o autor erija em matéria de causalidade (para algumas considerações quanto ao ponto, cf. p. 575 e ss. Veja-se também as considerações expendidas a p. 577, onde afirma claramente que a questão da imputação está muito pouco tratada ao nível do direito civil, ao contrário do que ocorre no âmbito congénere do direito penal. Mais refere JANSEN – cf. p. 577 e 578 – que, no ordenamento jurídico alemão, a falta de uma *umfassende Zivilrechtliche Zurechnungslehre* se fica a dever à argumentação lógica a que fica subordinada a *Verkehrspflichtendogmatik* e adianta que a questão imputacional não pode ser respondida de forma abstracta, antes devendo ser orientada teleologicamente. Ora, nessa busca de critérios, o autor contamina o seu modelo com a nota do risco), avulta como pilar fundamental do sistema por si edificado a ideia de risco. Cf., ainda, p. 106 e ss. e 127 e ss.

Repare-se, também, como JANSEN não hesita em considerar que os problemas imputacionais se galvanizam diante de um decurso causal insólito ou extraordinário, restando duvidoso se o mesmo deve ou não ser reconduzido ao comportamento inicial do lesante, designadamente quando a vítima ou um terceiro interferem no normal curso dos acontecimentos. Trata-se, portanto, da declaração, ainda que não formal, da falência da causalidade para lidar com problemas que necessariamente se terão de enfrentar no âmbito do juízo ressarcitório.

Tanto assim é que, entre outros critérios mobilizáveis, JANSEN fala aqui da *Herausforderungsformel* (*Fórmula da provocação*), enquanto expediente de delimitação das áreas de responsabilidade na convivência social. Com ele mostra-se como, independentemente do último comportamento antecedente do dano ser de um terceiro ou da própria vítima, ainda é possível reconduzi-lo à esfera de responsabilidade do lesante [a propósito do critério da provocação veja-se, ainda, no sentido excludente da responsabilidade, p. 576 e 577, onde JANSEN atesta parecer não haver lugar à ilicitude quando o lesante tenha sido provocado]. Do mesmo modo, chama à colação a ideia de cuidado necessário, que, segundo o autor, deve ser ponderado, a par da exclusão da responsabilidade, como um argumento teleológico para a doutrina do escopo da norma, e as regras de conduta no tráfego, mostrando um âmbito de análise muito mais amplo do que aquele que procura, com recurso à dimensão ético-normativa, resolver o que tradicionalmente vinha entendido como causalidade de direito.

Veja-se, uma vez mais, do autor NILS JANSEN, “Duties and Rights in Negligence: A comparative and Historical Perspective on the European Law of Extracontractual Liability”, ...cit., p. 443 a 469, recordando a ambiguidade estrutural patente nos fundamentos normativos do *tort of negligence*, que resulta do facto de “o direito europeu da responsabilidade civil ter sido conceptualmente forjado para objectivos totalmente diferentes das modernas ideias de justa distribuição dos riscos”. Historicamente, o modelo delitual surge acoplado a uma ideia de protecção dos direitos individuais, ou seja, associado a uma *right-conception*, em que o que se privilegia é o resultado, sendo o agente responsável pela lesão do demandante e servindo os deveres de cuidado para descrever o nível de responsabilidade individual. O

primeiro segmento dito causal, ancorado na ligação sublinhada, sem o qual, contra a imposição tradicional do problema, nem sequer é desvelável aquela ilicitude^{1452 1453}.

direito é entendido como fundamento moral imediato da obrigação aquiliana e não como correlato de um dever, caso em que a posição agora tida em conta nada adiantaria à *duty conception*. Ora, tal como o autor explica a páginas 454, denota-se aqui uma fortíssima influência de autores humanistas como DONELLUS, para quem os direitos eram tidos como proibições contra a lesão de uma esfera protegida, ou de escolásticos como MOLINA, para quem o que está em causa é a alocação dos bens aos indivíduos como seus pertences, aproximando-se a indemnização de uma ideia de *vindication*. Cf., também, NILS JANSEN, *Die Struktur des Haftungsrecht...* cit., p. 328 e ss. e “Duties and Rights...”, ... cit., p. 456, explicitando o pensamento de GRÓCIO e mostrando como, dos seus primeiros trabalhos para a consolidação da sua obra em *De iure belli ac pacis*, o autor transita de uma concepção delitual alicerçada nos direitos para uma outra estruturada com base no dever. Se a pandectística vem assumir o direito como uma limitação da responsabilidade, não é menos verdade que o BGB acaba por consagrar a obrigação de indemnizar quer com base na violação daquele, quer com base na violação do dever.

A compatibilidade entre a ambiguidade conceptual de que fala o pensador não pode senão ser tentada através da superação do próprio modelo aquiliano, agora alicerçado na personalidade.

¹⁴⁵² A este propósito, e adiantando algumas reflexões futuras, importa ter em conta a discussão que envolve a doutrina italiana quanto ao ponto. Confrontando-se com uma estrutura do ilícito diversa da plasmada no código civil português, os autores italianos, desde cedo, se preocuparam com a caracterização do dano injusto, como bem sabemos. Ora, é a propósito dele que se debate se faz ou não sentido dicotomizar o dano evento e o dano consequência. E bem ecoa aí a posição de insignes juristas que, considerando pertinente a dualização, não hesitam em defender que apenas o primeiro faz parte da *fattispecie* do ilícito, ligando-se a controvérsia a problemas atinentes à causalidade. (cf., entre outros, a este ensejo, PIERO SCHLESINGER, “La ingiustizia del danno nell’illecito civile”, *Juristische Schulung*, anno XI, fasc. 1, 1960, p. 336-347).

Sobre o ponto, veja-se, *inter alia*, GORLA, “Sulla cosiddetta causalità giuridica: «fatto fannoso e conseguenze»”, ..., p. 406 e ss.; CARNELUTTI, “Perseverare diabolicum (a proposito del limite della responsabilità per danni)”, ... cit., p. 100; FORCHIELLI, *Il rapporto di causalità nell’illecito civile*, ... cit., p. 21 e ss.; ID., “Anatomia dell’illecito civile”, *Rivista di Diritto Civile*, ano IX, 1963, p. 599 e ss. [O autor mostra-se crítico da dicotomia. Na verdade, consoante esclarece, do ponto de vista do direito civil, não se pode admitir o ressarcimento de um dano em concreto, negando, em simultâneo, que o mesmo seja reconduzido à *fattispecie* do artigo 2043º CC, porque tal corresponderia a afirmar que “può prodursi l’effetto previsto dalla norma (risarcimento) senza che, nella realtà pratica, siasi verificato un fatto concreto corrispondente a codesta *fattispecie* astratta” (cf. p. 601). Ou seja, sob pena de se ter de admitir a responsabilidade civil sem existir um dano, sublinha FORCHIELLI que o dano tem de ser sempre um elemento integrante da *fattispecie* de ilícito. Ora, é este o ponto em que cremos não concordar com o autor, embora não no que concerne à sua argumentação. De facto, esta parece-nos não só sólida, como indismontável se partirmos da mesma pressuposição de base. Simplesmente, outro é o nosso entendimento acerca da correcta compreensão do ilícito. Assim, não obstante o peso que se reconhece ao resultado, e sem desprimor para o afastamento concludente das doutrinas finalistas, sempre haverá que frisar que a intencionalidade da ilicitude não se esgota num mero resultado, não se confundindo, portanto, com o dano. A autonomização pátria da categoria torna mais evidente o ponto, por referência ao ordenamento jurídico italiano. E se um resultado há-se ser relevado, ele não pode deixar de se conxionar com aquela intencionalidade – a traduzir-se num desvalor – em termos não naturalistas ou simplesmente causalistas. É por isso que nos parece prestimosa a cisão que se opera. É que o dano evento – enquanto resultado a contemplar – não mais traduz do que um dano que se reconduz ao comportamento ilícito do agente, por um nexo de ilicitude, sendo ao mesmo tempo por meio dele que se faz a contabilização do prejuízo a indemnizar. É pois, tal como explicita o título que serve de pórtico de entrada às considerações do autor, da anatomia do ilícito que falamos. E porque assim é, ancorados na violação do direito subjectivo, torna-se compreensível o que queremos dizer. Esta é tida, por nós, como o dano evento que, porque não pode subsistir em si mesmo, deve ser reconduzida à conduta. O que nos distancia, pois, das críticas de FORCHIELLI é a diversa estrutura delitual que o ordenamento jurídico italiano apresenta, pois o que ali se discute é qual a conformação do dano injusto, restando saber se apenas a lesão de um interesse protegido pelo ordenamento pode aceder àquele qualificativo ou se, pelo contrário, todos os danos, desde que reportados ao comportamento através de um nexo de causalidade, assim podem ser apodados. Curiosamente, o autor propõe, na sua obra atinente ao problema da causalidade – cf. *Il rapporto di causalità...* cit., p. 32 e “Anatomia dell’illecito civile”... cit., p. 602 –, uma inversão metodológica, defendendo que se deve partir da análise de cada evento danoso em concreto e indagar quem responde por

ele, ao invés de se olhar para o sujeito e procurar determinar quais as consequências por que ele é chamado a depor. Mais adianta que qualquer dano há-de ser visto como evento pelo que, se alguma dicotomia há a estabelecer, ela deve passar pela identificação do dano evento como o dano inicial ou dano base, sustentando, contudo, que dogmaticamente não há qualquer fundamento para a autonomização da figura, porque qualquer dano, ainda que remoto, configura um evento e integra um ilícito, mesmo que tenha sido causado por um mesmo comportamento. A limitação do ressarcimento passaria, assim, pela identificação do dano como injusto ou não].

Sobre o ponto, para uma melhor compreensão do debate que se desenvolve no quadro do ordenamento jurídico italiano, cf., *inter alia*, CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, ... cit., p. 11 e ss. Apresenta o autor duas concepções de dano: uma inspirada na *Differenztheorie* de MOMMSEN; outra normativa que vê a categoria como a lesão de um interesse juridicamente tutelado. E na contemplação da dualidade, conclui que “no si tratta di una pura diminuzione patrimonial pur causalmente derivante da una condotta altrui, ma de una perdita che necessita di una qualificazione giuridica, quella fornita appunto dalla lesione della sfera giuridica altrui (...)”.

Ora, estamos em crer que, se partirmos de uma concepção estrita de ilicitude, tal como parece resultar do § 823 BGB e do artigo 483º CC português, ela só se distingue do dano se e na medida em que olharmos para ela do ponto de vista da conduta do agente. Onde, a ligação entre as duas surgirá como um nexo de ilicitude e não um nexo puramente causal. Mais se diga que, assim, conseguimos reconduzir o dano à *fattispecie* do ilícito, olhando-se, posteriormente, para os danos consequência a partir da primeira imputação estabelecida. Estes entroncam no círculo pré-definido pela violação do direito subjectivo de tipo absoluto a que o nosso modelo nos conduz. Outras serão, pois, as dificuldades na ausência desta estrutura. Se nos orientarmos exclusivamente pelos danos atomisticamente considerados torna-se complexo afirmar, de modo aporofético, que eles se cindem do dano evento e não se reconduzem, por alguma via, ao comportamento do agente. Os termos com que o que tradicionalmente era designado por nexo de causalidade parecem jogar-se de outro modo, o que corrobora, aliás, a ideia de este pressuposto ser chamado, aí, a cumprir o papel que é traçado pela ilicitude para quem se orienta pelo modelo iheringiano.

Veja-se, a propósito da função de fundamentação da própria ilicitude que a causalidade desempenha, o que REALMONTE nos diz a propósito das omissões juridicamente relevantes. Cf. F. REALMONTE, *Il problema del rapporto di causalità* ... cit., p. 66 e ss.

Sobre a importância da distinção entre o dano evento e o dano consequência a propósito do tema da causalidade, veja-se, ainda, GUIDO ALPA, *Responsabilità civile e danno*... cit., p. 296. Afirma o autor que, se se acolhesse tal tese, inspirada na doutrina penalista, seria necessário identificar um duplo nexo de causalidade, entre o comportamento e o evento e entre o evento e o dano, um interno e outro externo. Acompanhando o pensamento do autor, dir-se-á que “o primeiro (...) diz respeito à imputação de um determinado facto ao sujeito (o sujeito responsável); o segundo respeita à análise dos aspectos económicos subsequentes ao evento. Noutras palavras, é como se se devesse dar resposta a duas demandas diferentes: quem é o autor do facto e que consequências de carácter patrimonial-económico (ou mesmo moral) que o facto determinou sobre o lesado”. Acrescenta ALPA que a doutrina tradicional sempre se terá, ainda que não explicitamente, apercebido deste binário, posto que releva a individualização do autor (*na respondeatur*) e a delimitação do dano ressarcível (*quantum respondeatur*). Uma última nota para evidenciar que muitos são os autores que olham para a causalidade – ou para aquilo que tradicionalmente era visto como um nexo de causalidade – do ponto de vista unitário, procurando determinar em que medida as consequências económicas e ou morais podem ser reconduzidas ao comportamento de um agente.

Cf., *in fine*, FLORENCE G’SSELL-MACREZ, *Recherches*... cit., p. 373, considerando que “sancionar um acto porque ele causou um efeito ilícito supõe que se raciocine a partir do resultado”. Este constitui a violação de um interesse juridicamente protegido, sendo muitos identificados, segundo depoimento da autora, com a violação dos direitos subjectivos. Mais adianta que “em certos domínios o comportamento *fautife* e o dano se confundem, como no caso do atentado à vida privada”, tornando inútil a identificação do nexo causal, noutros o estabelecimento da *faute* implica necessariamente a análise daquela conexão.

¹⁴⁵³ Veja-se, quanto ao ponto, CESARE SALVI, *Il danno extracontrattuale*... cit., p. 47-48. SALVI evidencia o grau de complexidade que envolve o problema da causalidade ao nível do direito civil e encontra as raízes de tal situação na estrutura delitual com que se lida. Assim, considera que a centralidade da questão se justifica pelo facto de o esquema delitual vir construído em torno do dano em vez de se polarizar na conduta ilícita. O que se procura imputar ao sujeito é o dano e não o facto enquanto tal, embora este tenha de existir necessariamente, já que a imputação do dano pressupõe a existência da *fattispecie* normativa prevista no artigo 2043º CC. Por isso, adverte que o termo dano tanto surge referido ao evento como às consequências dele (cf. p. 48) e adianta que se pode falar de uma dupla função do juízo de causalidade

A morre. Momentos antes de morrer, B havia-o agredido violentamente. Veio-se, contudo, a provar que a morte teria sido provocada por uma paragem cardíaca. Pode ou não o resultado morte ser imputável àquele agente?

Repare-se que a ilicitude se identifica, aqui, com a lesão do direito à vida. Mas, caso ela tenha sido o resultado de um processo natural inexorável, poderá persistir-se na qualificação do comportamento como ilícito?

O busílis da *vexata quaestio* reside na extrapolação do efeito. Nos antípodas do que se vislumbra a propósito dos casos consubstanciados num desvalor de conduta, a indiciação da antijuridicidade situa-se longe da esfera do agente, pelo que um elo se revela imprescindível. Mas um elo que, sendo-o, não pode pautar-se por um puro mecanicismo ou determinismo. Tanto mais que, adequadamente compreendidas as coisas, aceite que seja a intelecção do justo pela transcendência do critério à luz da sua remissão para o fundamento em que se louva, rapidamente somos forçados a perceber que o indício de que se fala só ganha *corpus* de ilicitude quando a esse resultado corresponda a obliteração do dever de respeito que entretece as relações de pessoa a pessoa¹⁴⁵⁴.

A projecção em que o legislador concretizou dogmaticamente a nota axiológica que sempre nos acompanha – assente na ideia do direito enquanto direito e metodologicamente mobilizável no momento da realização dele – cinde, em regra, dois planos de sindicância. A ilicitude, traduzível no resultado, e a culpa, enquanto juízo de censura dirigido ao agente. A segunda refere-se à primeira, embora dela se aparte¹⁴⁵⁵. Uma pode ser detectável sem a outra. Contudo, a recusa – quer constatável no plano explicativo, quer justificável no quadro dogmático – do finalismo não significa, *mutatis*

(*dúplice giudizio*). Ademais, adverte que o preciosismo não é apenas conceptual (cf. p. 48-49, nota 25), mostrando o crescente impacto funcional que as regras causais têm na determinação do conteúdo da responsabilidade, designadamente nos sistemas que deixam de estar vinculados ao critério da violação de um direito subjectivo de tipo absoluto. Aí, são, as mais das vezes, reconduzidos ao núcleo intencional da causalidade os problemas da definição dos limites da responsabilidade.

Uma última nota para sublinhar uma ideia focada por SALVI e cuja importância sistemática na economia da nossa dissertação não pode ser posta em dúvida. Assim, a pág. 49, o autor salienta que não se está, no quadro imputacional sobre o qual labora, diante de um duplo conceito de dano, mas de “due momenti diversi del giudizio aquiliano: la costruzione del fatto idóneo a fondare la responsabilità (...) e la determinazione dell’intero danno cagionato”.

¹⁴⁵⁴Cf., quanto ao ponto, MENEZES CORDEIRO, *Da responsabilidade civil dos administradores...* cit., p. 526, considerando que “a ilicitude traduz, por si, uma acção humana – logo voluntária e imputável – contrária ao direito” e que isso “coloca questões de fronteira com a culpa, agravadas pelo predomínio de leituras objectivistas da mesma (...)”.

¹⁴⁵⁵Acompanhamos, neste ponto, todos quantos criticam a importação do pensamento finalista, ensaiado ao nível do congénere penalista, para os meandros do direito civil, sobretudo por razões sistemáticas, a que se associam preocupações com aspectos peculiares da realidade, as quais devem ser eivadas por concepções de justiça material. Cf., quanto ao ponto, veja-se o que ficou inscrito *supra*.

mutandi, que se abraça o formalismo. Não só a ilicitude despida da conotação comunicada pela interpretação personalista dela perde qualquer significado, como mesmo anteriormente se há-de estabelecer a ligação a um comportamento. A morte em si não é ilícita, só o sendo a morte infligida a uma pessoa por outra.

Dirão muitos que a culpa cumpre este papel¹⁴⁵⁶. Não o cremos, porém. Na verdade, é possível que uma pessoa actue dolosamente em relação a outra sem que por isso a lesão do direito subjectivo venha a resultar do desrespeito pela esfera jurídica alheia¹⁴⁵⁷. Não só o finalismo não deixa de ser aporético, ou pelo menos de certeza duvidosa, como contraria dados sistemáticos.

O que se pretende não é dizer que o comportamento só é ilícito quando culposo, mas, outrossim, que a ilicitude só se desvela quando estribada numa conduta. É esse *plus* judicativo que vem oferecido pela causalidade, enquanto pressuposto da obrigação ressarcitória.

Há algumas *nuances* de todo em todo significativas, a garantir o distanciamento relativamente ao *status quo* tradicional acerca da matéria.

Em primeiro lugar, importa frisar que o que aqui vai implícita é a própria ilicitude, donde se conclui que o nexa a tecer se há-de polarizar entre dois extremos: a conduta do agente e o dano, entendido como dano primário, ou dano evento, isto é, a violação do direito absoluto alheio. No fundo, o que se tematiza é a *haftungsbegründung Kausalität*, percepcionando-se com maior acuidade a importância da distinção inicialmente operada, na esteira do ordenamento jurídico alemão e outros,

¹⁴⁵⁶ Cf. DEUTSCH, *Allgemeines Haftungsrecht...* cit., p. 95 e ss., p. 76. O autor distingue, na linha de TRAEGER, a negligência da adequação. Ainda que ambos ponham em movimento a questão da previsibilidade, os pontos de referência são distintos (ilicitude/dano), tal como são diversos os critérios de ajuizamento (membro do público/homem mais perspicaz) e o grau (maior ou menor probabilidade). Aduz, neste contexto, que, estando no campo da responsabilidade por culpa, a adequação torna-se desnecessária.

¹⁴⁵⁷ Cf. HANS STOLL, *Haftungsfolgen im bürgerlichen Recht...* cit., p. 393. Afirma o autor que sem a violação de um direito ou bem jurídico não é possível falar de responsabilidade civil. Ora, para tanto é necessário imputar a lesão à pessoa que se pretende responsabilizar, pelo que questiona se não será mais congruente defender a captação do núcleo essencial daquela segundo um enfoque que privilegie a aferição da conduta (*verhaltensorientierte Hafungstatbestände*).

Adiantando ser esse o caso dos sistemas delituais baseados em cláusulas gerais, como o francês, o italiano ou o suíço, salienta que o direito alemão parece seguir aquilo que designa por *erfolgsorientierten Haftungstatbestand* (perspectiva orientada pelo resultado), sem que isso nos leve a esquecer os critérios imputacionais vazados em preceitos como o § 823 II, 826, 839 BGB.

Fundamental é, portanto, aceder à finalidade da norma que preside à previsão da hipótese de responsabilidade: só essa intelecção nos permite saber em que medida o dano se baseou ou não no evento pelo qual pode ser assacada a responsabilidade. Dito de outro modo, e continuando a acompanhar o pensamento do autor, não é suficiente que o lesante tenha desencadeado o evento danoso de um modo lógico ou segundo as leis da natureza, porquanto se imponha a consideração do fundamento da responsabilidade (p. 397). Requisito imprescindível é que o evento danoso possa ser objectivamente imputado à conduta dos lesantes, sendo certo que essa *imputatio* não depende só da causalidade, mas de critérios normativos (p. 398).

posto que o peso específico que o resultado assume no contexto em que nos inserimos e a estrutura com que ele avulta têm que ser considerados, colmatando-se os hiatos funcionais que sejam abertos. Só posteriormente se pode questionar, a partir desse ponto, a possível computação dos danos subsequentes no montante indemnizatório que tenha aquele primeiro dano como pressuposto inolvidável, não só por uma questão de rigor, como sobretudo pelo facto de se ter de dar resposta a um problema prejudicial, qual seja o de saber se a modalidade de ilicitude preenchida se repercute na solução a dar em termos sancionatórios. Em suma, podemos afirmar que, tal como foi constatado a propósito da segunda modalidade de ilicitude, embora com alicerces diversos, também aqui se exige um nexo de ilicitude.

E ao falarmos de nexo de ilicitude estamos já em condições de afinar a segunda das diferenças relativamente ao pensamento tradicional.

O resultado situa-se a jusante da conduta do agente. Localiza-se fora e para além dele. Mas só será ilícito se e quando estiver incindivelmente ligado àquela, formando uma unidade sincrética sobre a qual o ordenamento derrama a dita mácula de antijuridicidade. Donde resulta que o nexo a estabelecer está longe de se quedar numa conexão factual. Mais do que unir duas realidades díspares, o nexo de ilicitude a que nos referimos transporta o resultado para o centro nevrálgico da actuação do agente e permite predicá-lo como seu. Não do ponto de vista da *adstrição*, que ainda se estriba na exterioridade denunciada, mas segundo a óptica do imbricamento imputacional, ao qual somos conduzidos pela intencionalidade axiológica que informa o jurídico. Ou seja, e dito de uma forma mais explícita, a simbiose que se busca não redundna na afirmação da pertença do resultado à história de vida do sujeito, mas antes resulta do postular de um princípio normativo que, quedando-se na pessoalidade livre e responsável, nos leva a considerar uma dimensão positiva da responsabilidade, consubstanciada num acervo de deveres que unem o *eu* ao *tu*¹⁴⁵⁸.

¹⁴⁵⁸ Sobre o ponto, cf. CHRISTIAN VON BAR, *The Common European Law...* cit., p. 439. O autor começa por salientar que a causalidade está longe de se poder resolver em termos factuais, envolvendo, pelo contrário, considerações de índole normativa. Esclarece, então, que devemos partir de um “legally defined source of danger or wrongful conduct recognized as such a source”. Segundo o autor, tal seria necessário sempre que se exigisse que a conduta culposa fosse causal relativamente ao dano, como na Bélgica, França ou Luxemburgo (cf. nota 155).

Mas acrescenta que uma diversa perspectiva é adoptada nos sistemas legais que qualificam a conduta com base no resultado, porquanto a ilicitude dela só se desvela com a verificação do resultado. Nestes ordenamentos jurídicos, “the finding of unlawfulness is rather the result of the finding of causation” e adianta (cf. nota 156) que “things are made more complicated by repeated assertions that the act or omission caused an infringement of a right or legal interest. Conduct either constitutes such infringement or it does not: it cannot cause one”. Afloram-se, assim, alguns dos problemas a que a perspectiva

A existência de tais deveres, associada à ponderação metodologicamente comprometida da irradiação da intencionalidade predicativa da juridicidade – do fundamento último da responsabilidade – na projecção dogmática que conhece, ao gerarem a referida simbiose, viabiliza uma problematização da causalidade em termos diversos dos sedimentados ao longo dos tempos na doutrina.

A relação de exterioridade que àquela sempre foi associada dá lugar a uma relação de imanência predicativa. Não se parte do resultado para o reconduzir ao comportamento do lesante, até porque a ilicitude dele só é concebível na presença de um requisito mínimo sublinhado pelos autores – a voluntariedade do comportamento do agente –, mas olha-se para este para, valorando-o à luz das exigências comunicadas por aquela intencionalidade, se ajuizar em concreto se ele se integra ou não na esfera de efeitos cuja produção o eventual lesante deveria omitir ou evitar. Nesse sentido, pertencendo-lhe^{1459 1460 1461}.

tradicional da responsabilidade civil conduzia, sem que os autores neles ponderassem crítico-reflexivamente, e que da nossa parte tentamos questionar.

Note-se, ademais, que o autor reconhece, na conexão entre a causalidade e a ilicitude, e bem assim os demais pressupostos da imputação delitual, que aquela é um valor relativo e não absoluto.

¹⁴⁵⁹ Cf., quanto ao ponto, CHRISTOPH ROTHENFUBER, *Kausalität und Nachteil*, ... cit., p. 2. Afirma o autor que a responsabilidade se baseia não no acontecimento que originou o processo causal, mas no resultado que temporalmente lhe sucedeu e que pode agravar ou diminuir o efeito que o primeiro teve sobre a coisa. O autor sublinha, expressivamente, a polarização da ilicitude no resultado. E o que na aparência poderia representar um dissenso relativamente ao modo como concebemos o problema que suscita a nossa reflexão deve ser cautelosamente recebido. Pois que também nós sublinhámos a importância do resultado no quadro da primeira modalidade de ilicitude. É por ele – pela violação do direito subjectivo alheio – que o jurista decidente se deve orientar. E daí resultam todas as dificuldades que matizam este tipo de casos, já que a separação temporal e espacial entre o antes e o depois, entre a conduta e o seu resultado, determina que este possa implicar consequências agravadas.

Ora, é exactamente neste ponto que reside um dos motivos da falência de um pensamento estritamente causal. Pela dificuldade, se não mesmo impossibilidade, a menos que postulamos um horizonte discursivo puramente determinista, de reconstituição do processo causal que desemboca naquele dano.

E se o desiderato não é a determinação da causa natural, mas da causa jurídica, tal vem secundar a nossa posição, já que a coerência com a ideia de justo e o seu fundamento último só pode conduzir-nos à avaliação da conduta do agente. Abrem-se, então, duas possibilidades. Ou, em contravenção com o raciocínio de onde partimos, postulamos acriticamente um mundo tendencialmente determinista e nos baseamos numa ideia estrita de probabilidade, esquecendo o pendor indutivo do pensamento que lhe subjaz; ou somos consequentes com a impositação da intencionalidade abraçada e abrimos as portas à consideração do dever do sujeito diante do outro, a partir do qual a indagação da causa ganha uma nova coloração imputacional.

ROTHENFUBER acaba por também reconhecer que a ligação entre o resultado e o acontecimento que o precedeu ficará dependente do domínio da acção em questão. E admite, ademais, as dificuldades de com base na adequação se estabelecer o critério da causalidade (cf. p. 3).

Saliente-se que o autor, depois de mergulhar na análise da ideia de causa necessária e causa regular, afirma inequivocamente a ligação entre o direito civil e a ideia de liberdade de vontade, a condicionar o modo como deve ser compreendida a causalidade no seio normativo. Retira daí o papel fulcral da culpa no seio da responsabilidade civil (cf. p. 36 e ss.), embora saliente que não pode ser obnubilada a ideia de risco pelas consequências da acção. É na perspectiva da relevância da ligação do lesante ao prolongamento do risco por si criado que ROTHENFUBER indaga a compatibilidade entre um eventual critério nele assente e a responsabilidade pessoal. Joga-se aqui a confluência de dois vectores: a escolha entre os comportamentos possíveis e as reacções em face do que o ambiente envolvente possa acarretar

Aqui chegados – sem que efectivamente se tenham ousado, ainda, passos em frente na escarpelização do nosso domínio temático – podemos sedimentar algumas ideias.

Elas permitirão, a um tempo, estabelecer o cotejo – importante enquanto expediente de inteligibilidade da nossa proposta subsequente – com os quadros tradicionais de compreensão da causalidade e anunciar o nosso percurso posterior.

A lesão de um direito absoluto indicia a ilicitude, independentemente da culpabilidade do comportamento, desde que seja vista como o resultado de um comportamento humano. A ligação entre ela e a conduta do agente impõe-se, portanto, como primeiro segmento causal, identificado com a *haftungsbegründung Kausalität*, e consubstanciado num verdadeiro nexo de ilicitude.

(p. 39) e nesta intersecção avulta o princípio causal derramando os seus efeitos até onde se pressentir a realização da vontade humana [Para uma análise das consequências deste entendimento, cf. p. 38]. Assim se estabelece a compatibilidade entre a realização da vontade humana e o princípio causal. ´

Em suma, partindo da análise da ideia de condição e causa, o autor começa por avaliar uma abordagem naturalista delas, envolvendo-se para o efeito num diálogo acerca da prestabilidade ou imprestabilidade do critério de condição necessária e de regularidade causal para concluir que nunca a decisão de problemas que envolvam a indagação causal ao nível jurídico poderá ter um enfoque determinista. Não só a própria natureza não é regida por leis desse jaez, como se constata pelas descobertas da física quântica, como a compatibilização entre a demanda causal e as exigências comunicadas pelo postulado da liberdade humana impediriam tal entendimento.

E acrescenta que, nos delitos de resultado, tendo de se encontrar um meio para o reconduzir ao comportamento precedente, e ciente da incerteza do controlo das consequências, a única forma de compatibilizar as duas demandas será olhar para a liberdade humana não exclusivamente no sentido da escolha entre comportamentos possíveis, mas tendo também em conta a projecção delas no contexto telúrico envolvente.

Diríamos, portanto, que o ponto de vista não pode ser senão imputacional (cf. p. 44) e acrescentaríamos, pensamos que não errando, que essa ponderação das reacções ambientais envolventes não pode deixar de significar a presença de uma dimensão de cuidado e risco que informará necessariamente a resolução do problema abraçado.

¹⁴⁶⁰ Veja-se, a este propósito, embora por referência a outro sistema delitual, as considerações expendidas por LEON GREEN, “The causal relation issue in negligence law...”, ... cit., p. 595 e ss., para evidenciar como o apelo que faremos ao risco anda longe das *social policy considerations* que a sua *duty risk theory* envolve. Duas são, de facto, as notas de dessintonia entre o nosso pensamento e o do autor anglo-saxónico. Por um lado, a determinação do dever, que insistimos em não apartar da desvelação da ilicitude ainda que comunicada pelo resultado, apresenta pontos de ancoragem diversos. Se, de acordo com o que expendemos em texto, encontramos as raízes dele no diálogo personalista que marca o encontro do *eu* com o *tu*, GREEN remete-as para aquelas considerações de oportunidade que rejeitamos se não obedientes à intencionalidade especificamente jurídica. Por outro lado, enquanto que, em consonância com isso, nos detemos na consideração de um segmento da conduta do agente que por esta via procuramos qualificar como ilícita, o jurista com quem agora dialogamos olha-a de forma globalizante.

¹⁴⁶¹ Cf. RIBEIRO DE FARIA, *Direito das Obrigações*, vol. I, cit., p. 427. Questionando se se pode ou não prescindir de um conceito de ilicitude, o autor aponta-lhe a principal função. Aduz, então, que é “por via da ilicitude que se pode sobretudo (e não só) determinar o responsável no acto omissivo ou naqueles casos (ilícitos) em que o resultado acaba por ter como causa próxima um acto de alguém sem culpa, um evento natural ou até um acto do próprio lesado”.

Ora, traduzindo-se a ilicitude num resultado (lesão do direito subjectivo alheio, com protecção *erga omnes*), cremos que a importante função a que o insigne civilista faz referência não pode ser senão cumprida por um nexo de imputação, entendido como nexo de ilicitude.

O nexu de ilicitude tem aqui um duplo significado. Ganha tal designação por cumprir a função de preenchimento daquele requisito imputacional, mas simultaneamente por surgir matizado pela materialidade personalista sem a qual perde sentido.

Do prisma tradicional, a causalidade impor-se-ia por razões similares, mas não perfeitamente idênticas. Nem a polarização no dano evento era conscientemente assumida, nem a concepção societária de antagonismo individualista entre esferas de acção permitia que se construísse um critério causal a partir do dever¹⁴⁶².

Assente que estejam os dados do problema, circunscrito o nódulo inquietante das nossas lucubrações à primeira modalidade de ilicitude, delineado o sentido último da pressuposição transsistemática que nos orientará, derramando-se nos dados dogmáticos que buscamos, estamos em condições de perscrutar o correcto modo de solução das aporias a que somos conduzidos na matéria. Para o que entraremos em diálogo com posições firmadas por autores, quer no quadro das grandes doutrinas *ab initio* apresentadas, quer de modo especificado.

32. Resultado preliminar

As reflexões pretéritas permitem a recolha de dados imprescindíveis para a dilucidação do nosso nicho problemático. Desde logo, a construção delitual assente no resultado determinará a consideração de um primeiro segmento de indagação causal, que elegemos como mote da nossa investigação.

Acresce que, por um lado, avulta a ideia da pessoa que, com a sua liberdade, entendida em termos positivos, alicerça a responsabilidade e lhe fornece uma coloração própria. A teleonomologia do instituto impõe um recorte imputacional que não se satisfaz com um critério meramente causal assente no mundo físico, ainda que normativizado; e, por outro lado, a comutatividade que se anuncia por via da análise teleológica da responsabilidade civil reivindica, não só a conexão com o dado real, como a restrição da operacionalidade do ressarcimento segundo o limite do dano verificado. Sem que a recusa da alienação do direito deixe de marcar terreno também

¹⁴⁶² Veja-se, embora no quadro do direito penal, MIRIAM CONZUTTI, “Il critério scientifico e il nesso di causalità. Cass. pen. Sez. V, 26 marzo 2009, n. 13388”, *Persona e danno*, www.personaedanno.it/cms/data/articoli/014013.aspx, explicando que nos delitos de resultado encontramos dois tipos de imputação: a subjectiva e a objectiva, implicando esta uma relação de causalidade entre a conduta e o evento, que decorre, a nível constitucional, do princípio da materialidade e do princípio da responsabilidade pessoal.

junto da primeira ideia autonomizada, pois que, verdadeiramente, o ideal de justiça que se almeja – pela responsabilização do agente no sentido mais puro da expressão – só se cumprirá em concreto se, a par da eliminação dos excessos de responsabilidade¹⁴⁶³, se garantir a identificação do autor e se se orientar a decisão judicativa de acordo com critérios transparentes no que tange à autoria do acto.

Dois vectores trespassam o desenho da responsabilidade civil – sentido imputacional imposto pela ideia última de responsabilidade; comutação ou equilíbrio de patrimónios –, entre os quais se estabelecerá uma concreta dialéctica. Cada um dos pólos que a entretecem ganhará um peso específico, consoante o momento dialógico em que o jurista decidente se insira, mas nenhum deles poderá estar ausente dos critérios que se erijam como guia do decidente.

Na segunda parte da nossa dissertação, veremos como é que estes dados se jogam no plano dogmático-normativo. Percorreremos alguns dos arrimos predispostos pela doutrina, nacional e estrangeira, para dar resposta ao problema da configuração do requisito causal para, em relação a cada um, verificarmos se a dialéctica anunciada se cumpre ou não.

Tempo agora para sublinhar uma nota de relevo. Na verdade, ao colocarmos em diálogo os aspectos referidos, estamos, no fundo, a fazer apelo quer a uma ideia de validade, quer a uma ideia de eficácia, tanto mais que qualquer um dos pólos da dialéctica anunciada confluem numa área comum: a necessidade de transposição do plano do dever ser para o ser.

No fundo, participa-se *in concreto* na experiência de desvelação do modo de ser do direito. Não é, de facto, uma mera lucubração teórica a referência à vigência enquanto categoria nuclear para aceder à compreensão do “fenómeno que o direito é”¹⁴⁶⁴, mas a forma de – na resolução de um problema de *quid iuris* – termos presente

¹⁴⁶³ Cf. CASTANHEIRA NEVES, “Pessoa, Direito e Responsabilidade”, ...cit., p. 10. Afirma o autor, ao traçar o diagnóstico da ideia hodierna de responsabilidade, que “perante uma hipertrofia de responsabilidade (cós mica, política, social, jurídica, etc), os homens não se sentem responsáveis, e sofrem sempre como um golpe aleatório o verem-se responsabilizados em vez de poderem invocar a dissolução da sua responsabilidade pela transferência para a irresponsabilização de uma sociedade total”.

¹⁴⁶⁴ PINTO BRONZE, *Lições...* cit., p. 582. Afirma o autor que, “para além da sua importância teórica – enquanto síntese do modo-de-ser do direito –, a categoria vigência tem ainda um decisivo significado prático – que se nos manifestará tanto no âmbito do problema das fontes do direito como naqueloutro da metodonomologia”.

Claro que PINTO BRONZE tece as suas considerações num plano do *quid ius*, diverso daquele que constitui o cerne do tema em que mergulhamos, pela dimensão dogmática que ele comporta. Mas a verdade é que, se adequadamente compreendida a relação entre a metodologia e as concretas questões de *quid iuris*, a asserção transcrita serve para secundar a nossa ideia.

que o direito é um dever-ser que é¹⁴⁶⁵. Ou dito de outro modo, a vigência “é aquele fenómeno ou modo-de-ser do normativo que se verifica quando uma validade e um regulativo normativo são assumidos vinculativamente e informam praticamente, como sua dimensão culturalmente real, a vida histórica de uma determinada comunidade social”¹⁴⁶⁶, pelo que a rememoração do papel central por ela desempenhado a este nível permite obviar a idealização do discurso. Pois que ela apresenta “dialecticamente, uma face ideal – a validade – e uma outra empírica ou factual – a eficácia”¹⁴⁶⁷.

É claro que, quando os autores cujos ensinamentos aqui trouxemos se referem ao problema da vigência como modo-de-ser do direito, o fazem numa perspectiva cimeira de re-compreensão do jurídico, na dúplice superação do jusnaturalismo e do positivismo. Ou seja, o direito positivo, tal como o vemos constituído através das diversas fontes, não se pode quedar numa mera eficácia, nem tão-pouco numa pura validade.

Mas, se assim é, isso só pode significar que cada um dos concretos institutos em que se refracte aquela juridicidade – se quiser ser verdadeiramente expressão dela – há-de comungar das notas predicativas da sua essência. Tudo isto a querer dizer que, afinal, a responsabilidade civil se dualiza e só se torna inteligível nessa bipolaridade. Onde, cada um dos requisitos que, preenchendo o conteúdo de um dos diversos quadros delituais de imputação de danos, mais não é do que, no funcionamento dogmático, pressuposto de surgimento de uma pretensão indemnizatória procedente deve estar também eivado – e vir pensado – como expressão daquela dualidade. À dimensão axiológica com que acedemos à compreensão – eticamente conformada – da causalidade – há-de associar-se uma nota que garanta a plena eficácia dela. Dito de outro modo, ao plano de validade há-de acrescer o plano da conformidade com o real.

Plano de conformidade esse que viabilize, a um tempo, o cumprimento da função para que foi edificada e, dialéctica e sincreticamente, faculte um nível de

¹⁴⁶⁵ Cf., sobre o ponto, para a sua explicitação, PINTO BRONZE, *Lições...* cit., p. 584.

¹⁴⁶⁶ Cf. CASTANHEIRA NEVES, “As fontes do direito e o problema da positividade jurídica”, *Boletim da Faculdade de Direito*, LI, Coimbra, 1975, p. 116.

¹⁴⁶⁷ PINTO BRONZE, *Lições...* cit., p. 585. O autor acrescenta, impressivamente, que “o direito vigente não existe, portanto, *in nubibus*, como pura idealidade (foi esse, como se sabe e por exemplo, o erro do jusnaturalismo moderno, que considerou o direito um meramente ideal sistema axiomático e fechado, reduzindo-o a uma simples possibilidade pensada pelo seu demiurgo de circunstância) – pois a esta falta a radicação na história e o compromisso prático. Ou seja: a vigência acrescenta à validade (ao sentido normativo) o momento de realidade da existência histórica, que tende a estabilizar-se na institucionalização”.

A recusa, por outro lado, da recondução do direito à mera eficácia permite compreender que a preterição dos valores informadores da juridicidade não os anulam, situando-nos, portanto, no domínio das expectativas normativas contrafacticas. Cf. PINTO BRONZE, *Lições...* cit., p. 585-587.

aquiescência societária que não torne aquela responsabilização, por ela permitida, letra morta.

Tocamos, aqui, um dos pontos centrais do problema da eficácia tal como ela deve ser compreendida no plano jurídico.

Por um lado, arreda-se, pela sua dialéctica comunicação com a validade, uma concepção de eficácia espúria ao mundo juridicamente cunhado.

Por outro lado, discerne-se um duplo sentido com que ela, depurada de significações utilitaristas, pode e deve ser assumida.

Um sentido que nos leve a considerar a necessidade de o instituto receber um mínimo de aquiescência junto do todo comunitário a que se dirige, experimentando-se dificuldades na fixação daquilo que PINTO BRONZE designa por *ponto de Arquimedes*¹⁴⁶⁸.

É claro que o sentido reactivo da responsabilidade civil – a pressupor ela própria a preterição de um valor, direito ou dever primeiramente edificado ou assumido – pode concitar dúvidas acerca da bondade do que estamos a dizer. Contudo, pensamos que sem razão, posto que, se quisermos amputar o instituto de um mero espírito de cálculo de danos para o matizarmos com o sentido da imputação densificador da personalidade a que já aludimos, ele só cumprirá o seu papel de pólo de desvelação do fundamento axiológico do sistema se arredarmos todo e qualquer excesso de responsabilidade, até porque ela contenderá, directamente, com a ideia de justiça que se almeja^{1469 1470}.

¹⁴⁶⁸ Cf. PINTO BRONZE, *Lições*, ... cit., p. 588, nota 17.

¹⁴⁶⁹ VON BAR fala, embora a outro ensejo, do princípio da proibição da responsabilidade excessiva, nos termos do qual “not everything considered as harm or loss by the individual, not even everything na impartial by-stander would qualify as harm or loss, merits compensation, even of prohibition of excessive liability” – cf. VON BAR, *The Common European ...* cit., p. 6.

Cf. PINTO BRONZE, *Lições*... cit., p. 592. Lê-se aí que “a fragilidade do direito (...) radica na complexa matriz (enervada pelas exigências que intersubjectivamente se intencionam, densificadas pelas experiências que comunitariamente se fazem – que, respectivamente, remetem para as (...) reciprocamente potenciadas validade e eficácia) da auto-pressuposição axiológica, suporte da espiritualidade da pessoa, em que afinal se inucleia a juridicidade”.

¹⁴⁷⁰ Veja-se, a este propósito, HEINRICH LANGE, “Herrschaft und Verfall der Lehre vom adäquaten Kausalzusammenhang”... cit., p. 117-118. LANGE, debruçando-se sobre o problema da causalidade adequada, começa por analisar a falta de uniformidade de formulações que lhe dizem respeito para, depois, centrando-se na economia sistemática do BGB, vincar a importância da causalidade, na medida em que será através dela que se conseguirá estabelecer um nexo entre a responsabilidade propriamente dita e a obrigação de indemnizar, enquanto sanção civilisticamente determinada para fazer face ao ilícito extracontratual. O dano ocupa, assim, um lugar central no modelo e a ele cabe a última palavra acerca da extensão da obrigação. O que vem a torná-la aleatória, em certa medida, porquanto aquele possa ser reduzido ou muito avultado, pelo que a pergunta há-de ser não só se existe um fundamento para a indemnização, mas também se é ou não razoável indemnizar aquele dano. Donde se torna clara a preocupação com o justo comunicada pelo autor, sublinhando-se a ideia por nós vincada em texto. Chama LANGE a atenção do leitor para o facto de, no cotejo com expedientes de limitação da indemnização (v.g. o concurso de culpas ou a compensação de vantagens), se dever considerar que a doutrina da causalidade

Um outro sentido, a apontar para a necessidade de salvaguardar o funcionamento do esquema imputacional de qualquer tipo ficcionismo ou autismo. Ou dito de outro modo, a imperiosa urgência de garantir a ligação daquela validade ao nível do fáctico, o que se consegue, não só partindo – na realização judicativo-decisória do direito – da compreensão do caso como o *prius* metodológico – relevando adequadamente todos os aspectos específicos que o compõem –, como não ignorando, sobretudo quando lidamos com um dos pressupostos da indemnização forjado pela necessidade de transpor a validade para o mundo, as principais características que o enformam na conformação desse mesmo pressuposto¹⁴⁷¹.

Depõe, aliás, neste sentido não só a pertinente eficácia a que se alude como, concomitantemente, a dimensão teleológica primária do instituto que desenhamos¹⁴⁷². Sem que as duas se sobreponham. Pois que a comutatividade anunciada jogará um papel fundamentalíssimo, é certo, também a jusante, no momento da determinação do *quantum indemnizatório*.

adequada não pertence a esse hemisfério, antes operando, diante da *conditio sine qua non*, no sentido do isolamento dos danos relevantes.

¹⁴⁷¹ A dialéctica referida é de tal forma marcante que a contemplação comprometida do dado societário poderia, ainda, ser remetida para a própria dimensão de validade. Na verdade, o homem-pessoa, que, com a sua liberdade, conforma a responsabilidade civil e, nessa dimensão axiológica pressuposta, funda toda a juridicidade, diferente do homem-indivíduo, encerrado sobre si mesmo, está no mundo, no encontro com o outro e só nele e com ele se realiza plenamente, pelo que não pode ser pensado no isolamento do seu castelo, impondo, *a contrario*, a consideração do dado social.

¹⁴⁷² Reforçando a ideia já expendida anteriormente, cf. PAULO MOTA PINTO, *Interesse contratual negativo...* cit., p. 537-538, nota 1557, considerando que o recorte que é dado à causalidade não é imune à função que se atribui à responsabilidade civil. Mais amplamente, o autor aduz que “praticamente nenhum dos clássicos pressupostos da responsabilidade civil é imune à função que se atribui à responsabilidade civil – a mostrar que se trata em grande medida de conceitos determinados pela função. Pense-se nas variações consoante se admita ou não, com relevância autónoma, finalidades preventivas, sancionatórias, ou de repartição social dos danos, por ex: no entendimento da ilicitude (não só na circunscrição do seu âmbito, mas tb., por ex, para a susceptibilidade de invocação de um comportamento lícito alternativo); na exigência ou não de culpa; no nexo de causalidade (pense-se na relevância de causas hipotéticas, também nesta sede, na determinação da formulação mais conveniente da adequação causal, ou na proposta de atribuição de relevância autónoma ao fim da norma); e no dano (como é patente, por ex., na teoria do dano normativo, ou do dano mínimo, por um lado, e na aplicação mais extrema de um método da diferença alheio a valorações, por outro)”.

2ª Parte

Cap. VI a XI

A projecção da *ratio iuris* desvelada na conformação do pressuposto causal e a não alienação da realidade: o jogo dialéctico entre o sentido imputacional da responsabilidade e a comutatividade do ressarcimento.

Capítulo VI

A experimentação de critérios de configuração da “causalidade” que apelam ao sentido imputacional que deve ser reconhecido ao requisito

33. O papel da culpa no problema da ligação do resultado à conduta do agente. A ideia de previsibilidade.

O que ficou dito implica que se tenha de questionar o papel da culpa no contexto da responsabilidade extracontratual. Não pretendemos com isto repriminar as considerações expendidas, embora de modo não exaustivo, a propósito da sua conformação dogmática ou, sequer, aduzir argumentos que sustentem a colocação da responsabilidade subjectiva no topo da hierarquia “tipológica” de situações ressarcitórias.

Questionar, neste patamar, a culpa no quadro do modelo ressarcitório, longe desse propósito compreensivo, cumpre um desiderato modesto, qual seja o de dar resposta a algumas questões que garantam serenamente a continuação do percurso dialógico iniciado.

Assim, importa voltar a sublinhar que não acolhemos a doutrina finalista que aponta no sentido da adesão à ilicitude da conduta¹⁴⁷³ e reiteramos constantemente, sem que nisso haja contradição insanável, a necessidade de matizar o resultado ilícito com uma nota de desvalor que permita o contágio da categoria com a pressuposição da nota de positividade da responsabilidade.

Ademais, resulta necessário explicitar, igualmente, o motivo pelo qual – aceites os referentes de que partimos – não podemos quedar-nos, na solução do problema imputacional, com uma mera subjectividade, reclamando-se, pelo contrário, um juízo objectivo que o complemente. Ponto charneira do nosso diálogo, viabilizará a análise da doutrina de GOMES DA SILVA¹⁴⁷⁴, projectar-nos-á para a tematização da teoria da adequação e abrirá as portas à reafirmação da impostação metodológica – de cariz material – potenciadora da refração da personalidade responsável na modelação daquilo que tradicionalmente era designado por causalidade, afastando-nos, a um tempo, de todos quanto advoguem a suficiência da eticidade comunicada pela culpa para garantir aquela intencionalidade.

Pressuposto mínimo de inteligibilidade do que vai ser dito é a noção exacta do segmento em que nos inserimos. Circunscrevemos o nosso discurso, neste ponto, à causalidade fundamentadora da responsabilidade. E com isso podemos pensar que afastamos, desde logo, uma eventual e pretensa crítica apontada à penetração da doutrina da culpa em sede causal¹⁴⁷⁵. Na verdade, quando os autores vêm afirmar que não é possível oferecer à causalidade a significação de previsibilidade por, de todo em todo, serem imprevisíveis os efeitos da conduta do agente, estão a referir-se ao dano subsequente, àquele em relação ao qual a culpa não vai referida^{1476 1477}. Mas

¹⁴⁷³ Vimos, porém, anteriormente que os dois termos não são fungíveis.

¹⁴⁷⁴ Cf. GOMES DA SILVA, *O dever de prestar e o dever de indemnizar*, ... cit., p. 231 e ss. A autonomização da doutrina do autor pode justificar-se porque GOMES DA SILVA não fala atomisticamente da previsibilidade, antes parecendo integrá-la no âmbito mais vasto do escopo da norma, pelo que, ainda hoje, o pensamento do autor surge como uma referência para todos os que, afastando a procedência da resolução do problema com apelo à simples ideia de adequação, tentam encontrar na finalidade protectora do instituto o pilar do juízo de imputação que levam a cabo.

¹⁴⁷⁵ Como veremos, porém, o afastamento da crítica não aplacará as nossas dificuldades. Na verdade, resultará do exposto que o problema imputacional com que lidamos, mesmo restringindo-se à dita causalidade fundamentadora da responsabilidade, não pode deixar de ter em conta danos subsequentes, desde que traduzidos em danos eventos ou danos violação. Se os danos consequenciais apelam a uma outra argumentação, porquanto se polarizam na questão da determinação do *quantum* indemnizatório, o certo é que há determinados resultados que suscitam uma reflexão acerca da possibilidade de virem a ser reconduzidos ao comportamento do lesante. Ora, também quanto a eles é duvidoso que a chamada à colação da culpa permita encontrar uma resposta satisfatória para a indagação inicial.

¹⁴⁷⁶ Sobre o ponto, cf. A.M. HONORÉ, “Causation and remoteness of damages”, ...cit., p. 55 e ss. Considera o autor que a teoria da previsibilidade conhece diversas formulações e que uma delas aponta para a recondução da previsão ao dano inicial.

compreende-se que assim seja, posto que, na referência necessária ao dano primário, nada acrescenta ela ao que já nos comunica para efeitos de imputação subjectiva^{1478 1479}.¹⁴⁸⁰ Ora, anteriormente chegámos à conclusão da imprescindibilidade de um *plus* imputacional.

Se ele se pode explicar em termos penalistas pela necessidade de dogmaticamente se apartarem as situações de preenchimento do tipo legal de crime de resultado daquelas em que a forma de aparecimento do crime não ultrapassa o estádio da tentativa, colhe aqui justificação por diversas ordens de razões. Por um lado, é a comutatividade anteriormente anunciada que marca o seu trilho. Por outro, a impossibilidade de, sem que isso implique a não relevância das especificidades do caso concreto, se reconstituir a sequência causal tal como ela terá operado na realidade, ao que se alia um sentido imputacional preciso já explorado preteritamente impedem,

Mais apresenta outras *nuances* dentro do magma uniforme que se pode cunhar de teoria da previsibilidade. Na verdade, fala-nos o autor de uma variante positiva da doutrina, segundo a qual o lesante seria responsável por todos os danos de um tipo previsível, desde que a sua conduta tivesse surgido como uma condição de emergência dele.

Note-se, a este ensejo, que se questiona se a previsibilidade de que se fala deve projectar-se em relação ao tipo de dano ou também em relação à extensão dos danos – sobre o ponto, cf. HONORÉ, *op. cit.*, p. 56.

A este propósito, veja-se, também, ALESSANDRA PINORI, “Prevedibilità del danno”, *Rivista di diritto civile* II, 1994, p. 139-149.

¹⁴⁷⁷ Cf., a este ensejo, FRITZ LINDENMAIER, “Adäquate Ursache und nächste Ursache...”, ... *cit.*, p. 215 e ss. Entre outros argumentos, LINDENMAIER sustenta a afirmação de que a culpa deve manter-se severamente separada da causalidade, porque “há um largo campo de responsabilidade pelo resultado independente de culpa”, e porque “a previsibilidade que se exige ao nível da culpa tem de existir em relação ao efeito danoso imediato, mas já não em relação aos danos subsequentes”.

¹⁴⁷⁸ Veja-se a este propósito VAZ SERRA, “Obrigação de indemnização...”, ... *cit.*, p. 31, considerando que, “quando a responsabilidade depender de culpa, é necessário, para haver culpa, que o agente tenha previsto ou devesse prever o primeiro resultado contrário ao direito, derivado do seu acto, sem o que não pode haver culpa: assim, se A se apodera da coisa de B, há-de, para haver culpa, saber ou dever saber que viola o direito de propriedade de B; mas daqui não se segue que só deva reparar os danos previsíveis daí resultantes”.

Cf., ainda, PEREIRA COELHO, “O nexó de causalidade...”, ... *cit.*, p. 144 e ss.

¹⁴⁷⁹ E, não obstante, voltamos a frisar que além do dano primário outros danos-violação podem ocorrer sem que, quanto a eles, houvesse uma perfeita simbiose judicativa. O ponto, porque importante e complexo, merecerá posteriormente um outro tipo de considerações. Na verdade, pode ocorrer, na sequência de uma lesão de um direito absoluto, uma segunda lesão, de outro direito subjectivo, relativamente à qual se terá de lidar com o problema da imputação. Ora, no que a esta concerne, será que a previsibilidade própria da culpa se lhe há-de referir?

¹⁴⁸⁰ Sobre o ponto, cf., ainda, HERMANN LANGE/GOTTFRIED SCHIEMANN, *Handbuch des Schuldrechts...* *cit.*, p. 94 e ss., afirmando que, segundo o ponto de vista mais divulgado, o critério da adequação não tem importância no quadro da causalidade fundamentadora da responsabilidade, porque a obrigação de indemnizar é limitada por meio da culpa [do mesmo modo, também ao nível do § 823 II, basta, pela violação de uma obrigação de segurança no tráfego, que o perigo seja previsível, já que a ilicitude se refere à violação da lei de protecção e não ao dano. No que tange à omissão, é sempre necessário analisar se o dano resulta ou não de uma falha no cumprimento de um exigível dever].

No fundo, tal significaria que alguns autores iriam mesmo mais longe, advogando a desnecessidade de tratamento da causalidade fundamentadora da responsabilidade no tocante às hipóteses de responsabilidade por culpa.

Entre nós, cf. SINDE MONTEIRO, *Responsabilidade por conselhos...* *cit.*, p. 270.

quando associados dialecticamente, a recondução do problema para um puro plano factual ou contrafactual de afirmação da causa. Na verdade, nunca é demais sublinhá-lo, não é a mera causalidade que aqui está em questão, mas a densificação material da ilicitude através do nexu requerido¹⁴⁸¹.

Para tal não serve a culpa quando simbioticamente incorporada naquele requisito^{1482 1483 1484}.

¹⁴⁸¹ Nesse sentido, embora de forma não concordante com aquela que será a nossa proposta, MENEZES CORDEIRO, *Direito das Obrigações...* cit., II, p. 338.

¹⁴⁸² Sobre a questão, a este ensejo pertinente, da ilicitude da conduta em oposição à ilicitude do resultado, cf. o que se disse *supra*.

¹⁴⁸³ Para uma distinção entre culpa e causalidade, cf. PEREIRA COELHO, “O nexu de causalidade...”, ... cit., p. 173. Diz-nos o autor que “o problema da culpa, ou mais em geral, o problema do nexu de imputação, é o problema de saber se existe entre um facto e uma pessoa um nexu do tipo exigido por lei. É o problema de saber se certo sujeito pode ser considerado autor de certo facto (aquele que violou ou ofendeu os direitos de outrem), para o efeito de a lei pôr a seu cargo a obrigação de reparar os prejuízos que causou”. Já quando se pergunta “Quais foram os prejuízos causados pelo facto?” estamos a indagar o “conteúdo específico do problema do nexu de causalidade”. Segundo o ensinamento do insigne civilista, isto não significa que se possa concluir que, ao nível da causalidade, se estabelece uma conexão material. Na verdade, “não está excluído que para determinarmos quais foram os prejuízos causados pelo facto (...) nós recorramos ao estado psíquico do autor do facto em relação aos prejuízos, fazendo depender a existência do nexu de causalidade em relação a certo prejuízo da circunstância de o autor do facto ser culpado desse prejuízo, de o ter previsto, ou de qualquer outro nexu de natureza psicológica ou subjectiva entre autor do facto e prejuízo”.

PEREIRA COELHO distingue claramente culpa e causalidade, considerando, ademais, que não existe qualquer precedência de um requisito em relação ao outro. Ao fazê-lo, esclarece que a consideração da culpa referida aos danos concretos não serve como correctivo para a doutrina da *conditio sine qua non*, exactamente porque aí estar-se-ia diante de duas posições que concorrem, de forma antagónica, pelo que ou se aceita uma ou se aceita outra (cf. p. 192). Sublinhe-se, igualmente, na esteira do que temos revelado sobre o pensamento do autor, que PEREIRA COELHO nega a viabilidade da resolução do problema da definição do nexu de causalidade com apelo à ideia de culpa referida aos danos concretos, considerando, também, que, a ser aceite a imputação, o nexu não se estabeleceria entre o facto e o prejuízo, mas entre este último e o autor.

Algumas notas tornam-se imprescindíveis. Tal como o insigne jurista, também cremos que o problema da causalidade (por nós vista como verdadeira imputação) não se confunde com o juízo de culpabilidade. Simplesmente, ao contrário do que é difundido pela sua lição, a propósito daquele há um primeiro segmento de indagação que nos impõe a descoberta do autor do facto lesivo. É que a complexidade telúrica implica que nem sempre a simples remissão da culpa para o dano evento seja suficiente para determinar se a violação do direito foi causada pelo lesante.

Veja-se, ainda, do autor *op. cit.*, p. 221 e ss., onde podemos encontrar a explicação relativa aos termos do nexu de causalidade. Realça PEREIRA COELHO que um desses termos é “o facto – e não o autor do facto”; “O outro serão aqueles desvios ou aquelas modificações da situação do lesado (...): danos, lucros frustrados e benefícios”.

Não cremos que se possa continuar a amputar o juízo dito causal da verdadeira intencionalidade predicativa da juridicidade. E como tal, de acordo com o que expendemos anteriormente, há que determinar se o lesante foi concretamente o “causador” do facto lesivo. O mesmo é dizer que, antes da ligação entre a violação do direito e o dano em que ela se projecta, há que unir o dano-lesão a um sujeito. Ora, porque a culpa não cumpre suficientemente tal desiderato, autonomizámos um primeiro segmento causal. Se dúvidas houvesse no que tange à nossa posição – idêntica à de uma miríade de autores –, sempre se poderia chamar à colação problemas como o da omissão. Sendo um nada, como podemos dizer que a descoberta do autor não importa? E no que concerne aos danos que resultam de um comportamento da própria vítima, ainda que induzido pelo pretensu lesante? Não será aí fundamental a descoberta da autoria do facto? E poder-se-á esta resumir à demarcação da culpa?

Sobre o ponto, cf. a lição de MENEZES CORDEIRO, *Direito das Obrigações...* cit., II, p. 336 e ss. Diz-nos o autor que, “quando se pergunta por determinado nexu causal, pretende-se normalmente indagar que

Nem a mesma é bastante se simplesmente referida ao resultado ilícito, tal como propusemos na esteira de grandes pensadores nacionais e estrangeiros.

A tenta aprisionar B que, em fuga, cai de um penhasco e morre. Pode a morte de B ser imputável a A? Sendo passível fazer recair sobre A um juízo de censura, ao ponto de considerarmos a sua conduta culposa – pelo menos na vertente de negligência inconsciente, dadas as características morfológicas do terreno em que sucederam os acontecimentos – sempre ficará por responder: foi A quem causou a morte de B no sentido imputacional do termo, porquanto a verdadeira causa da morte terá sido a queda potenciada pela própria conduta livre da vítima?

relação eventualmente existente entre o facto e o dano permite imputar este àquele, e depois, através do nexo de imputação, ao agente. A perspectiva deve, contudo, ser outra: não interessa ao direito uma relação comportamento-dano, mas sim o vector agente-dano, traduzido no comportamento”. Ilustra o seu pensamento com três simples exemplos: “António dispara uma arma de fogo para o ar; António dispara para o ar e Bento morre de susto; António dispara no coração de Bento e este morre”. A partir daí, discorre: “A concepção clássica diria que, no primeiro caso, não há dano; no segundo, há dano, mas falta o nexo causal adequado; no terceiro há dano e há nexo causal”. E acrescenta: “contestamos (...) que haja identidade de condutas no disparo feito para o ar – ainda que, com isso, se gere um dano de morte – e o disparo feito para o coração de uma pessoa. Naturalmente, no primeiro caso é o acto é lícito, e, no segundo, é ilícito. Repare-se que ambos são voluntários. A finalidade é, no entanto, diversa”, para, posteriormente, concluir: “a imputação de danos não passa por um nexo causal facto-prejuízo; o direito é que reprova um comportamento humano enquanto factor de certo dano. O dano é parte integrante do comportamento (...). O problema não é de causalidade mas de qualificação. O problema não é de nexo facto-dano, mas de licitude-ilicitude da conduta”. Continuemos, então, a acompanhar o excuro do autor: “o resultado (...) [permite] (...) uma construção unitária do conteúdo delitual: não é ilícito disparar para o ar porque não há dano nem culpa; não é ilícito disparar sobre Bento e falhar porque a acção final não se concretizou; não é ilícito disparar sobre um muro, morrendo Bento de susto, porque a acção final é permitida; não é ilícito disparar sobre Bento inadvertidamente, isto é, sem violação de deveres de cuidado porque não há acção final ilícita”. MENEZES CORDEIRO sublinha a necessidade de erigir um nexo de imputação que ligue o autor do facto ao dano-lesão, preenchendo o conteúdo da ilicitude, que, de outro modo, não passaria de uma constatação fáctica desapegada do comportamento do agente. Se o aspecto não pode senão concitar o nosso aplauso, temos as maiores dúvidas que o problema possa ser solucionado com apelo a uma ideia de acção final: não só ela não corresponde ao sentido da acção juridicamente relevante, como veremos *infra*, como não permite resolver muitos dos problemas suscitados pelos casos concretos e, ademais, se mostra pouco consentânea com uma ideia de desvalor de resultado (que aliás reclama uma ponderação do referido nexo de imputação). Em rigor, o próprio autor cujo pensamento aqui acompanhamos acaba por rever a sua posição inicial – cf. *Da responsabilidade civil dos administradores...* cit., p. 533, nota 224 (“curámos, então, ultrapassar o problema da insuficiência da causalidade adequada, com recurso à doutrina da acção final. Trata-se de uma orientação substancialmente preferível, mas que viemos a abandonar por insuficiência dogmática, i.é, por inoperacionalidade, na resolução dos casos concretos”).

¹⁴⁸⁴ Vários são, porém, os argumentos aduzidos no sentido de defender a restrição da responsabilidade com base numa ideia de previsibilidade. Entre eles, saliente-se a coerência da proposta (ela garantir-se-ia de melhor forma se a extensão da responsabilidade fosse determinada pelo mesmo critério que permite fixar a sua existência, além de que haveria que pesar a relatividade da negligência. Um acto é negligente tendo em conta as circunstâncias, designadamente o tipo de dano e a maneira como ele eclode, donde ele só é negligente relativamente a esse tipo de danos, fazendo sentido que a partir do conceito se restrinja a indemnização – cf. HART e HONORÉ, *Causation...* cit., p. 260 e ss.); a sua simplicidade (evitaria inúmeros e complexos problemas a que o jurista aporta pela mobilização do critério da *conditio sine qua non*, se com a previsibilidade se pretender substituir toda e qualquer indagação causal complementar).

O simples exemplo permite frisar, uma vez mais, a impertinência de um puro causalismo factualista e determinista, ao mesmo tempo que evidencia a insuficiência da indagação subjectiva a este propósito.

No fundo, o que se questiona – escarpelizando um pouco mais o nódulo problematizante da indagação – é se àquele agente, naquelas circunstâncias, era ou não devido evitar a produção do resultado morte¹⁴⁸⁵. E se essa resposta pode ir implícita no

¹⁴⁸⁵ Curiosamente, HART e HONORÉ integram a solução de casos com uma intencionalidade análoga à deste no âmbito das teorias da previsibilidade – cf. *Causation...* cit., p. 276. Trata-se, de acordo com os autores, de uma aplicação da posição segundo a qual todos os danos previsíveis são indemnizáveis. No fundo, o que se pretendia era, em oposição à regra de que a responsabilidade recairia sobre o último lesante (*last wrongdoer*), fazer responder o primeiro agente por todos os danos que ele pudesse prever. A solução não dista, sobremaneira, daquela que é pensada no quadro da causalidade adequada para a ponderação das situações de hipotética interrupção donexo de causalidade (Note-se, porém, que no exemplo avançado em texto o que releva não é a existência de um facto natural ou de uma conduta de terceiro que se interponha entre o comportamento do pretense lesante e o dano, mas uma acção do próprio lesado. O problema ganha contornos próximos à causalidade psicológica, óptica que também serve para analisar alguns dos problemas tradicionalmente colimados na interrupção do nexode causalidade. Ulteriores escarpelizações serão feitas sobre cada um destes temas).

Em qualquer dos casos, cremos não poder resolver o dilema judicativo com apelo a uma ideia de previsibilidade e/ou probabilidade (ancorada no que o sujeito concreto podia saber e efectivamente sabia). E isto por diversas ordens de razões: a) não é possível, na maioria das situações, falar de efectiva previsão, mas tão só de previsibilidade; b) esta, existindo, não nos responde à questão de saber por que razão é que o lesante vai ser obrigado a indemnizar um dano que não foi por si causado; c) a simples referência à previsibilidade não nos permite fazer distinções consoante o tipo e a natureza do acto de terceiro que intervém no processo causal traçado; d) nem nos permite valorar adequadamente o tipo de comportamento do primeiro agente.

Pensamos, pois, que o que está em causa – ainda que uma ideia de previsibilidade esteja presente, na medida em que a culpa derramará a sua influência na obrigação ressarcitória – é saber quais os limites da esfera de risco erigida a partir da conduta do primeiro agente, em confronto com a conduta do segundo agente.

A culpa, imprescindível na maioria das hipóteses de ressarcimento, tem como pólo de referência o primeiro dano, segundo o ensinamento da doutrina. O mais exacto, porém, parece ser perspectivá-la na sua referência a uma esfera de risco que se erige a partir do comportamento do lesante (No mesmo sentido, cf. VON CAEMMERER, “Die Bedeutung des Schutzbereichs einer Rechtsnorm für die Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen aus Verkehrsunfällen”, *Deutsches Autorecht* 70, p. 283 e ss., aqui 290, considerando que, ao nível da *Verschuldenshaftung*, a culpa do primeiro agente não tem que ser referida à directa lesão do bem jurídico, mas à criação de uma fonte de perigo). Este pretere determinados deveres de conduta, essenciais em nome do respeito que o outro com quem se encontra lhe merece, e, por isso, no afastamento do que seria exigível e razoável a um homem médio, a sua conduta pode ser chancelada de desvaliosa. É claro que o surgimento de tais deveres tem na sua base a previsibilidade de uma lesão, embora não se baste com ela (há que, na verdade, ponderar se, diante daquela possibilidade de avultar o dano, o homem medianamente prudente teria ou não adoptado um outro comportamento). A partir do momento em que se constata esse defeito na conduta, o sujeito assume uma esfera de risco, importando, subsequentemente, investigar quais as potencialidades dela, ou seja, que danos-violação pode ou não abarcar. Repare-se que, com isto, não só resolvemos um problema (o de saber em que medida, havendo um segundo dano-lesão, é exigível que a culpa se derrame sobre ele – sobre o problema da referência da culpa, cf., não obstante, DEUTSCH, *Farhlässigkeit und erforderlichlich Sorgfalt*, 2. Aufl., Köln, 1995, p. 62 e ss., 113 e ss, 177 e 206 e ss., falando de um nexode culpabilidade (*Verschuldenszusammenhang*) e defendendo que o conceito de cuidado não é abstracto, mas deve ser entendido em termos relativos, isto é, não existe o cuidado em si, emergindo o dever em relação com determinadas finalidades), como conseguimos cindir a culpa da causalidade. É que, embora elas se conectem, na investigação que a primeira viabiliza não atenderemos unicamente à previsibilidade, nem à probabilidade, mas orientar-nos-emos por outros critérios que a seu tempo sistematizaremos. Mais se diga, aliás, que a esfera de risco pode emergir antes da verificação de um comportamento culposou ou ser

juízo de culpabilidade, quando incorporado, paredes-meias com a previsibilidade, pela nota da exigibilidade, nem sempre ela será bastante, porque, confrontados com a complexidade telúrica, somos conduzidos a dúvidas diante de frequentes hipóteses de sobredeterminação causal¹⁴⁸⁶.

O que ficou dito permite-nos antecipar algumas ideias.

Não é bastante a referência da culpabilidade como um todo para dar resposta ao crivo problemático que nos orienta e também não o será a simples chamada à liça da previsibilidade do dano^{1487 1488 1489 1490 1491 1492 1493 1494}.

co-determinada por outros factores. Note-se, não obstante, que a possível génese comum dos dois juízos pode implicar consequências judicativas de não pequena monta. Assim, antecipamos que a intensidade do desvalor de conduta pode refractar-se num diferente modo de solução do problema que tradicionalmente vem pensado em termos causais (cf. a este propósito, e na linha do que sobre o anterior pensamento do autor foi já expandido, MENEZES CORDEIRO, *Direito das obrigações...* cit., II, p. 339. Refere o insigne civilista que, sendo a causalidade integrada no próprio comportamento, e nessa medida submetida ao juízo de licitude, perguntar se uma causa é adequada é indagar se um determinado comportamento é lícito. Se a ligação entre a categoria causal e o preenchimento do conteúdo da ilicitude é merecedora de aplauso, até porque nela acompanhamos o Professor, não estabelecemos do mesmo modo a concatenação. Sabemos, *a priori*, haver motivos fundados para negar o finalismo. Os mesmos serão escalpelizados ulteriormente, limitando-nos, por agora, a sublinhar que a resolução do tradicional problema da causalidade com apelo ao fim esbarra com dificuldades de não pequena monta – designadamente por não permitir captar correctamente os danos violação que extrapolam a intencionalidade do agente. Não concordamos, por isso, com o autor – e sem embargo de reconhecer que, como referimos antes, abandonou a concepção – quando afirma que, “sendo o comportamento a utilização dos meios escolhidos para a obtenção do fim do agente, podemos identificar a adequação com a simples verificação do aludido fim, desde que os meios seleccionados sejam voluntariamente utilizados como condição necessária da sua prossecução”. Continuemos a acompanhar a sua exposição: “no exemplo da notícia falsa que provoca a morte do cardíaco, podemos dizer que não é normalmente ilícita a actuação de quem a dê, desde que o fim prosseguido não seja a morte. Mas, se o agente visava a morte da vítima e, conhecendo a doença, escolheu a via da notícia falsa – que funcionou, efectivamente, como condição necessária esclarecida – para a sua prossecução, há ilicitude, com imputação do dano”. Aproximamo-nos neste ponto do autor, mas não sustentamos a solução no mesmo pilar fundacional. No que a nós respeita é a esfera de risco que se erige que, irradiando uma maior ou menor força atractiva, consoante o grau de culpa do agente e/ou os conhecimentos de que o mesmo dispunha no momento da prática do acto, permitirá encontrar a solução. O aspecto será desenvolvido *infra*). A este propósito, cf., ainda, e independentemente de ulteriores considerações, GORDLEY, “Responsibility in crime, tort and contract for the unforeseeable consequences of an intentional wrong: a once and future rule?”, PETER CANE/JANE STAPLETON (eds.), *The Law of Obligations. Essays in celebration of John Fleming*, 1998, p. 175 e ss. (considerando o agente responsável por todas as consequências de um ilícito intencional); HERMANN LANGE/GOTTFRIED SCHIEMANN, *Handbuch...* cit., p. 96 (sustentando que, se o comportamento for doloso, o agente é responsável também por consequências improváveis)

¹⁴⁸⁶ Basta pensar nos casos em que o acto voluntário ocasionado e/ou potenciado pela conduta do agente pode, também, consubstanciar-se num acto ilícito. Cf., quanto ao ponto, o caso apresentado por TILL RISTOW, *Die psychische Kausalität im Deliktsrecht*, Peter Lang, Frankfurt am Main, 2003, p. 173: E danificou a cerca da pastagem do agricultor D, pelo que o gado deste fugiu. Z descobriu-o e furtou-o, vindo agora D exigir uma indemnização a E. Questionando a propósito dele se as vacas perdidas podem ser vistas como *Folgeschädens*, adianta que estas lesões subsequentes não resultam de um alargamento do primeiro ilícito, mas são elas próprias um ilícito, pelo que o caso de aproxima de um *Doppeldelikt*. Ulteriores considerações serão expandidas sobre o conceito.

¹⁴⁸⁷ Cf. HART e HONORÉ, *Causation...* cit., p. 255, considerando que, para quem entenda que a previsibilidade é relevante para a determinação da extensão da obrigação de indemnização, deixa de se traçar a fronteira entre a culpa e a previsibilidade (o teste da negligência e o teste sobre se o agente é responsável pelo dano que se segue é o mesmo).

Não cremos, porém, respeitar-se a fidelidade ao pensamento do autor se não frisarmos que a proposta doutrinária de GOMES DA SILVA ultrapassa, pela contextura em

¹⁴⁸⁸ E aqui percebemos que o diferente enfoque do jurista decidente numa das três possíveis modalidades de ilicitude acarreta significativas clivagens criteriológicas. Na verdade, no quadro da sindicância do abuso do direito concatenado com a delitualidade, cumpre a previsibilidade – eivada pelas notas da exigibilidade – o papel que aqui não logra satisfazer, porquanto a estrutura imputacional específica que ali nos é oferecida vai pensada em termos tais que é a previsibilidade em si e em concreto que faz emergir a responsabilidade. Ora, no plano regra da violação dos direitos absolutos alheios, esse dever solidarístico de respeito que informa a *role responsibility* terá de ser concretizado com apelo a critérios mais estreitos, posto que a indicição da ilicitude é-nos dada por um resultado separado no tempo e no espaço do comportamento do eventual lesante.

¹⁴⁸⁹ Refira-se, desde logo, que parece ficar de fora do âmbito de aplicabilidade da teoria da responsabilidade objectiva. Estando dela ausente a culpa, parece não fazer sentido a recondução do dano à esfera de risco assumida com base na ideia de previsibilidade. Contudo, importa tecer dois esclarecimentos sobre o ponto. Em primeiro lugar, não hesitámos anteriormente em explicitar que nada *a priori* determina uma compreensão unitária da causalidade. Em segundo lugar, consoante esclarece HONORÉ (cf. A.M. HONORÉ, “Causation and remoteness of damage”, ... cit., p. 56), pode sustentar-se que mesmo nos casos de responsabilidade independente de culpa o dever de indemnização pode ser limitado com base numa ideia de previsibilidade (cf., ainda, HART e HONORÉ, *Causation...* cit., p. 254). Veja-se, quanto ao ponto, MENEZES CORDEIRO, *Da responsabilidade civil dos administradores...* cit., p. 539, nota 266 (“a ideia de Gomes da Silva devidamente adaptada cobriria bem a imputação objectiva; seria mesmo a única forma de aí determinar a causalidade: o que pretende a lei com uma previsão de risco?”).

Em sentido, contrário, cf. PESSOA JORGE, *Ensaio sobre os pressupostos...* cit., p. 398.

Acresce que aquilo que aqui apresentamos como uma tentativa de resolução do problema causal sob a égide da previsibilidade conhece diversas concretizações, ao ponto de HART e HONORÉ afirmarem, contudentemente, que a teoria do risco – que analisaremos *infra* – deve ser entendida como uma generalização daquela – cf. dos autores *Causation...* cit., p. 254.

¹⁴⁹⁰ Já GUILHERME MOREIRA tinha rejeitado a distinção francófona entre danos previsíveis e danos imprevisíveis. No quadro da responsabilidade contratual, aduzia o autor que, quando o não cumprimento seja imputável ao devedor, este deve prever todas as consequências danosas que necessariamente resultarão do não cumprimento da obrigação – cf. *Instituições...*II, cit., p. 145

¹⁴⁹¹ Veja-se, ao nível da *Common Law*, FLEMING JAMES, “Legal cause”, *Yale Law Journal*, 60, 1951, p. 761 e ss. e o já citado precedente *The Wagon Mound* (nº1).

De uma forma macroscópica, poder-se-á dizer que nesse âmbito a doutrina da previsibilidade rivaliza com aquela outra que indaga se o dano se insere ou não na finalidade de protecção da norma ou dever violado.

¹⁴⁹² Cf. GERT BÜGGERMEIER, *Haftungsrechts...* cit., p. 552. Lidando, aí, com os danos subsequentes, o autor afirma que “aquele que violou o interesse protegido de outra pessoa de um modo imputável tem de indemnizar todos os danos consequentes que decorram de tal lesão”, pelo que a previsibilidade não joga aqui qualquer papel. Mais concretamente, “a relação jurídica surge da intrusão não autorizada numa esfera de interesses alheios. O lesante assume a responsabilidade por tudo o que se segue, ou seja, por todos os prejuízos que teriam sido evitados se não houvesse a violação”. No fundo, suporta o risco de lesão de uma pessoa particularmente rica ou especialmente vulnerável, de acordo com o seu testemunho, rememorando-se, pelas suas palavras, a regra anglo-saxónica da *thin skull rule*. Como limitação a este princípio encontrar-se-iam diversos critérios, entre os quais o autor salienta a existência de danos que resultem da violação de uma obrigação de minorar os danos (*Schadensminderungsobliegenheit*) e a existência de danos que se situem no exterior do âmbito de protecção da norma violada (*risk theory*).

Considera, ademais, que estamos diante de *ein Problem des Haftungsgrundes* (cf. p. 554).

¹⁴⁹³ Para um aprofundado estudo acerca do papel que a previsibilidade pode ser chamada a cumprir no seio da causalidade fundamentadora da responsabilidade, designadamente, ao nível do critério da finalidade da norma e do critério da adequação, cf. ULRICH HUBER, “Fahrlässigkeit und Voraussehbarkeit”, *Festschrift für Hermann Heimpel zum 70. Geburtstag*, Band 3, Vandenhoeck & RuprechtGöttingen, 1972, p. 440 e ss. e “Verschulden, Gefährdung und Adäquanz”, *Rechtswissenschaft und Gesetzgebung: Festschrift für Eduard Wahl zum 70. Geburtstag*, Heidelberg, 1973, p. 301.

¹⁴⁹⁴ Cf., a este propósito, GIESEN, *International Medical Malpractice Law...* cit., p. 183 e ss., considerando que, embora seja prevalecente na *Common Law*, o critério da previsibilidade não cumpre adequadamente a sua função de limitação e acrescentando que isto é especialmente verdadeiro no que respeita às lesões pessoais, nas quais os tribunais desenham um *círculo mágico* acerca da pessoa, que conduz à responsabilização por todos os danos pessoais.

que surge a nota de previsibilidade do dano, a problemática impositiva do problema a que fazemos menção¹⁴⁹⁵.

Desde logo, urge – em nome do rigor – não esquecer que não avulta solitária a previsibilidade mas acompanhada da exigível exigibilidade. E que ela não surge atomisticamente, mas ancorada na lição que olha a causalidade segundo o concreto fundamento da responsabilidade¹⁴⁹⁶. Para o autor, “o dano haveria de ser produzido pela forma que a lei teve em vista”¹⁴⁹⁷, ou mais explicitamente, “um facto diz-se causa do dano quando o produz pela forma que a lei tinha em vista ao considerar os factos da mesma espécie fontes de responsabilidade civil”¹⁴⁹⁸. Salientando o papel da interpretação no processo de determinação do pressuposto causal do dano, GOMES DA SILVA esclarece que, “se a lei liga a obrigação de indemnização a determinado facto,

¹⁴⁹⁵ Do mesmo modo, noutros ordenamentos jurídicos e por referência a outros contributos doutrinários ou arrimos jurisprudenciais, a consideração da previsibilidade deve ser integrada num contexto imputacional mais denso. A constatação resulta, sobretudo, do facto de não se poder reconduzir, tal como acontece com a doutrina da causalidade adequada, a limitação da responsabilidade com base na previsibilidade a um magma uniforme.

Sobre o ponto, cf. HART e HONORÉ, *Causation...* cit., p. 255 e ss. Ensinam os autores que, de acordo com a doutrina da previsibilidade, uma pessoa é responsável por, e só por, aquele dano que ele podia razoavelmente prever e prevenir e, nessa medida, o princípio encerra dois aspectos: “um limitando a responsabilidade relativamente ao dano que o acto negligente teria causado segundo o senso comum; outro estendendo-a para lá desse dano”. Assim, o lesante não é responsável pelo dano imprevisível mesmo que ele o tenha causado; e será responsável pelo dano previsível, quando o seu comportamento seja uma condição necessária da sua emergência, mesmo que ao nível do senso-comum ele não seja considerado causador. Acrescentam os autores que, num entendimento mais lato da doutrina, o agente é ainda responsável mesmo que o dano previsível não seja causado pelo acto negligente (tem-se em conta a possibilidade de o dano previsível poder avultar de um modo imprevisível, pela conjugação de diversos factores, quer seja um evento subsequente, quer sejam determinadas condições pré-existentes). Simultaneamente, mostram-nos que os defensores da previsibilidade oscilam entre aqueles que com o critério complementam a indagação causal e aqueles que substituem tal inquirição pelo teste do previsível.

Em geral, e independentemente das *nuances* particulares que vão detectando no pensamento dos que se referem à previsibilidade, HART e HONORÉ (*Causation...* cit., p. 259 e 275) dividem a doutrina que nela se alicerça na “*doctrine that only foreseeable harm is recoverable*” e na “*doctrine that all foreseeable harm is recoverable*”.

Sobre o ponto, veja-se, também, P. G. MONATERI, “Nesso causale e determinazione della responsabilità”, *Responsabilità civile e previdenza*, 1983, p. 456 a 460, em especial p. 458 (dando conta, por exemplo, de que não seria suficiente ter querido ou ter configurado o evento, mas seria necessário querer ou ter configurado o particular desenvolvimento causal que conduziu da conduta ao evento e deste ao dano).

¹⁴⁹⁶ Nessa medida, não hesita PAULO MOTA PINTO em considerar o autor precursor, entre nós, da doutrina do escopo da norma. Cf. PAULO MOTA PINTO, *Interesse contratual negativo...* cit., p. 942.

Salientando o papel de GOMES DA SILVA no quadro doutrinário português, veja-se, ainda, MENEZES CORDEIRO, *Da responsabilidade civil dos administradores...* cit., p. 539 (considera o autor que GOMES DA SILVA, “trabalhando só e sem qualquer ligação aos trabalhos de RABEL, adiantando-se a toda a evolução alemã subsequente, propôs uma doutrina da causalidade que, praticamente, correspondia à do escopo da norma jurídica violada”). Veja-se, igualmente, MENEZES LEITÃO, *A responsabilidade do gestor perante o dono do negócio...* cit., p. 281, na sua referência ao civilista pátrio.

Referindo-se criticamente ao pensamento do autor, cf. PEREIRA COELHO, *op. cit., loc. cit.*; PESSOA JORGE, *Ensaio sobre os pressupostos...* cit., p. 398 (por entender que a doutrina proposta pelo autor não era extensível à responsabilidade pelo risco).

¹⁴⁹⁷ Cf. GOMES DA SILVA, *O dever de prestar...* cit., p. 231-232.

¹⁴⁹⁸ Cf. GOMES DA SILVA, *O dever de prestar...* cit., p. 233.

procede assim por entender que ele tem certa aptidão para produzir danos e por isso é necessário averiguar se eles se produziram pelo modo por que, no espírito da lei, o mesmo facto lhe podia dar origem”^{1499 1500}.

A partir daqui conclui pela indemnização de todos os danos previsíveis e evitáveis, porquanto sejam eles que a lei quer evitar, já que a determinação normativa aponta no sentido do ressarcimento dos prejuízos que, revestindo embora aquelas características, sejam causados pelo agente¹⁵⁰¹.

Do autor louvamos a pertinente alusão ao escopo normativo. O fundamento da responsabilidade marca terreno, ainda que a sua exposição surja imbuída de preconceitos normativistas, como seja o apelo ao espírito da lei, e ainda que, em rigor, a ancoragem pareça reportar-se à mera teleologia, ignorando-se o fundamento último da imputação^{1502 1503}.

¹⁴⁹⁹ Cf. GOMES DA SILVA, *O dever de prestar...* cit., p. 233.

¹⁵⁰⁰ Veja-se, ainda, quanto ao ponto, o testemunho de STOLL – HANS STOLL, *Haftungsfolgen im bürgerlichen Recht...* cit., p. 398.

¹⁵⁰¹ Cf. GOMES DA SILVA, *O dever de prestar...* cit., p. 234. Para o autor, “é necessário decidir se o dano foi causado por um acto, cujo efeito prejudicial o agente, segundo as suas capacidades, e as circunstâncias em que se encontrava, podia prever e evitar”. Se A vai a conduzir do lado esquerdo da estrada, contra as regras de trânsito, e atropela B que, tendo subido a uma árvore, cai sem que ele possa travar a tempo, não há, para o autor, nexos de causalidade, pois o caso “não está abrangido no espírito da lei quando esta exige que o trânsito se faça pelo lado direito da vida pública: a lei ao fixar esta regra tem em vista evitar, entre outros acidentes, os atropelamentos, e, por isso, os que se fizerem por se ter violado essa regra dão origem a responsabilidade; mas isto sucede apenas quando o atropelamento se haja dado por aquela forma que a lei queria prevenir estabelecendo a mesma regra, e não em casos como o figurado que é absolutamente extraordinário, e tanto se poderia ter dado seguindo o carro em direcção proibida como transitando pela forma estabelecida na lei”. Como se pode constatar, a tese defendida pelo autor não anda longe da consideração do escopo normativo. Contudo, o apelo ao espírito da lei, fazendo rememorar pré-conceitos normativistas, leva-nos a ponderar se não será inoperante a posição sempre que a proibição de um comportamento concreto esteja ausente. No fundo, são as mesmas dúvidas que se concitam a propósito da doutrina da finalidade da norma. Por outro lado, a consideração da culpa como “modo de ser do sistema” que permite ancorar o juízo a entretecer mostra-se falha, porque insuficiente, no sentido de não permitir dar resposta a algumas das situações mais complexas. De facto, sabemos já que em muitos casos não basta o desvalor da conduta para se poder afirmar que o resultado deve ser imputado ao agente.

¹⁵⁰² Cf. no mesmo sentido, referindo-se a VON BURI, TRIMARCHI, *Causalità...* cit., p. 28. Diz o autor italiano que é meritória a conexão estabelecida com a culpa, exactamente porque relaciona o problema da causalidade com o fundamento da responsabilidade. Vai mais longe e vislumbra aqui uma nota de actualidade do pensamento de VON BURI. Isto implicaria, ademais, que a culpa não serviria apenas para estabelecer a responsabilidade, mas para determinar a amplitude desta.

Considera, porém, insatisfatório que se baseie o critério imputacional-causal na previsibilidade. Aponta, para isso, algumas críticas, de que agora damos nota (p. 29). Desde logo, ela conduz a aporias, forçando a distinções espúrias e desnudadas de rigor, como seja a que opõe o simples desiderato à vontade. Por outro lado, segundo TRIMARCHI, não fica suficientemente demonstrada a conexão entre o critério proposto e a função preventiva da responsabilidade por factos ilícitos. Tal resulta do facto de VON BURI, a quem o autor explicitamente se refere, exigir não só a previsibilidade do dano, mas de todo o processo causal que conduz àquele [com isto VON BURI pretende dar resposta às situações em que, sendo previsível o dano, ele se vem a verificar pelo concurso de uma causa fortuita]. Ora, para TRIMARCHI (cf. p. 30), deve considerar-se irrelevante a pretensa previsibilidade do percurso causal. E se VON BURI admite que nem todas as circunstâncias têm de revestir a nota da previsibilidade, o certo é que não oferece critério bastante para a determinação da relevância ou irrelevância delas nesta matéria (p. 31).

O louvor que lhe dirigimos não é, porém, bastante para apagar a insuficiência apontada. Nem logra contornar a aporética solução em que nos faz mergulhar. O saldo conclusivo apresentado diz-nos somente que a indemnização se restringe aos danos que fossem previsíveis e evitáveis. Ora, ou abdicamos da cisão dual entre dois momentos causais identificados, e interpretamos a asserção no sentido de polarização no dano subsequente e teremos de apodá-la de desvaliosa, já que a refração da conduta do agente na esfera alheia, dotada das suas idiossincrasias, produzirá por certo danos que não estão ao alcance da previsibilidade do homem médio^{1504 1505}; ou referimo-la a um

Acresce uma outra dificuldade apontada por TRIMARCHI (op. cit., loc. cit.): aquela que reside na determinação do grau de previsibilidade ou de risco sobre o qual pode admitir-se a responsabilidade pelo evento danoso, não tendo, também quanto a isto, fornecido qualquer indicação VON BURI.

Para maiores desenvolvimentos sobre o pensamento de VON BURI a propósito da causalidade, cf., do próprio, *Über Kausalität...* cit.

Embora a propósito do critério da adequação, cf., para uma percepção mais densa das repercussões prático-normativas da consideração do nexos de causalidade dirigida a toda a sequência causal ou, ao invés, estabelecendo cortes causais entre as diversas causas e os efeitos, cf. HANS GIGER, “Analyse der Adäquanzproblematik im Haftpflichtrecht. Beitrag zur Objektivierung der Wertungsmassstäbe“, ... cit., p. 155 e ss. Mostra-nos o estudo do autor, entre outras coisas, que a tendencial objectividade a que somos conduzidos pela doutrina maioritariamente aceite no espectro do pensamento jurídico não é de molde a solucionar todos os problemas, implicando opções básicas de formulação criteriológica. Ora, se outras consequências tal constatação não comporta, pelo menos será exacto afirmar que a escolha normativa a operar terá de ser fundamentada. E tal como TRIMARCHI, relativamente a VON BURI e à sua previsibilidade, não discerne um critério sólido de justificação da solução, também nós reeamos ter de constatar, no que tange à probabilidade, a aleatoriedade das, ou pelo menos de algumas das, soluções plasmadas pelos autores.

Consideramos, em virtude disso, urgente aceder à intencionalidade normativa do critério dogmático, só a partir dela sendo possível o esclarecimento de todos os nódulos problemáticos com que vamos sendo confrontados.

¹⁵⁰³ Veja-se, a este propósito, GERT BRÜGGEMEIER, *Haftungsrecht...* cit., p. 93, distinguindo a doutrina do escopo de protecção da teoria da previsibilidade e considerando que a primeira é superior à segunda, ao permitir separar claramente a negligência da imputação e esta da causalidade, ao mesmo tempo que garante um critério de solução para lidar com o problema das violações indirectas ou distantes. Acrescenta, ademais, que sempre que existam deveres de comportamento positivos fica definido o âmbito de protecção destes, sendo, a partir daí, que a indagação deve repousar.

¹⁵⁰⁴ Diz-nos VAZ SERRA, a este propósito, que, “baseando-se a responsabilidade na culpa, só quer impor-se o dever de indemnizar a quem procede com negligência: ora, por mais previdente que o homem seja, não é natural ou, pelo menos, obrigatório que preveja consequências extraordinárias da sua conduta” – cf. “Obrigação de indemnização...”, ... cit., p. 30. Mais acrescenta que “o devedor da indemnização [deve] reparar os danos imprevisíveis”, o que implica que “é obrigado a reparar mesmo os danos que não podiam ser previstos com a usual diligência”.

A este propósito convém tecer alguns esclarecimentos adicionais. O que se disse é certo. Mas pergunta-se se não vítima também a própria ideia de causalidade adequada. A crítica foi contra a doutrina desferida há longo tempo por SIDÓNIO RITO, “Elementos...” cit., tendo em conta a problemática do lucro cessante. De facto, se a causalidade adequada aceita apenas a indemnização dos danos que sejam prováveis e se essa probabilidade é aferida, numa das suas muitas formulações, de acordo com o padrão do homem médio, cujo índice cognitivo é corrigido pelos conhecimentos ao dispor do próprio lesante, então há que, segundo RITO, admitir que este homem raramente conhecerá quais as medidas adoptadas pelo lesado.

Contrariando o entendimento, cf. VAZ SERRA, “Obrigação de indemnização...”, ... cit., p. 32, considerando que “desde que aquela teoria não exige que o dano seja previsível, mas só que o acto seja causa adequada do dano, não existe divergência entre a causalidade do dano emergente e a do lucro cessante”. Já PEREIRA COELHO aduz que “o argumento não prova nada”, porque “o problema da causalidade do lucro cessante põe-se e resolve-se (...) da mesma forma. É questão de saber se o lesado provavelmente obteria o lucro se não fosse a lesão. E para isso pergunta-se se a frustração do lucro surge,

primeiro dano e nada adiantamos relativamente à culpa^{1506 1507 1508 1509 1510 1511 1512}.

Alias, em rigor, o saldo conclusivo que ousamos criticar entreabre as portas para essa

aos olhos do homem médio, como consequência ordinária do facto, atendendo ao curso normal das coisas e supondo no lesado a mesma diligência comum. Para formular este juízo de probabilidade, atende-se ao critério dum homem-médio que nós supomos que conhece as circunstâncias de facto e as medidas e providências adoptadas. Ele conhece-as porque nós supomos que ele as conhece: o homem médio, que só existe na nossa cabeça, sabe o que nós queiramos que ele saiba”.

Retomemos, então, as nossas considerações. Os autores orientam as suas lucubrações segundo os danos subsequentes. Relativamente a estes, não é possível exigir, como condição do seu ressarcimento, que tenham sido previstos pelo lesante. Mas no que concerne à previsibilidade dir-se-á que, também, aí ela falhará a maioria das vezes. Ora, se ela tem como padrão o homem médio, não menos certo é que o juízo a que conduz acaba por confluir com o juízo de probabilidade. É que, havendo vários índices para a determinação desta, a corrente maioritária orienta-se no sentido de a sindicar de acordo com o padrão cognitivo de um observador normal. Dizer-se, como diz PEREIRA COELHO, que o homem médio sabe aquilo que nós queremos que ele saiba é, no fundo, condenar a causalidade a uma fórmula vazia, despida de conteúdo e sujeita à ambivalência do julgador. A alternativa é ancorarmos o juízo probabilístico num padrão de normalidade que não anda longe do dito homem médio responsável pelo juízo de previsibilidade. O que se mostra aqui, afinal, é que, tal como a previsibilidade não logra obter uma resposta satisfatória para a inquirição causal – no segundo segmento do problema –, também a probabilidade nos pode fazer resvalar para défices criteriológicos. Adiante teremos oportunidade de mostrar como deve ser perspectivada a questão, ainda que a nossa preocupação central se prenda com a causalidade fundamentadora da responsabilidade. No que a esta tange, o pólo de referência já não é o dano subsequente, mas o dano primário. Este é, como sabemos, abrangido pela culpa, logo ele terá que ser previsível. Acontece que, segundo o nosso entendimento, em muitas situações ela não é bastante para nos levar a dizer que o resultado lesivo foi “causado” (no sentido de imputado) pelo agente. cf., também, a precisão que faremos em nota de rodapé a propósito da noção de dano primário e de dano violação.

Em abono do rigo, veja-se ainda o desenvolvimento do pensamento de GOMES DA SILVA sobre o ponto. É, de facto, duvidoso que a ideia de previsibilidade seja entendida em concreto. Na verdade, diz-nos o autor (cf. *O dever de prestar...* cit., p. 139) que “ao exigir-se a previsibilidade do dano (...) não se pretende restringir a responsabilidade aos casos em que o dano é concretamente previsível. Assim, um indivíduo que arremessa uma pedra para dentro duma casa não pode, se não conhece o interior (...), imaginar os prejuízos que efectivamente vai causar”.

¹⁵⁰⁵ Veja-se a este propósito PROSSER, *Handbook ...* cit., p. 267. O autor refere-se à dificuldade que se enfrenta a lidar com o critério de previsibilidade. Mostando que a previsibilidade, tal como vai entendida ao nível da *Common Law*, se aproxima de uma ideia de probabilidade (e se afasta de uma ideia de previsão concreta do agente), diz-nos que tudo pode ser previsível ou imprevisível, consoante a descrição que se faça dos factos. Importa notar o paralelo com uma das aporias a que nos referimos quando contemplamos a doutrina da causalidade adequada.

¹⁵⁰⁶ Veja-se, a propósito, da referência da previsibilidade a um primeiro dano o precente *Hughes v. Lord Advocate* [1963] A.C. 837.

¹⁵⁰⁷ A este ensejo, importa tecer alguns esclarecimentos. Pense-se no seguinte caso de escola: A fere B que, em virtude disso, tem de receber assistência no hospital onde vem a falecer devido a uma infecção bacteriana que contrai. Independentemente da resposta que haja de ser dada à questão de saber se A deve ou não responder pelo dano da morte, o certo é que sabemos que, em determinadas situações, a doutrina e a jurisprudência fazem impender sobre ele um dever de indemnização que cobre o agravamento do resultado. Ora, a adopção do critério da previsibilidade mostra-se, neste ponto, impraticável, porquanto conduza sempre à negação da responsabilidade nestas hipóteses. Neste sentido, cf. HART e HONORÉ, *Causation...* cit., p. 263. Para os autores, o risco de morte no hospital só poderia ser tido em conta se se pressupusesse previamente que o agente iria ferir negligentemente a vítima. Acrescentam, ainda, que é possível dizer que este dano agravado é previsível, mas não no sentido da previsibilidade prática que, segundo o seu parecer, conforma a negligência e atende, também, à gravidade do resultado e ao grau de adequação das precauções. Ou seja, a culpa só se refere ao primeiro dano, temporalmente considerado, e não ao ulterior dano. A previsibilidade, a existir, prende-se com a não improbabilidade atendendo à situação inicialmente criada. O que assim se vê é que a doutrina da previsibilidade só se pode aceitar se se afastar de uma conformação culpabilística para ir ao encontro da doutrina da adequação probabilística.

A correcta percepção da lição dos insígnis juristas insta-nos a ponderar alguns pontos. Em primeiro lugar, é óbvio que a culpa não se esgota numa antecipação mental do resultado ou na exigência de tal antecipação. Traduzindo-se a negligência na violação de um dever de cuidado, a nota da previsibilidade

serve, apenas, para determinar em que medida houve ou não afastamento em relação ao *standard* de cuidado requerido. Ora, isso não obsta a que, e porque se defende a aferição da culpa em abstracto e a correcção da objectividade probabilística pelos índices de cognição do agente, aquela previsibilidade se venha a confundir com a probabilidade. O que é provável há-de ser previsível a um homem médio e o que um homem médio pode prever há-de consubstanciar-se no que aos seus olhos é provável (Não se ignora com isto a existência de uma miríade de posições acerca do padrão cognitivo que viabiliza o juízo probabilístico próprio da adequação). Não resta, portanto, impossível que a configuração do resultado ulterior possa ser vislumbrada pelo lesante (tanto mais que, ao traduzir-se num outro dano-evento, a culpa há-de abrangê-lo). Simplesmente, corre-se o risco de resvalar para uma fórmula vazia em que tudo, de facto, seja previsível ou de, em alternativa, nos condenarmos a um mero juízo estatístico. A única impositação aceitável, do ponto de vista da intencionalidade jurídica, da ideia de probabilidade que aqui conflui com a ideia de previsibilidade (até porque, segundo a maioria da doutrina nacional, a indagação probabilística há-de fazer-se *ex ante*) impõe-nos mais. Mas ao fazê-lo acaba por se confundir com a culpabilidade. Ora, isto leva-nos a considerar que o que releva a este nível é saber se a esfera de risco erigida a partir da conduta negligente abrange ou não o agravamento do resultado inicial. Do ponto de vista da causalidade fundamentadora da responsabilidade não nos interessa só o dano inicialmente gerado, mas todo o dano que se traduza na lesão de um direito absoluto. É o dano-violação que nos importa, seja ele prévio ou ulterior, deixando-se de lado os danos subsequentes, que se traduzem numa projecção daqueles. Referida ao dano-violação, a previsibilidade não acrescenta nada à culpa, se tratarmos do primeiro dano verificado, ou mesmo se nos reportarmos a um dano subsequente. Ademais, se quisermos apartar-nos de toda e qualquer subjectividade, acabaremos por, como referido, resvalar para um juízo probabilístico matematizante que só distará verdadeiramente daquela se polarizado *ex post*. Com isto entra-se, sem dúvida, na análise crítica da doutrina da adequação.

A este ensejo, veja-se os exemplos oferecidos por HART e HONORÉ – *Causation...* cit., p. 266 e ss. No precedente *Re Guardian Casualty Co.* ocorre um acidente por culpa de A. Vinte minutos depois de se dar a colisão, um polícia e dois assistentes estavam a tentar remover o taxi que tinha ficado parado junto à entrada de uma casa quando uma pedra que tinha ficado solta pelo impacto, e sem que tenha havido qualquer negligência por parte de quem executava a obra, cai no pavimento atingindo um dos traseantes que acaba por morrer. Considerou-se que o primitivo agente devia ter previsto a necessidade de remover o veículo do passeio e antecipado que a estrutura de pedra poderia cair e que um peão poderia ser lesado. HART e HONORÉ vêm dizer que tal previsão só poderia acontecer depois de a colisão ter ocorrido, num momento em que já era demasiado tarde para agir e contestam, por isso, que se possa falar neste contexto de previsibilidade. [A propósito do problema da causalidade fundamentadora da responsabilidade referida aos danos ulteriores, cf. ZIMMERMANN, “Herausforderungsformel und Haftung...”, ... cit. p. 16; VON BAR, *Verkehrspflichten* ... cit., p. 197, e refira-se que a cisão, nem sempre linear, entre os dois tipos de causalidade, passa, aos nossos olhos, pela polarização na lesão de direitos absolutos. É esta violação que deve ser reconduzida objectivamente ao comportamento do agente, sob pena de não se poder apodar de ilícita. Não cremos, portanto, que se possa orientar a argumentação no sentido da causalidade preenchedora da responsabilidade só pelo facto de se inserir a lesão no âmbito de uma esfera de risco delineada a propósito do dano primário].

Num outro caso relatado pelos juristas, *Mauney v. Refining Co.*, o lesante causa negligentemente um incêndio, gerando-se o pânico em toda a cidade que achou que ia desaparecer fruto de uma explosão. A atravessa a rua para ir buscar a sua filha de dois anos e cai numa cadeira mal colocada, sofrendo com isso lesões. Foi negada a responsabilidade por se entender que o agente não poderia ter previsto este concreto acidente.

¹⁵⁰⁸ A referência da previsibilidade ao primeiro dano é, aliás, pedra de toque em todos os sistemas ressarcitórios assentes na culpa do lesante. A diferença passa, então, por, a partir dele, se decidirem os problemas de acordo com critérios estritamente causais. Ora, em relação a isto devemos salientar que: a) em consonância com o que se disse, não importa só imputar ao lesante o primeiro dano, no sentido temporal, mas todos os danos que se convoem em danos-violação; b) relativamente a eles, seja um dano primário ou um dano ulterior, a culpa não é suficiente para garantir que o resultado possa ser reconduzido ao pretenso lesante; c) os critérios causais de que muitos autores falam para resolver o problema dos danos subsequentes não distam verdadeiramente de uma dada concepção da previsibilidade; d) conformações da probabilidade que se apartem sobremaneira da previsibilidade acabam por nos afastar do sentido imputacional que queremos recortar para a categoria dita “causal” (acresce que certas formulações da doutrina da adequação acabam por nos deixar sem amparo para a limitação da responsabilidade por ser quase seguro que a resposta ao teste que propõem vai ser afirmativa. Pense-se, a esse propósito, da formulação de RÜMELIN, “Die Verwendung der Causalbegriffe ...”, ... cit., p. 171-344).

Veja-se, ainda, a este propósito o que por nós foi inscrito *supra* em nota.

lacuna, aqui vista em sentido impróprio. O apelo teleológico faz-nos aportar aos dois explicitados critérios, marcando, segundo alguns, a clivagem entre os casos de

¹⁵⁰⁹ Questiona-se, por vezes, se para além destes pontos fixos de referência da previsibilidade ela não deverá reportar-se a todo o processo causal, isto é, se é ou não relevante que, apesar de o dano ser previsível, a sequência causal por meio da qual ele emerge seja diversa daquela que se esperava. Sobre o ponto, cf. HART e HONORÉ, *Causation...* cit., p. 270.

Do mesmo modo, uma específica versão da teoria aponta para *doctrine of the unforeseeable plaintiff*: segundo esta posição, não só o tipo de dano deve ser previsível, como a classe de pessoas a que o lesado pertence deve ser também antecipável pelo sujeito. De outro modo, não existe nenhum dever deste para com aquele, pelo que se conduz a uma ideia de relatividade do ilícito – cf. sobre o ponto o caso *Palsgraf vs. Long Island R. Co.*, a que nos referimos anteriormente e ao qual voltaremos quando for oportuno (acerca da questão da relatividade aquiliana, cf., sem embargo de ulteriores especificações sobre o tema, ESSER, “Responsabilité et garantie dans la nouvelle doctrine allemande des actes illicites”, *Revue Internationale de Droit Comparé*, 1961, p. 481 e ss.; FLORENCE G’SSELL-MACREZ, *Recherches...* cit., p. 117 e ss.; HERMANN LANGE/GOTTFRIED SCHIEMANN, *Handbuch des Schuldrechts...* cit., p. 98 e ss.; Cf., quanto ao ponto, CHRISTIAN VON BAR, *The Common European...* cit., p. 475 e ss., considerando que o problema da causalidade não pode ser entendido em termos absolutos, antes implicando a contemplação do contexto do dever que foi postergado em concreto e falando da chamada *relatividade aquiliana*; BARCELONA, “Scopo della norma violata: interpretazione teleologica e tecniche di attribuzione della tutela aquiliana”, ... cit., p. 317 e 319)

Veja-se, novamente, HART e HONORÉ, *Causation...* cit., p. 271: “nega-se a responsabilidade a todos com excepção do lesante cuja pessoa ou propriedade estava previsivelmente em perigo ao tempo da prática do acto ilícito (...). Nenhum dever de cuidado é devido relativamente a um lesado que não pode ser previsto. Isto pode ser reduzido a dois elementos: i) a pessoa ou propriedade do lesado deve enquadrar-se no *apparent range of defendant’s act*; ii) o lesante há-de reconhecer que há uma pessoa ou coisa na posição em que o lesado ou a sua propriedade estão de facto colocados”. Segundo os autores, estamos em presença de dois requisitos, atinentes ao tempo e ao espaço.

¹⁵¹⁰ Cf., a este propósito, a segunda opção interpretativa da doutrina da previsibilidade de que nos falam HART e HONORÉ – cf. *Causation...* cit., p. 275 e ss. Não se trata, aí, já o sabemos, de restringir a indemnização aos danos que sejam previsíveis, mas de a estender a todos os danos que revistam tal característica. A impositação, quando desarraigada de uma complementação causal defendida por alguns autores, pode conduzir a resultados que sejam inaceitáveis. E, não obstante, ela não pode senão, quando a previsibilidade surja despida de outras condicionantes, ser vista como o reverso da opção interpretativa mais difundida.

Contemplando-a, ficamos a conhecer algumas das dificuldades a que a mesma conduz. Nesse sentido, o exemplo oferecido a págs. 283 pelos autores citados, e que para aqui transpomos: o lesante feriu o lesado que perdeu durante algum tempo o controlo da sua perna esquerda. Ao descer depois uma escada sem corrimão, e sem pedir ajuda à sua mulher ou cunhado, que estavam disponíveis para a prestar, colocou mal a referida perna, caiu e partiu o tornozelo direito. Sustentou-se a este propósito que o lesante não pode ser responsabilizado por todas as consequências que um homem razoável poderia prever.

Se muitos vêm resolver a questão com apelo a estritos critérios causais (o segundo dano não teria existido se não fosse a conduta do lesante e nenhuma condição subsequente vem negar a conexão causal), aos nossos olhos o problema encontrará resposta no seio do cotejo de esferas de risco que a situação coenvolve. Sobre o ponto, cf. *infra* o que expenderemos.

¹⁵¹¹ Cf., a este propósito, HERMANN LANGE e GOTTFRIED SCHIEMANN, *Handbuch des Schuldrechts...* cit., p. 125 e ss. Os autores, mergulhando no problema da doutrina da finalidade de protecção, e procurando estabelecer a relação entre o primeiro dano e os danos subsequentes, vêm afirmar que “a indemnização dos danos consequências é muito mais um reflexo do dever de indemnizar os primeiros danos”. Mais afirmam os insignes juristas que a delimitação dos primeiros danos e dos danos consequenciais, ou seja, a fronteira entre uma zona relevante e outra neutra se faz num *continuum*, pelo que não se compreende que a obrigação de comportamento apenas diga respeito aos primeiros. E contra isto não depõe o facto de os danos subsequentes não terem de ser culposos, já que a finalidade do dever de conduta e a exigência de culpa apresentam âmbitos diversos. Do mesmo modo, os primeiros danos podem situar-se fora do âmbito de protecção quando são previsíveis.

¹⁵¹² Cf. MICHAEL S. MOORE, *Causation and responsibility*, Oxford University Press, Oxford/New York, 2009, questionando o papel que a causalidade desempenha no quadro da responsabilidade civil e indagando se se pode substituir a *proximate cause* pela *culpability*. Do autor, veja-se, também, “Causation and Responsibility”, *Social Philosophy & Politics*, vol. 16, 1998, p. 1 e ss.

responsabilidade por culpa e baseados no risco, mas reduz a solução à afirmação de que a finalidade legal é restringir a indemnização aos danos que, sendo causados pelo lesante, sejam previsíveis e evitáveis. Redunda, portanto, não respondida a questão inicial, qual seja a de saber quando é que um dano pode ser considerado causado por aquele. Ou dito de outro modo, em que medida pode ele ser imputado à esfera de responsabilidade do agente. Para o que não é bastante o critério da culpa. Na verdade, e afastando-nos agora do cerne do pensamento de GOMES DA SILVA para, posteriormente, a ele regressarmos, podemos configurar diversas hipóteses: a) ou nos mantemos fiéis a complementares critérios causais e são estes que, na sua im procedência, determinarão a resposta ao nosso problema, ficando os arrimos propostos pelos arautos da previsibilidade confinados à indagação da culpa; b) ou abdicamos dessa complementaridade para dizermos que todos os danos previsíveis e evitáveis são indemnizáveis pelo agente. Só que, assim, e porque valoramos a previsibilidade de acordo com o que seria exigível ao homem médio, não distamos suficientemente da culpa o que, se comporta problemas em termos de construção doutrinal, não menos dificuldades acarreta no plano prático-normativo. É que focados na fundamentação da responsabilidade, os danos-violação ulteriores serão previsíveis, tanto quanto a culpa se derrame sobre eles, porquanto, ao ser aferida em abstracto, alargamos o filtro de selecção de modo a que tudo passa a ser antecipável mentalmente^{1513 1514}.

¹⁵¹³ Ou seja, pode implicar a falta de limitação da responsabilidade. Ou, em alternativa, acarretar uma restrição injustificada da indemnizabilidade dos danos, se, para suplantar a duplicação do juízo que se enceta, se fizer apelo a uma noção subjectiva de previsibilidade, ancorada no índice cognitivo do próprio agente. Esta parece, no entanto, ser uma solução de rejeitar, posto não ser sistematicamente coerente com a aferição da culpa em abstracto.

A este propósito, cf. GIESEN, *International Medical Malpractice Law...* cit., p. 183 e ss., considerando que nada é inteiramente imprevisível, desde que haja uma chance matemática, reconhecida *a priori*, que até o evento mais estranho possa ocorrer (especialmente se já aconteceu antes). Por outro lado, nenhum evento é inteiramente previsível (as particularidades do evento são sempre radicalmente novas).

Veja-se, ainda, na obra citada, p. 190, considerando que, no tocante às predisposições constitucionais do lesado, elas são consideradas previsíveis (a lesão agravada é sempre previsível porque a particular susceptibilidade de certos lesados é suficientemente comum para ser considerada pelos lesantes).

¹⁵¹⁴ A este ensejo, relembremos a questão a que nos referimos anteriormente e que se prende com a necessidade ou não de a previsibilidade estar referida ao segundo dano-violação. Adiantámos, anteriormente, que ela se projecta na edificação de uma esfera de risco, que pode abarcar ainda aquele.

Só que, assim sendo, somos instados a uma outra precisão. Cf., sobre o ponto, TILL RISTOW, *Die psychische Kausalität...* cit., p. 173. Analisa, aí, o autor o seguinte caso: E danificou a cerca da pastagem do agricultor D. O gado de D sai da cerca e é descoberto por Z, que o furta. D exige uma indemnização a E. diz-nos o autor que “o caso aproxima-se fortemente de um *Doppeldelikt*, no qual as subsequentes lesões não resultam do alargamento do primeiro ilícito, mas são elas próprias um ilícito”, e acrescenta que para se responsabilizar o primeiro agente têm de preencher-se os requisitos da *Haftungsbegründung* também em relação à subsequente lesão. Assim, há que ser observado que se criou a oportunidade de o gado ser furtado enquanto está solto. No fundo, há que saber se através da primeira causa se quer proteger também do perigo de um evento de maior grau de desvalor e gravidade. Por isso, conclui o autor que o problema se situa no quadro da causalidade preenchedora da responsabilidade, embora admita que a

O nosso filão condutor tinha-nos, de facto, feito deparar com casos cujo âmbito de relevância concreta fazia avultar a inépcia do quadro dogmático que se contentasse com esse nível predicativo¹⁵¹⁵.

distinção entre a *Haftungsbegründung* e a *Haftungsausfüllung Kausalität* não é fácil em certas constelações.

Ora, se o que queremos é responsabilizar o primeiro agente, haveremos de saber se o seu comportamento foi ilícito e, portanto, se violou ou não o direito de propriedade sobre o gado. Cremos, portanto, que o que se aprecia aqui é a dita causalidade fundamentadora da responsabilidade, ainda que este seja um dano-lesão que ocorre em segunda linha, ou seja, num momento posterior.

Situação diferente seria aquela em que se questionaria se E está obrigado a indemnizar D pelo facto de, pela lesão da sua integridade física, ter ficado impossibilitado de trabalhar durante cinco meses. São aí os danos consequenciais que se problematizam, apontando-nos para a questão do cálculo do dano.

¹⁵¹⁵ Refira-se, ainda, que não nos debruçaremos sobre o tema da restrição da indemnização aos danos previsíveis ou imprevisíveis no quadro da responsabilidade contratual. E isto apesar de a fidelidade já confessada a uma visão dual da responsabilidade civil que separa o mundo delitual do seu congénere obrigacional implicar, por uma questão de congruência, que se perscrute a repercussão que as diferenças denotadas ao nível estrutural, funcional e fundacional comportam em sede de causalidade, sendo certo que os autores que se debruçam sobre a controvérsia se quedam na avaliação do montante indemnizatório e, como tal, num momento judicativo que ainda não é o nosso.

Salientando a projecção da diferença entre responsabilidade contratual e extracontratual na determinação da sanção que lhes corresponde, cf. PAULO MOTA PINTO, *Interesse contratual negativo...* cit., p. 16, nota 43. Refere o autor que o que torna o direito contratual “tão à parte, separado do resto do direito das obrigações e mais precisamente da responsabilidade civil por actos ilícitos é tão só a da medida da sanção. No essencial, trata-se de retirar ao promitente a possibilidade de invocação da doutrina do comportamento lícito alternativo. Isto é, com base na responsabilidade contratual fica-se obrigado a reparar o dano que foi causado pelo acto ilícito. Se o mesmo dano fosse também causado por um comportamento lícito alternativo, então, em regra, não tem de ser reparado devido à quebra do nexos causal. Em princípio, também encontramos isto na responsabilidade pré-contratual. Mas no caso do não cumprimento do contrato tal alegação não é permitida. Que o contrato vincula, que se está vinculado ao interesse positivo, significa que o promitente não pode dizer ao promissário: se eu não tivesse tratado contigo – o que era perfeitamente lícito – não tinha sido concluído um contrato e também não obterias as vantagens resultantes do contrato”.

Considerando tratar-se de um verdadeiro truísmo jurídico, ainda que importante pelo apontamento prático a que conduz, resta-nos, no entanto, perguntar se não haverá aqui uma sobrevalorização do argumento, que obnubile quer a estrutura da responsabilidade contratual, quer o ponto de ancoragem dela, quer ainda, e de modo mais importante para o que nos interessa, que a dicotomia sancionatória não mais é do que o resultado de um fundamento também ele diverso.

Cf., sobre o ponto, HANS STOLL, *Haftungsfolgen im bürgerlichen Recht...* cit., p. 5 e ss.

Importa, ainda, focar a este propósito um dos argumentos amiúde invocados contra a possibilidade de a previsibilidade vir preencher os contornos da causalidade. Na verdade, dispõe o artigo 807º CC que o devedor em mora „torna-se responsável pelo prejuízo que o credor tiver em consequência da perda ou deterioração daquilo que deveria entregar, mesmo que estes factos não lhe sejam imputáveis“. Sobre o ponto, cf. VAZ SERRA, „Obrigação de indemnização...“, ... cit., p. 32, nota 62, considerando que o devedor em mora responde pelo caso fortuito ocorrido durante este período; e PEREIRA COELHO, „O nexos causalidade...“, ... cit., p. 146. Entende o autor que a solução que pretende resolver o problema da extensão do dever de indemnizar com recurso à culpa é „manifestamente inadmissível“, por ser „ilógica e inconsequente em face da realidade insofismável de que a responsabilidade civil tem unicamente um fim de reparação“, e contrária à lei, por ser o devedor em mora responsável pelo caso fortuito que atinja a coisa a prestar. Segundo o insigne civilista, „caso fortuito e culpa são pontos nitidamente antipodais. Se a coisa se perdeu por caso fortuito não se perdeu por culpa do devedor. E todavia, num caso em que a lei exige culpa, o devedor responde pela perda da coisa, por um dano de que não é culpado“. Veja-se, ainda, na obra e local citado, a nota 1, onde o autor explica que é assim „porque a lei presumiu que o caso fortuito não teria atingido a coisa se o devedor a tivesse prestado. Por presunção legal, (...) o credor não teria sofrido provavelmente o prejuízo se não fosse o facto da mora“. Mais acrescenta que a culpa se refere exclusivamente ao não cumprimento dentro do prazo por parte do devedor.

Acerca do argumento de PEREIRA COELHO importa tecer algumas considerações. Em primeiro lugar, nunca é demais lembrar que o autor se centra nos danos subsequentes e no problema da determinação

Curiosamente, a denúncia da impertinência da previsibilidade¹⁵¹⁶ para estabelecer o nexos causal acaba por atingir, pelos mesmos motivos, a posição daqueles que, criticando a solução pretérita, acolhem entusiasticamente a doutrina da causalidade adequada, ancorada na probabilidade^{1517 1518 1519}. Já antes tínhamos lançado o alerta

do *quantum* indemnizatório. Em segundo lugar, a questão é colocada no quadro contratual, restando duvidosa a automática aceitação de uma solução normativa aí plasmada como argumento válido para o domínio extracontratual. Na verdade, há que, tendo em conta a diferente intencionalidade dos dois nichos responsabilizatórios, perceber em que medida a lição colhida negocialmente é ou não plausível no mundo delitual. Simplisticamente, pode-se aventar mesmo a hipótese de, em homenagem ao princípio do cumprimento pontual dos contratos, se ter positivado uma sanção para o atraso no cumprimento com uma finalidade compulsória. Acresce que a explicitação oferecida, segundo a qual a lei presumiu que o caso fortuito não teria atingido a coisa se o devedor a tivesse prestado, não parece ser de aceitar sem mais. É certo que a leitura do nº 2 do citado preceito evidencia o carácter presuntivo sublinhado por PEREIRA COELHO, mas não é seguro que a causalidade adequada tenha acolhimento no quadro da responsabilidade pela perda da coisa em caso de mora. Atente-se nas palavras de VAZ SERRA („Obrigação de indemnização...“, ... cit., p. 40): „não são adequados apenas os factos condicionantes do dano que favorecem, em geral, esse dano, pois há casos em que o risco, a que a coisa estava sujeita, não é aumentado, mas somente alterado, e em que todavia, há responsabilidade. É o que acontece, por exemplo, na hipótese de mora do devedor“. Se raciocinarmos com base na formulação positiva da referida teoria, sempre se dirá que a manutenção da coisa na detenção do devedor não é, em geral e abstracto, condição idónea à produção do dano (não é normal e adequado, segundo um juízo de prognose póstuma que não tenha em conta as circunstâncias do caso concreto, que de tal facto resulte um dano do tipo do perecimento do bem). Encimado pela epígrafe „risco“, o artigo 807º CC parece, de facto, vir alterar o regime de repartição daquele risco entre os contraentes, o que a ser aproveitável em sede causal ditará um outro entendimento acerca do requisito.

Sobre o ponto, cf., igualmente, MARTÍN GARCIA-RIPOLL MONTIJANO, *Imputación objetiva...* cit., p. 70 e ss.; ANTUNES VARELA, *Das Obrigações...* cit., I, p. 121 e ss. (falando de uma presunção de causalidade); MENEZES CORDEIRO, *Direito das Obrigações...* cit., II, p. 392 e ss. (avançando com a ideia de sanção); e BRANDÃO PROENÇA, *A conduta do lesado...* cit., p. 187, considerando que o artigo 807º consagra uma solução que dificilmente se compagina com a doutrina da causalidade adequada.

Em geral, vide VAZ SERRA, „Mora do devedor“, *Boletim do Ministério da Justiça*, nº48, 1955, p. 238 e ss.¹⁵¹⁶ Para outros depoimentos acerca da imprestabilidade da previsibilidade para lidar com o tópico da causalidade, cf. JANE STAPLETON, „Legal cause...“, ... cit., p. 989. A autora considera que o critério é insuficiente sobretudo se tivermos em conta os casos tipos não tradicionais (*non-traditional claims*), e aponta como exemplo as situações em que o lesante omitiu o seu dever de controlar o comportamento de um terceiro. Assim, se o guarda adormece, permitindo a fuga de um criminoso, é previsível que muitos crimes possam ocorrer, sem que se possa considerar responsável o agente pelos danos daí resultantes. O fundamento da solução que se prefigura como preferível pode ser encontrado na pressuposição de um *no-duty holding in relation*, o que, e continuando a usar o verbo da jurista, tem as suas desvantagens, porquanto tal implique a assunção da inexistência de um dever geral de salvaguarda da integridade alheia por parte das forças policiais, ou, em alternativa, na consideração do tipo de consequência relevante.

¹⁵¹⁷ Sobre o ponto, veja-se, uma vez mais, PEREIRA COELHO, „O nexos de causalidade...“, ... cit., p. 212 e ss. O autor alerta que muitos sustentam que a indagação da adequação do facto ao resultado conduz à confusão entre a causalidade e a culpa. E acrescenta que “esta é (...) uma afirmação que temos por inexacta. Ponderado que a culpa se refere apenas ao facto, o sentido deste argumento só pode ser o de que a nossa doutrina se confunde com a da referência da culpa aos prejuízos em concreto. Isto mesmo, porém, não nos parece que possa ser afirmado (...). A previsibilidade exige (...) a investigação da existência ou inexistência dum certo nexos de natureza psicológica entre o lesante e os prejuízos. A probabilidade é objectiva: o prejuízo diz-se causado pelo facto quando ele surge ou aparece como provável (...). É certo que se pode dizer (...) que são adequados os prejuízos previsíveis por um homem médio. Mas falar em previsibilidade pelo homem-médio é vasar já o conceito de previsibilidade em moldes abertamente objectivos, é já desnaturar por completo o conteúdo subjectivo (psicológico) da previsibilidade, que neste sentido não é mais do que a probabilidade objectiva com que a nossa doutrina joga”.

Sendo em termos lógicos incontornável a argumentação aduzida por PEREIRA COELHO, sempre se dirá que, ao considerarmos a culpa em abstracto na esteira da melhor doutrina civilística, os dois conceitos acabam por confluir. É claro que a univocidade não é a palavra de ordem ao nível da doutrina da

acerca da questão. Relembramos agora essas notas, num momento em que, recusada a possibilidade de absorver o requisito causalidade pelo requisito culpabilidade, operamos o salto no sentido da adequação, enquanto possibilidade heurística de prossecução do nosso percurso dialógico, para rejeitar *ab limine* qualquer pretensa solução que mais não faça do que acobrear com a aparência de imputação objectiva dados predicativos da subjectividade. O que não equivale, antecipamo-lo, a aderir aos antípodas formalistas de uma probabilidade estatística¹⁵²⁰.

causalidade adequada, confrontando-nos com uma miríade de formulações, sendo por isso, essencial, olhar detidamente para alguns pontos a propósito dela. Tal trabalho será abraçado no ponto expositivo subsequente.

Veja-se, ainda, quanto a este aspecto particular, CHABAS, *L'influence de la pluralité des causes sur le droit à réparation*, ... cit., p. 93 e ss., afirmando que a causalidade adequada não se demarca de um juízo de culpabilidade; e VAZ SERRA, “Obrigação de indemnização...”, ... cit., p. 38, considerando que a doutrina sufragada por GOMES DA SILVA não dista grandemente da concepção da causalidade adequada em algumas das suas formulações.

¹⁵¹⁸ Cf., porém, FLORENCE G'SELL-MACREZ, *Recherches...* cit., p. 123, afirmando, a propósito da previsibilidade e da probabilidade, que as duas noções não coincidem necessariamente, porque na apreciação da causalidade o juiz pode ter em conta as circunstâncias de facto não conhecidas pelo agente e porque “o saber nomológico que permite formular o juízo de adequação não é sempre constituído pelas regras da experiência do homem ordinário, mas pode corresponder às leis causais científicas, conhecidas só pelos peritos”.

Há que ter em atenção, contudo, não só aos índices cognitivos em que se baseia o juízo de adequação e à sua correcção por valorações subjectivas, como ao critério de aferição da culpa.

¹⁵¹⁹ Cf., a este ensejo, GIESEN, *International Medical Malpractice Law...* cit., p. 189, considerando que, no que tange à previsibilidade, muitos tribunais consideram que os lesantes são responsáveis pelos danos previsíveis, mesmo que só o tipo e não as exactas circunstâncias do dano fossem previsíveis (e ainda que a forma de um tipo previsível de lesão fosse imprevisível, bem como ainda que as consequências de um tipo de lesão previsível fossem elas mesmas imprevisíveis). Ademais, a extensão do dano pode ser imprevisível não obstante ao ressarcimento.

¹⁵²⁰ Sobre a racionalidade que se baseia em probabilidades e o confronto entre a probabilidade matemática (de Pascal) e a probabilidade não matemática (de Bacon), cf. IAN FRECKELTON, “Epilogue: Dilemmas in Proof of Causation”, ... cit., p. 440. Veja-se, ainda, a propósito do debate entre pascalianos e baconianos, JONATHAN CHONE, *The probable and the provable*, Clarendon Press, Oxford, 1997, de cuja obra tivemos conhecimento através do primeiro autor citado.

Aproveite-se o ensejo para tecer alguns esclarecimentos adicionais. A cada um deles antepomos uma advertência: não serão eles completos nem profundos, posto reservarmos para momento oportuno a sistematização clara do modo como a probabilidade pode ser chamada a operar no seio do que tradicionalmente era pensado como causalidade. Sem que, contudo, nos sintamos inibidos de acreditar nesta nota guias de intelecção do discurso.

Na verdade, a o juízo probabilístico parece cumprir, ao nível do jurídico, uma tríplice função (A este propósito, cf. LUIS MEDINA ALCOZ, *La teoría de la pérdida de oportunidad – Estudio Doctrinal y Jurisprudencial de Derecho de Daños Público y Privado*, Thomson Civita, Editorial Aranzadi, 2007, p. 270 e ss., falando de dois juízos de probabilidade: um destinado a probabilidade de, não existindo o acto ilícito, deixar de emergir o dano, ou seja, atinente à causalidade física e colimado na condicionalidade; outro relativo à probabilidade de a causa provada ser normalmente adequada a produzir aquele resultado lesivo, que se prende com uma ideia de imputação e vem a traduzir-se na própria causalidade adequada). No campo da facticidade causal – se ela puder ser captada em estado puro, dado que duvidamos – compete, na busca da solução, com as formulações condicionais, ora complementando-as, ora contrariando-as; no âmbito imputacional, pela adesão à doutrina da causalidade adequada, converte um juízo jurídico num ajuizamento cientista. Por fim, e se cindidos os diversos enfoques problemáticos, pode depor no campo da definição do dano, se para aí remetermos questões como a indemnizabilidade do dano da perda de chance.

A não univocidade na intelecção da categoria percebe-se melhor se atentarmos na lição de DAVID W. BARNES, “Too many probabilities: statistical evidence of tort causation”, *Law and Contemporary*

34. Possibilidade de aproveitamento da lição da adequação? A sua génese e o seu imbricamento na doutrina da responsabilidade e não na doutrina do dano; A impertinência de uma visão matematicista do problema; Adequação, adequação social e probabilidade no sentido de aumento do risco.

Já anteriormente tivemos oportunidade de criticar a doutrina da causalidade adequada. Repousaram os argumentos contra ela esgrimidos em dois alicerces fundamentais. *Grosso modo*, podemos agrupar as diversas falhas em dois núcleos essenciais: de um lado, a insuficiência criteriológica, já que a teoria nos deixa sem amparo para a dilucidação dos casos eivados de uma complexidade acrescida¹⁵²¹; do

Problems, vol. 64, nº4, 2001, p. 191 e ss. Fala-nos o autor de diversos sentidos para a probabilidade: a) *belief probability*, referida à credibilidade – *credibility or believability* – da evidência a suportar a demanda factual de uma parte, ou seja, à preponderância da evidência causal; b) *fact probability*, a descrever “a separate feature of a party’s evidence related to cause”, ou seja, a “aparência de que a acção do lesante conduz a um resultado adverso”, podendo basear-se em percentagens, como no caso em que o médico, ao adiar o diagnóstico, reduz percentualmente as possibilidades de sobrevivência ou recuperação do paciente. Fala-nos, ainda, do *risk ratio*, o qual, pela comparação de um cenário em que o estímulo não está presente e outro em que está, mede a mudança percentual na incidência de um específico dano (cf. p. 193), da *correlação de um coeficiente de regressão* (o qual pode também ser a base para a probabilidade de facto, ao medir a correspondência matemática ou o grau de matemática associação entre o estímulo e o dano, permitindo estimar, em percentagens, o grau de variação de uma variável tendo em conta a variação de outra, pelo que avalia a medida da variação do dano quando o montante do estímulo muda), de *dados estatísticos* (que, baseando-se numa amostragem, estabelecem a relação entre os actos como o do lesante e os danos como o do lesado). Relacionando os diversos conceitos, BARNES explicita que a *factual probability* não nos diz tudo, tendo de se saber no que acreditar, e que, em termos jurídicos, o estímulo tem de ser uma *but-for cause*, mostrando as regras processuais em que medida deve ser convincente a evidência da necessidade, ou seja, e de um modo mais directo, a probabilidade de facto – estimada por *risk ratios, correlações, resultados regressivos ou outros estímulos estatísticos* – tem de ser acompanhada da medida da *belief probability*.

Quer isto dizer que a probabilidade matemática e científica não substitui um juízo jurídico: não o faz ao nível da causalidade dita de facto, relativamente à qual a convicção do julgador cresce; não o faz ao nível da causalidade dita de direito, que, entroncando classicamente na probabilística doutrina da causalidade adequada, se apegava menos a generalizações estatísticas para se ater às observações do lesante, isto é, procura inferir uma causalidade específica de uma causalidade geral – cf. p. 204.

Donde se podem retirar algumas conclusões preliminares. Afastada que está a possibilidade de existirem seqüências causais regulares, a descoberta da condicionalidade liga-se, paredes-meias, com a probabilidade. Só que desta, nesse juízo alocativo, há que operar o salto para uma causalidade específica, polarizada no referente cognitivo do agente e com isso, embora o pilar possa ser ainda o conhecimento probabilístico, é a previsibilidade e não a probabilidade que se agiganta. Há um claro afastamento do cientismo para nos encaminharmos para o que é normal um homem médio saber/prever. E com isso aproximamos a culpa da causalidade. Se, contendo tal invasiva, nos quedarmos num juízo probabilístico de tipo matemático e/ou científico, extirpamos do radical judicativo o ajuizamento normativo que o deve predicar, contrariando a essência do dever-ser e apartando-nos dos ensinamentos metodológicos na matéria. Assim, ainda que a probabilidade possa marcar presença, quer porque a comprovação do âmbito de relevância material do caso envolve a procura de uma verdade prática e não teórica, quer porque a acção humana, sendo análogas no seu modo, a ela recorre, devemos transcender os dados pelo referente imputacional que procuramos.

¹⁵²¹ Rememorando algumas dessas críticas, cf. o que se disse *supra* (capítulo II). Para uma súmula delas, cf., agora, FLORENCE G’SSELL-MACREZ, *Recherches...* cit., p. 100. A autora aduz certamente que ficam por resolver algumas questões, como sejam: a) a identificação do factor relevante; b) saber qual o

outro, o esvaziamento axiológico de um arrimo doutrinal que, não sendo uma decorrência lógica do princípio normativo do direito, não pode deixar de ser por ele informado¹⁵²².

Importa, não obstante, voltar a centrar a nossa atenção na ideia de adequação. Cremos haver motivos suficientes para esta aparente inflexão no nosso percurso dialógico: não só a consciência da falta de unanimidade entre os autores acerca do concreto modo de conformação da noção o justifica, como a percepção da degenerescência teleológico-conceptual de que foi alvo, desde a sua emergência no espectro do pensamento juridicamente relevante até aos nossos dias, o impõe^{1523 1524 1525}
1526

momento determinante para a determinação do potencial causal do facto delitual (cf. p. 101); c) grau de conhecimentos exigidos (cf. p. 102); d) determinação dos eventos tipo, já que a imputação causal se faz sob a forma de um processo de pensamento que contém uma série de abstrações e, como tal, os eventos-tipo identificados pelo juiz devem poder ser os termos de uma regularidade causal geral (cf. p. 103 e 104, onde a autora esclarece, ademais, em consonância com o que já tínhamos sustentado, que “quanto maior a generalização do resultado, mais aumenta a possibilidade de produção dele”); e) identificação das generalizações que fundam a imputação causal, de maneira a avaliar a frequência relativa da ocorrência dos tipos de eventos identificados; f) oscilação entre um critério de probabilidade objectiva e do aumento de probabilidades (sendo certo que é mais fácil estabelecer a causalidade com apelo ao segundo – cf. p. 106); g) confluência de diversos factores causais a apontar no sentido de uma probabilidade relativa (cf. p. 108).

¹⁵²² Cf., a este propósito, LARENZ, *Lehrbuch...* cit. I, p. 440, sublinhando que, contra a doutrina da adequação, se aduziu que a imputação é reduzida, por meio dela, a uma escala quantitativa, dependente da frequência estatística da ocorrência dos danos sequenciais. Adverte, porém, o autor que esta objecção implica que se espere da teoria da causalidade uma medida exacta.

¹⁵²³ Para uma análise contextualizada da emergência da noção de causalidade adequada, num registo crítico, cf. GÜNTHER BERNERT, “Die Leeformel von der Adäquanz”, ... cit., p. 421-442.

Note-se que, para o autor, em abono do que por nós foi referido no ponto expositivo antecedente, a ideia de causalidade, surgindo paredes-meias com a noção de condicionalidade, embora dela se distinga, procura sobretudo resolver o problema da limitação da responsabilidade pelo dano, o que, segundo o seu testemunho, pode explicar a confusão a que por vezes se assiste entre a causalidade e a culpa (cf. p. 425-426).

Vital é, no quadro da fundamentação da responsabilidade, cindida do cálculo do *quantum* indemnizatório, seleccionar, entre as condições, qual a relevante do ponto de vista jurídico, para o que importa estabelecer a dicotomia entre acções intencionais e não intencionais.

E explicita, com apego diacrónico, que a doutrina da causalidade adequada foi primeiramente pensada no quadro da intencionalidade da conduta, facto que explica o apelo à probabilidade para resolver o problema que ela leva implícito (p. 426).

Na verdade, entendendo-se, então, que uma conduta ilícita voluntária seria um acontecimento pelo qual o agente adopta um determinado movimento corporal que viola direitos absolutos alheios, compreende-se a chamada à liça da ideia probabilística. Sobre a qual recaia um outro enfoque, a legitimar a controvérsia acerca da correcta solução dos casos em que o resultado advindo não tenha sido aquele a que o agente se predispôs (cf. p. 429).

No tocante à fundamentação da responsabilidade – aquela de que agora curamos – a ideia de causalidade liga-se sobremaneira, nesse tempo primeiro, à doutrina das *Regeln des Lebens*. Tornada central no direito penal pelas mãos de WELZEL, foi mais tarde transformada pelo autor na doutrina da adequação social e das acções socialmente adequadas.

Ora, segundo o depoimento de GÜNTHER BERNERT (cf. p. 430), é ela que, designada pela expressão *Adäquanz*, se viria a ligar à doutrina da causalidade no quadro da fundamentação da responsabilidade. Núcleo predicativo da tematização desta passa a ser, portanto, o apego a uma ideia de regularidade dos fenómenos da vida dos homens em comunidade. Causa de um resultado seria toda a acção que alterasse

Partindo-se da distinção entre *Bedingungen eines Erfolges* e *Ursache als der Gesamtheit dieser Bedingungen*, e laborando-se preferencialmente no quadro das acções intencionais, importava estabelecer um critério de eleição, no seio das primeiras, daquela que juridicamente poderia ser tida como causa do resultado. O apelo às regras da experiência e à regularidade dos acontecimentos da vida ganha terreno, num domínio

essa regularidade. [Para uma distinção entre a adequação social e a doutrina da causalidade adequada, cf. *Derecho Penal. Parte General* (tradução espanhola), Tomo I, Editorial Civitas, Madrid, 1997 (tradução espanhola de LUZÓN PEÑA, GARCIA CONLLEDO, VICENTE REMESAL), p. 371 e ss.]

Duvidando da pertinência da doutrina para tratar da questão das acções não intencionais, ao que nós acresceríamos o problema das omissões, BERNERT acaba por afirmar que nenhuma das doutrinas tradicionais pode ser aceite no quadro da causalidade jurídica, denunciando a confusão amiúde experimentada entre ilicitude, culpa e causalidade (cf. p. 433 e ss.).

A propósito do artigo citado alguns comentários.

Uma nota para, positivamente, louvarmos a distinção – operada pelo autor, mas nem sempre assumida de forma comprometida pelos restante juristas – entre a *haftungsbegründenden* e a *haftungsausfüllenden Kausalität*, já que, como BERNERT salienta – e nós já tivemos oportunidade de referir –, não é necessário, num segundo momento de determinação causal, recorrer a elementos imprescindivelmente ponderados previamente.

Outra para salientar a expressividade da epígrafe que funciona como pórtico de entrada das lucubrações do autor – *Die Leeformel von der Adäquanz* –, a evidenciar, não só o sentido aporético da doutrina submetida a apreciação e com o qual concordamos, como, sobretudo, a possibilidade de por baixo daquela capa se acolherem posições diversificadas. A propósito da causalidade como uma fórmula vazia, v., entre nós e *inter alia*, MENEZES CORDEIRO, *Da responsabilidade...* cit., p. 534 e MENEZES LEITÃO, *A responsabilidade do gestor perante o dono do negócio...* cit., p. 325.

É sobretudo este o ponto que nos interessa sublinhar: o carácter caleidoscópico da fórmula da adequação. O quadro macroscópico de sentido diacrónico que aqui fica traçado permite, de facto, constatar isso mesmo.

¹⁵²⁴ Cf. HANS STOLL, *Haftungsfolgen im bürgerlichen Recht...* cit., p. 399. Afirma o autor que a fórmula da adequação é flexível, permitindo diversas interpretações. Se a doutrina francesa parece apontar no sentido da lição do prognóstico retrospectivo e a doutrina germânica mais antiga para o normal e provável curso dos acontecimentos, um entendimento normativo da teoria da adequação chega a tocar a doutrina da finalidade da norma, a qual indaga se o evento danoso surge como decorrência do fundamento da responsabilidade ou por outra razão que se colime no perigo pelo qual se há-de responder (p. 400).

No fundo, e mais explicitamente, STOLL afirma que o que na doutrina austríaca foi cunhado como teoria do fim da norma, na Alemanha não conseguiu suplantar completamente a doutrina da adequação que, na prática, se assume como um primeiro teste para a determinação do que é normativamente relevante como causa do dano. Não deixa, contudo, de sublinhar as vantagens da primeira relativamente à segunda, porquanto a consideração do fim da norma permita relacionar a solução encontrada com o fundamento da responsabilidade. E, se é certo que a doutrina da adequação apresentava já, embrionariamente, uma reminiscência deste pensamento, a doutrina do escopo da norma violada vem especificá-lo, ao confrontar o risco geral da vida com o risco adicional criado pelo autor (p. 400).

¹⁵²⁵ Cf. ANTONIO FERNÁNDEZ CRENDE, “Imputación objetiva en un caso de responsabilidad civil ex delicto: criterio de la provocación”, *Indret. Revista para el análisis del derecho*, 313, 1/2006. Mostra o autor que a causalidade adequada já não pode ser entendida nos moldes em que era quando o critério foi primeiramente formulado e depois reformulado. A penetração de que foi alvo por valorações de tipo normativo leva-nos a questionar se verdadeiramente ela subsiste ou se, pelo contrário, a sua manutenção se afigura aparente, em virtude da dificuldade de lidar com a matéria ao nível das ciências exactas.

¹⁵²⁶ Cf. LARENZ, *Lehrbuch...* cit. I, p. 435, considerando que, primitivamente, a doutrina da causalidade adequada procurou estabelecer um conceito de causalidade em sentido jurídico, e só tardiamente se reconhecer estar-se diante de uma verdadeira teoria da imputação.

Veja-se, igualmente, ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações...* cit., p. 763, nota 1: referindo-se às diversas formulações da doutrina da causalidade adequada, afirma que “algumas delas evoluíram no sentido da chamada doutrina da imputação objectiva, que não apresenta, é certo, diferenças radicais” [acrescenta, ainda, que a teoria de WRIGHT, que a seu tempo chamaremos à colação – a *the substantial-factor formula*. Cf. “Causation in tort law”, ... cit., p. 1735 e ss. –, é similar à doutrina da causalidade adequada]

onde o nome de VON BAR ressoa de forma especial, marcando de modo incontornável a gênese da doutrina da adequação¹⁵²⁷.

A explicação tornada propositadamente vaga permite perceber que, dentro dos contornos balizados pela adequação, muitas podem ser as abordagens causais desenvolvidas.

Não falamos, agora, das divergentes formulações criteriológicas que supra mencionámos¹⁵²⁸. Intencionalmente orientados por outro desiderato, diremos, tão-só, que a materialidade subjacente à fórmula por BERNERT apelidada de vazia se torna, até por isso, ambivalente¹⁵²⁹.

Partindo-se originariamente da ideia de equivalência das condições, importava em termos jurídicos determinar qual seria relevante. E se, depois de todos os critérios propostos – a traduzirem-se numa miríade de doutrinas explicativas – denotarem as suas falhas, se busca, como resultado de um esforço convergente do domínio penal e civil, a

¹⁵²⁷ Cf. VON BAR, *Die Lehre vom Kausalzusammenhange...* cit., p. 10 e ss.

Para VON BAR, o surgimento de um resultado supõe sempre a presença de condições auxiliares e a ausência de outras. Mas nada disto pode ser considerado causa, porquanto só o seja o que estabelece uma alteração no curso ordinário dos acontecimentos. Por isso, o campo de aplicação da doutrina deve ficar limitado aos comportamentos humanos. A causa é tudo aquilo que contraria as regras ordinárias da vida, devendo ter-se em conta dois critérios – a previsibilidade e a deficiência por referência a um bom pai de família – interrompendo-se a cadeia causal sempre que outro evento irregular intervenha. Pese embora a referência à previsibilidade e ao desvio da conduta, que faz com que muitos o excluam da lista de cultores da causalidade adequada, a introdução da ideia de curso normal das coisas faz dele um precursor da ideia de causalidade adequada.

Sobre a posição do autor, v., ainda, “Zur Lehre vom Causalzusammenhang im Rechte...”, ... cit., p. 21 e ss. e o que referimos no capítulo II.

¹⁵²⁸ Veremos, porém, que elas trilham o seu curso paralelamente às grandes divisórias que aqui estabeleceremos.

¹⁵²⁹ Numa referência à *Leerformel* de BERNERT, cf. LARENZ, *Lehrbuch...* cit. I, p. 437. O autor aponta algumas das aporias a que somos conduzidos por via da causalidade adequada (sob que ponto de vista se deve avaliar a probabilidade dos danos? E têm-se apenas em conta ou carácter normal ou não do dano ou deve-se ponderar o curso dos acontecimentos que conduziram até ele) e salienta que, além destas dúvidas, pela abrangência da doutrina, a adequação perde, por vezes, a sua aptidão para limitar a responsabilidade. Cf., sobre o ponto, WOLFGANG B. SCHÜNEMANN, “Unzulänglichkeit der Adäquanztheorie? AG und LG Regensburg, VersR 1977, 459”, ... cit., p. 19 e ss. Sustenta o autor que, ao nível da teoria da adequação, vamos olhar para um grande leque de condições de um resultado de modo a eliminar todas as que, segundo a experiência de vida, são incomuns ou improváveis. Só que, segundo o autor, ao aplicarmos a teoria dificilmente somos confrontados com fenómenos inadequados – cf. p. 21. SCHÜNEMANN frisa que “a teoria da causalidade adequada é entendida como uma doutrina da imputação jurídica que prevê um juízo positivo sobre um nexo causal ontológico, operando, então, sobre um conceito causal dado, pela lógica e pelas ciências da natureza”, e que se vem a traduzir na teoria da *conditio sine qua non*. Entende, por isso, tratar-se uma fórmula vazia e pleonástica, pese embora evite a fórmula da condição regular. Partindo da *condicionalidade*, vai derramar sobre ela o cunho da juridicidade, funcionando como uma limitação da responsabilidade e assumindo-se com um cariz normativo-imputacional. Só que aí, ou se converte na denunciada fórmula vazia, ou se reduz a um cálculo probabilístico, que não capta a intencionalidade do direito. Outra possibilidade é vê-la como um “requisito mínimo de compreensão do nexos causal”. Estimando-se as probabilidades, substituindo ou complementando a *conditio sine qua non*, não se lhe atribuiria um cunho imputacional, sendo apenas um ponto de partida.

Para uma diálogo entre a *conditio sine qua non* e a causalidade adequada, cf. FLORENCE G’SSELL-MACREZ, *Recherches...* cit., p. 163 e p. 171.

resposta ao problema na ideia de regularidade dos acontecimentos da vida, abrem-se definitivamente as portas ao discurso probabilístico. Que pode conhecer cambiantes várias, levando-nos gradativamente desde uma impositação naturalista que nos aproxime da causa necessária ou da causa regular¹⁵³⁰ até um sentido imputacional¹⁵³¹ que nos situe no limiar das doutrinas que, recentemente, fazem apelo aqueloutra ideia do risco.

Verdadeiramente, no seu radical profundo, a causalidade adequada não se queda na sindicância da real causa do resultado danoso, mas tão-só na indagação do grau de adequação entre este e o comportamento do agente. O referente último de inteligibilidade dela não pode deixar de ser imputacional, apresentando-se eivado por uma preocupação com o justo¹⁵³².

¹⁵³⁰ Saliente-se, *inter alia*, a posição de HONORÉ (cf. A. M. HONORÉ, “Causation and remoteness of damage”, ... cit., p. 37-38, já anteriormente citado a este propósito), para quem a doutrina da condição necessária conduziria, na única interpretação plausível, a uma ideia de probabilidade.

¹⁵³¹ Considerando que a causalidade adequada não se resume a uma visão estatística assente na mera probabilidade, *inter alia*, PEREIRA COELHO, “O nexó de causalidade...”, ... cit., p. 209 e ss.; BRANDÃO PROENÇA, *A conduta do lesado...* cit., p. 449; ID., *Direito das Obrigações – Relatório...* cit., p. 194, considerando que o critério mais razoável é o da causalidade adequada e que a valoração de uma probabilidade objectiva, graduada desde a improbabilidade até à certeza e passando pela maior ou menor probabilidade, não traduz um método estatístico, já que releva o curso normal dos acontecimentos e os factos conhecidos do lesante ou cognoscíveis; ANTUNES VARELA, *Das Obrigações...* cit., I, p. 906; HERMANN LANGE, “Adäquanztheorie...”, ... cit., p. 198 e ss.; LARENZ, *Lehrbuch...* cit. I, p. 439 (sustentando, inclusivamente, que pode ser comparada à pura imputação pelo risco presente na responsabilidade objectiva. Mas alertam que a adequação não é suficiente para limitar a responsabilidade, propondo ao lado dela outros critérios de restrição); DEUTSCH, *Allgemeines Haftungsrecht...* cit., p. 95 e ss.

Veja-se, igualmente, CARNEIRO DA FRADA, *Teoria da Confiança...* cit., p. 637, nota 688: “A expressão probabilística de uma sequência de eventos é portanto susceptível de se referir a uma repetição de juízos prático-rationais no agir. Entendida deste modo, defronta-se facilmente a objecção de que uma comprovabilidade estatística seria sempre insuficiente para a explicação da acção, a pretexto de que esta só se pode entender adequadamente no quadro da racionalidade prática. É que a probabilidade passa a ser reportada à ocorrência de um juízo prático-rationais, esse sim verdadeiramente capaz de tornar completamente compreensível a conduta. De algum modo, a regularidade estatística acaba por poupar a necessidade de uma indagação singular das coordenadas prudenciais da acção, simplificando a sua apreciação. Nesta linha, pode dizer-se que a causalidade de tipo probabilístico será apenas um modo de exprimir uma causalidade do género prático-rationais segundo o modelo quantificável das ciências da natureza. A questão central de saber se é possível falar de uma mesma realidade em duas línguas diferentes perante uma ontológica ipseidade, ou se não haverá antes duas realidades incomunicáveis (...) fica neste aspecto (...) em larga medida esvaziada de conteúdo”.

¹⁵³² Relembramos aqui o que antes tínhamos afirmado (cf. capítulo II). A consequência é necessária quando, no momento da prática do acto, à luz das circunstâncias, era certo que ocorresse. O juiz teria, então, que olhar para a consequência e refazer o processo causal que permitisse a sua ligação ao comportamento do eventual lesante. Perscruta-se, deste modo, aquela que pode ser a causa efectiva do evento danoso. O que se pretende em qualquer uma delas é de – com base num critério pré-definido – determinar, de entre as diversas condições de ocorrência do dano, qual a que em concreto o gerou. Já não seria assim se o nosso pensamento se centrasse na adequação. Focar-se-ia a atenção no comportamento do lesante e indagar-se-ia se, em abstracto, é ou não normal e adequado que um dano daquele tipo possa resultar de um comportamento daquele género. Só que, o que em teoria as permite destringir, na prática doutrinária e judicativa, perde peso pela afirmação da adequação como um *plus* de complementação da inquirição condicional.

Acresce que, consoante nos filioemos num juízo de prognose *a priori* ou *a posteriori*, assim ficaremos ou não contaminados por uma determinação naturalística do real que, não só é contrariada pelos dados deste,

Contudo, contra o que poderia ser o seu propósito, não cremos que ela cumpra a missão a que se predispôs.

Girando em torno de uma ideia probabilística, incorre, muitas vezes, no vício de confundir o dado oferecido com o dado construído¹⁵³³. E erra ao não perceber que uma eventual probabilidade, ainda que não determinística, mesmo podendo ser acolhida, carece da construção, imbuída da intencionalidade predicativa da juridicidade, não podendo, por si só, oferecer a base para o preenchimento material da ilicitude com o nexos que se almeja alcançar.

Olhar para o comportamento do lesante para saber se ele era ou não adequado a causar um dano daquele tipo antolha-se desvalioso. Por um lado, apaga a nota personalística de que não cansamos de dar conta; por outro, querendo-se com a complementação do pressuposto causalidade saber se o resultado experimentado pode ou não ser tido como ilícito – pelo que este é, afinal, por nós definido como um nexos de ilicitude – na sua ligação ao comportamento daquele eventual lesante, somos forçados a concluir que, orientados pelo critério predisposto pela doutrina tradicional, continuamos na obscuridade¹⁵³⁴.

Dubitativo será saber se em todos os casos se poderá com absoluta certeza determinar a causa. Pelo que, contra o que poderia supor o leitor diante das nossas

como não espelha a intencionalidade predicativa da juridicidade que necessariamente coenvolve a resolução do problema da conformação de um requisito da pretensão indemnizatória.

Dito isto, podemos adiantar que, sem querermos viciar a normatividade com um sentido normativístico alienador do dado concreto, estamos em crer que a bondade de uma bipartição do juízo causal em questão de facto e questão de direito não pode continuar a ser aceite. Sobre o ponto, teceremos ulteriormente as devidas considerações.

Por ora, sublinhe-se apenas o cerne da ideia avançada: a probabilidade em si pode ou polarizar-nos numa categoria causal explicatória ou pode preencher o conteúdo de um juízo imputacional que a ultrapassa em larga escala.

¹⁵³³ Rememore-se, para uma melhor compreensão discursiva, a proposta metodológica da *Livre Investigação Científica do Direito*, cuja paternidade se deve a GÉNY, e as críticas que sobre ela impendem.

¹⁵³⁴ Não negamos que há notas de subjectividade que lentamente foram sendo introduzidas para minorar o tendencial formalismo a que poderíamos ser condenados com o *status quo* probabilístico. Mas, bem vistas as coisas, em nada elas adiantam ao critério da culpabilidade, já porque ele se consubstancia num juízo abstracto, que entronca no padrão do homem médio, já porque a realidade complexa em que os acontecimentos se sucedem pode não garantir a unicidade causal.

Sobre a discussão intensa que se verifica na doutrina a propósito do cotejo entre a probabilidade e a previsibilidade, cf. o que se disse no capítulo II e no ponto 33.

Nem ignoramos que os autores, olvidando as mais das vezes a dualização do pressuposto, procuram ligar os danos subsequentes ao comportamento do lesante, onde o papel da causalidade, matizada pelos elementos típicos da cognoscibilidade do agente, marcariam o seu trilho. Sabemos, contudo, na medida em que pensamos ter argumentado de forma suficientemente firme para esclarecer a importância da segmentação por que nos guiamos, não ter chegado o momento de dar resposta a tal preocupação.

Situamo-nos a montante e, como tal, é a montante que temos de apontar baterias na busca da solução materialmente justa e normativamente adequada.

últimas palavras, importa frisar que, neste momento, não é esse o objectivo da investigação do jurista decidente.

Limitar-se-á ele a procurar o sentido da imputação, diligenciando a resposta para o problema: pode aquele resultado ser reconduzido até ao comportamento do eventual lesante? E se o que releva não é a imputação subjectiva mas o grau de contribuição dele na alteração verificada na *realitas*, e se a reconstituição do percurso causal se afigura inviável – já pelo desconhecimento, já pela falta de linearidade desse traçado, onde confluem, numa sinergia necessária, múltiplos factores e condicionantes¹⁵³⁵ –, então a única possibilidade que se antolha razoável é solucionar o problema do ponto de vista do que é devido pelo agente. Orientando-nos pela focalização comprometida do dever, a outra conclusão não chegaremos, posto situarmo-nos no âmbito das relações societárias generalizadas, não especificadas *en avant*, que não seja aquela que, em nome da pessoalidade, nos conduza até ao dever de respeito pelos demais, concretizado, também, numa ideia de precaução ou prevenção.

Entra, pois, em cena uma ideia de risco¹⁵³⁶. Que não andarão longe de uma dada interpretação da causalidade adequada.

Em primeiro lugar, ela legitimar-se-á enquanto refração da pressuposição axiológica de que se parte – embora desnudada do pendor dedutivista que caracterizou o pensamento jurídico numa determinada época.

¹⁵³⁵ Sabemos que ao longo da nossa dissertação teremos de aflorar um outro nicho temático. Mesmo antes de tecermos algumas considerações – que desde já se anunciam sincopadas, porquanto o problema aí, e em consonância com o que temos vindo a defender, mais diga respeito ao dano do que à suposta causalidade – sobre o segundo momento causal, seremos instados a explorar o papel que a dita causalidade factual ocupa no discurso jurídico.

É aí que questões como a sobredeterminação causal ganha novo fôlego. Do mesmo modo que será nesse tempo e nesse local que se chamarão à colação controvérsias como as que têm ocupado os autores a propósito das causas hipotéticas, virtuais ou mesmo da causalidade superveniente.

Antecipe-se, contudo, que o que ali será dito fica fortemente condicionado – em nome da congruência exigível – pelo tratamento dispensado ao nexos de ilicitude, jogado anteriormente.

¹⁵³⁶ A ideia de risco, tal como vai aqui entendida, permite-nos, contudo, estabelecer a cisão relativamente ao papel da culpa na dogmática da responsabilidade extracontratual. No quadro da culpabilidade, o que se pretende é saber se o agente conformou ou não a sua conduta com o que era exigível a um homem médio, em face do perigo previsto ou previsível para um determinado bem jurídico. No quadro da imputação objectiva, o que se indaga é se a lesão deste ocorreu na esfera do risco assumido pelo agente.

Esta assunção do risco pode ocorrer por duas vias. Ou porque enceta uma determinada actividade que a lei considera apta a produzir um dano e como tal, não indo ao ponto de a proibir, onera com um grau de responsabilidade independentemente da imputação subjectiva; ou porque actua em contravenção com os deveres que lhe são impostos no tráfego (isto é, actua com culpa).

De um lado, uma impostação subjectiva; do outro lado, um enfoque objectivo. Que obviamente parte da primeira. Só que, a ser assim, já se vislumbrará a necessidade de um passo em frente. Passo esse que reservaremos para momento posterior, quando os denominadores mínimos de inteligibilidade da nossa proposta estiverem cumpridos, logrando o esclarecimento do auditório a que argumentativamente nos dirigimos.

O dado aqui reforçado, longe de prefigurar uma repetição carecida de sentido, cumpre duas funções primordiais. Por um lado, afasta-nos da probabilidade matematicamente encarada e traduzível na disponibilização de uma solução de tipo estatístico ao problema nevrálgicamente colocado no centro do modelo delitual. O que, estamos em crer, só pode ser motivo de júbilo, dado mostrar-se ela inconsonante com a racionalidade especificamente jurídica, de pendor analógico, porquanto tenha aquele pensamento probabilístico subjacente a si uma lógica indutiva e determinista, que, não só quadra mal com a intencionalidade especificamente jurídica, como se revela infrutífero para resolver problemas de *quid iuris*, carecidos, como são, de uma valoração materialmente comprometida¹⁵³⁷.

Tal não redundando, obviamente, na negação da realidade subjacente ao juízo decisório que o reclama. Longe de qualquer abstracção alienante que se concentre unicamente no sistema, olvidando o pólo da dialéctica que deve funcionar como *prius* da tarefa judicativa, aceitamos que a chamada à liça de um juízo probabilístico possa ter lugar, já que a causalidade real mais não é do que mera probabilidade explicativa. Simplesmente se recusa que seja aí, fazendo tábua rasa da liberdade humana positivamente conformada, que radica o centro nevrálgico da imputação que se busca¹⁵³⁸.

¹⁵³⁷ E para que não se pense que o nosso discurso assenta numa redução *ad absurdum* dos perigos que poderiam aportar com a fidelidade ao entendimento explanado, rememoremos a este ensejo algumas soluções típicas nas jurisdições anglo-saxónicas em que se discute percentualmente o grau de probabilidade que deve ser dado como provado em juízo.

Criticando a visão percentual da causalidade, a que muitas vezes se condena o decidente em sede de prova do nexa que se quer edificar, cf. MASSIMO BIANCA, *Diritto Civile...* cit., p. 625.

Para uma visão crítica da causalidade probabilística, veja-se, também, embora estribado num leque diverso de argumentos, MICHAEL S. MOORE, “The Metaphysics of Causal Interventions”, *California Law Review*, 88, 2000, p. 866. Para o autor não é a ausência da valoração materialmente comprometida que pesa determinantemente, mas antes a não conformação do modelo com a metafísica causal que procura encontrar.

¹⁵³⁸ Veja-se, a propósito da probabilidade, CHRISTIAN VON BAR, *The Common European Law of Torts...* cit., p. 449 e ss. VON BAR começa por salientar a importância da probabilidade na prova da causalidade para depois distinguir duas perspectivas de encarar os dados. Assim, fala de uma ideia de regularidade, assente em probabilidades estatísticas, a par de uma questão de evidência (isto é, o entendimento do tribunal relativamente àquele grau de probabilidade). No fundo, o que o autor pretende aduzir é que, no tocante à apreciação da questão pelo juiz, a valoração das probabilidades atestadas pelos peritos fica dependente não só de um juízo pessoal sobre o caso, como também das regras processuais sobre a matéria. A divisão entre os ordenamentos jurídicos torna-se, então, evidente, com uns a impor uma prova de 51% de probabilidades e outros a apontar no sentido da convicção plena do julgador, e, portanto, no sentido de uma probabilidade superior.

Como poderemos constatar, a causalidade compreendida em termos probabilístico-estatísticos cumpre uma dupla função, não só no sentido da atribuição da responsabilidade, pelo preenchimento de um dos requisitos imprescindíveis de procedência de uma pretensão ressarcitória favorável, como de resposta a um problema de facto. Assim, *vide* p. 451, onde VON BAR sublinha que um teste de causalidade factual não é possível sem elementos atinentes à adequação. Mais especificamente (cf. p. 453), qualquer aplicação

Por outro lado, a eticidade que enforma e informa o nexos de ilicitude que aqui começa a ganhar contornos definidos permite afastar totalmente uma ideia probabilística a que outros fazem apelo, designadamente no seio da *law and economics*.

É que mesmo que a ela se possa recorrer com um pendor instrumental – como tópico em que se alicerçará o juízo normativo acerca do risco e da esfera de domínio a que ele incindivelmente deve ir ligado –, importa não esquecer que sobre a mesma terá de ser derramado o sentido último do direito¹⁵³⁹.

Fechado este excursus, é tempo para voltarmos às razões legitimadoras da interpretação que dispensamos à ideia de adequação. Se a primeira delas tem força suficiente para vingar sozinha, a verdade é que a constatação histórica da génese da doutrina vem também depor no sentido da não matematização da categoria^{1540 1541 1542}.

do teste da condicionalidade sem a qual vai desembocar num juízo de probabilidades, operando a adequação no sentido de contrabalançar os resultados a que ali se chega.

Repare-se, ainda, que, entendida em termos estatísticos a probabilidade, ela se distancia da previsibilidade, porquanto esta se apresenta como uma categoria absoluta, não traduzível em percentagens.

¹⁵³⁹ De facto, como já tivemos oportunidade de apontar, a eficiência e eficácia em que se transmuta a justiça no seio do funcionalismo jurídico vai agrilhoar-nos igualmente a uma ideia probabilística. Não assente na mera contemplação da realidade natural, mas estruturada segundo padrões de racionalidade económica.

Donde, a um passo, se densifica a nossa crítica. Posto que se percebe, afinal, que a ideia de probabilidade em si mesma nada comunica. Dotada do formalismo próprio das análises estatísticas, ela torna-se vazia, devendo ser guiada por uma valoração específica. Ora, no caso em apreço, ela não pode deixar de ser, de modo algum, uma valoração normativa, portanto assente na pressuposição ética da pessoa. E com isso somos levados ao abandono da causalidade adequada como mera probabilidade – o seu sentido mais corrente – para nos debruçarmos sobre a ideia de domínio do risco, que, sem deixar de olhar para o dado, não pode ser vista senão como uma construção normativa com um forte pendor imputacional.

¹⁵⁴⁰ Sobre o ponto, cf. FLORENCE G'SELL-MACREZ, *Recherches...* cit., p. 92 e ss., dando conta de uma opção para fundar uma forma de explicação causal na história sem se cair no determinismo, que partiria da consideração da existência de doses mistas variáveis de previsibilidade e imprevisibilidade. Mostrando que a expressão causalidade adequada já era conhecida antes de ser usada pelos juristas alemães, sendo utilizada, por exemplo, por SPINOZA, explica que ela tentou formular uma via de imputação causal singular. Acompanhemos, *brevi momenta*, a explicitação que a autora nos oferece acerca do modelo nomológico da causalidade dita científica – cf. p. 75. Segundo ela, “o modelo nomológico trazido pela corrente neo-positivista do Círculo de Viena é fundamental no pensamento contemporâneo. A assimilação entre causalidade e lei invariável foi abandonada no mundo filosófico anglo-saxónico nos anos 1940 a 1970. Nesse contexto, foi formulado o princípio da explicação nomológico-dedutiva, que designa a causa com recurso às leis universais subjacentes. O interesse do modelo passa pelo facto de ele não permitir só uma análise causal a propósito dos eventos passados, mas autorizar também a previsão”. De acordo com o modelo clássico, “a explicação de um fenómeno é fundada cientificamente se ela puder mostrar que esse fenómeno é um caso particular de uma lei”, só que “a análise determinística torna inútil o uso do termo causalidade. A redução da explicação causal à actualização de uma lei serviu de argumento a dois autores – Carnap e Russell – para defender a renúncia da terminologia causal nos trabalhos científicos” (cf. p. 77). Ora, como todas as leis da natureza admitem excepções, “o modelo nomológico-dedutivo evoluiu admitindo a existência de fenómenos submetidos a leis probabilísticas e não determinísticas”, dando-se, assim, origem a um modelo indutivo-estatístico, que acaba por mostrar fragilidades várias (“conduz a conclusões contraditórias, sempre que se esteja em presença de contra-exemplos ou desde que os dados do problema não sejam conhecidos; só permite ter em conta probabilidades elevadas; não é suficiente para resolver problemas de sobredeterminação causal” – cf. p. 80) e apresenta dificuldades notórias quando tem de ser transposto para o campo das ciências humanas. Se “a opção determinística parece

difficilmente aceitável quando aplicada à realidade humana e à característica da actuação livre do homem”, procurou-se “desenvolver uma opção para fundar uma forma de explicação causal na história sem cair no determinismo”. O mérito é devido a MAX WEBER, que se inspira na teoria elaborada pelos juristas alemães no final do séc. XIX – a causalidade adequada (p. 92) – onde o determinismo seria só parcial, porque “na experiência quotidiana não há um determinismo absoluto, nem uma pura contingência, mas doses mistas variáveis de previsibilidade e imprevisibilidade”, e fundada na ideia de regularidade invariável. Este modelo conhece algumas correcções na época contemporânea, dando origem à causalidade probabilística, ancorada numa análise estatística, e, no final do séc. XIX, “a teoria da causalidade adequada tentou formular uma via de imputação causal singular, salvaguardando a objectividade e evitando o determinismo”.

¹⁵⁴¹ Não pretendemos, pese embora a referência à génese histórica, aproximar novamente a ideia de causalidade adequada a uma ideia de causa regular. De facto, não só isso apontava no sentido diametralmente oposto do que pretendemos explicitar, como uma leitura simplista dos dados normativos e dogmáticos apenas seria viável se ignorássemos que, uma vez feito germinar o embrião de uma doutrina, ela se autonomiza dos seus pais espirituais para pertencer ao mundo científico que dela pode fazer uso.

Isso, aliás, garante o descomprometimento em relação a uma ideia finalista. O alerta tem sentido tendo em conta a referência feita por BERNERT, na explanação crítica acerca da fórmula da adequação, às condutas intencionais, restando problemáticas a este ensejo aquelas que não fossem determinadas pela vontade do agente. É que, segundo decorre da lição do autor germânico, VON BAR teria sido profusamente influenciado por WELZEL.

A acção não poderia continuar a ser vista como uma acção causal, na esteira da escola moderna, partidária de um positivismo naturalista, que a definia como um movimento corporal determinante de uma modificação do mundo exterior, ligada causalmente à vontade do agente. Estabelecia-se a oposição clara ao *status quo ante*. O sistema clássico de direito penal, defendido entre outros por VON LISZT, VON BELING e RADBRUCH, partindo de uma concepção mecanicista de acção, entendida como um comportamento corporal voluntário causador de determinada alteração no mundo exterior, acabaria por ser condenada ao fracasso por não admitir, designadamente, a captação das realidades omissivas.

Se a repercussão do finalismo se faz sentir sobretudo ao nível da conformação da ilicitude e da culpa, especificamente no tocante à recondução do dolo e da negligência para o núcleo predicativo da primeira, a verdade é que ele deixa a sua marca ao nível da causalidade. Nesse sentido, cf. a exposição de que já demos conta de autoria de BERNERT (cf. “Die Leeformel...”, ... cit., p. 427 e ss.) e a referência ao apelo da probabilidade ou improbabilidade do dano.

Denota-se aqui uma aproximação tendencial à ideia de culpa, por nós já rejeitada. Mas denota-se mais, porque a doutrina das *Regeln des Lebens*, designada por VON BAR e VON KRIES por *Adäquanz*, serviu de base quer à impostação que clama pela ideia de regularidade dos fenómenos da vida dos homens em comunidade, quer à doutrina da adequação social e das acções socialmente adequadas, central no sistema de direito penal, na qual viria a ser transformada por desenvolvimento posterior do próprio WELZEL (para maiores desenvolvimentos sobre o ponto, cf. BERNERT, “Die Leeformel...”, ... cit., p. 430 e ss.).

Sobre a problemática da adequação social em direito civil, intrinsecamente ligada ao finalismo, e a discussão em torno de saber se ela actua ao nível da tipicidade ou da ilicitude, cf. H. C. NIPPERDEY, “Rechtswidrigkeit, Sozialadäquanz, Fahrlässigkeit, Schuld im Zivilrecht”, *Neue Juristische Wochenschrift*, 10. Jahrgang, Heft 48, 1954, p. 1777 e ss.; RIBEIRO DE FARIA, “Algumas notas...”...cit., p. 151 e ss. [cf., ainda, p. 154, nota 303, com amplas indicações bibliográficas acerca da aceitação ou não da doutrina no ramo do direito em que nos inserimos. Particularmente interessante é a posição aí recolhida de REINHARDT. O autor afirma que “não pode (...) levar à afirmação de que toda a ingerência que não vá contra o dever de cuidado seja lícita por adequação social”. Outros depoimentos levam-nos a considerar que o que estaria em causa ao nível da adequação social seria a observância de um dever objectivo de cuidado, excludente, portanto, da ilicitude – assim, *apud* RIBEIRO DE FARIA, op. cit., loc. cit., LEHMANN, WUSSOW ou WIEHÖLTER].

Cf. ENNECERUS/NIPPERDEY – *Allgemein Teil des bürgerlichen Rechts*... cit., p. 1295 – que considera que o comportamento socialmente adequado é aquele que observa as exigências de segurança no tráfego. O autor entende que, diante de um comportamento perigoso, a ordem jurídica pode proibi-lo ou não, impondo, no segundo caso, o respeito por determinadas regras. Assim sendo, o problema da adequação social é remetido, pelo autor, para o domínio do risco permitido, onde a ilicitude está ausente. Para uma análise crítica das posições do autor, cf. RIBEIRO DE FARIA, “Algumas notas...”...cit., p. 159 e ss.

RIBEIRO DE FARIA, no estudo citado, alarga o âmbito de relevância da adequação social (cf. p. 155). Citando diversos juristas, o autor integra na problemática agora em análise as chamadas acções inofensivas. Formulada por BINDOKAT, a noção de acção inofensiva partiria da ideia de interdependência das pessoas nos seus múltiplos contactos quotidianos. Das relações do dia-a-dia decorreriam inúmeras

E a formulação negativa de ENNECERUS e LEHMANN não pode deixar de ser aqui chamada à liça para espelhar, na sua referência ao aumento do risco, esse afastamento do entendimento matematizante e estatístico da probabilidade¹⁵⁴³.

limitações de interesses pessoais, que, apesar disso, deveriam ser considerados lícitos. É uma ideia de conveniência. Uma espécie de “preço a pagar” pela inserção comunitária, reflexo da personalidade humana. Seria o caso de A pisar o pé de B no meio de uma multidão.

Não deixa, pois, de estar presente – sendo esse o grande filão unificador das diversas hipóteses de adequação social – a ideia de conformação com a axiologia determinante da consciência jurídica geral.

Ainda que sucinta a nossa exposição – e ancorada no depoimento de diversos autores entre os quais não se estabelece plena unanimidade – a verdade é que a ideia de regularidade das regras da vida ganha um duplo sentido. Com um pendor mais naturalístico, serve de critério guia para a delimitação dos danos prováveis; com um pendor eticamente conformado permite excluir do círculo de responsabilidade do eventual lesante todas as acções que não ultrapassem esse limiar de conformação com os valores socialmente aceites. Ora, sobre esta perspectiva não recai o manto de imprestabilidade que atinge a primeira, mas, bem vistas as coisas, ela redundará na delimitação das hipóteses de ilicitude e culpa, não tendo potencial – ainda que sobre a inspiração finalista dela nada houvesse a contrapor – para cumprir mais do que um papel preliminar na indagação causal, com sentido imputacional, que buscamos.

Aliás, em rigor, devemos ter noção que ela – transposta para o domínio da causalidade – acabou por ganhar uma coloração própria que, com a autonomização viabilizada pelo passar do tempo, determinou a degenerescência da doutrina da causalidade adequada na ponderação meramente probabilística que já denunciámos.

Para outros desenvolvimentos acerca da doutrina finalista e da aceitabilidade da noção de adequação social no quadro do direito civil, cf. ERWIN DEUTSCH, “Finalität, Sozialadäquanz und Schuldtheorie als zivilrechtliche Struktur Begriffe. Welzels Fernwirkung auf die Zivilrechtsdogmatik”, *Festschrift für Hans Welzel zum 70. Geburtstag am 25. März 1974*, Walter de Gruyter, Berlin, New York, 1974, p. 227 a 250 [vide, especialmente, p. 240 e ss. para uma análise das condutas que, ao nível do direito civil, podem ser tidas como socialmente adequadas]; ZIPPELIUS, „Die Rechtswidrigkeit von Handlung und Erfolg“, ... cit. p. 397; STOLL, „Unrechtstypen bei Verletzung absoluter Rechte“, ... cit., p. 203 e ss.

Não ficaria completa a nossa nota se, em nome do rigor científico, não frisássemos que a ideia de regularidade dos acontecimentos, se não humanos, mas naturais, alicerça igualmente uma noção de equivalência condicional, encontrando-se, contudo, separada de uma estrita compreensão da doutrina da *conditio sine qua non*. Sobre o ponto, cf. ROTHENFUSSER, *Kausalität...* cit., p. 4-8. A este propósito, consulte-se, novamente, FLORENCE G’SSELL-MACREZ, *Recherches...* cit., p. 163 e p. 171 (“o raciocínio contrafactual supõe que se represente aquilo que teria sido o curso provável dos eventos na ausência do factor considerado”, pelo que “a resposta à questão da *conditio sine qua non* não é dada senão em termos de probabilidade).

Sublinhe-se, *in fine*, que uma compreensão finalística da acção juridicamente relevante poderia determinar uma diferente conceptualização do problema causal. Na verdade, não só depoimentos anteriormente colhidos o demonstram (veja-se o que se disse no capítulo antecedente), como os problemas atinentes à causalidade fundamentadora da responsabilidade diminuiriam se aliassemos aquele finalismo à edificação de uma ilicitude da conduta.

¹⁵⁴² Três advertências se impõem. Em primeiro lugar, o apelo histórico não significa o culto de um pensamento a-histórico que, não tendo em conta as mutações da juridicidade, pretendesse captar o sentido das categorias com que temos de lidar à luz do que elas significavam no momento da sua emergência. Em segundo lugar, a ligação embrionária a uma ideia de adequação social não implica que aceitemos o finalismo, doutrina com que a ideia alcançou a luz. Por último, importa não esquecer que, *ab initio*, a doutrina da causalidade adequada surge imbuída de um rigor matemático excessivo, consoante as formulações a que se adere. Cf., a este propósito, VON KRIES, “Über die Begriffe der Wahrscheinlichkeit und Möglichkeit und ...”, ... cit., p. 467 e ss.

Sobre o pensamento de VON KRIES, cf., FLORENCE G’SSELL-MACREZ, *Recherches...* cit., p. 99, adiantando que, “na sua formulação mais elaborada [Von Kries], a teoria da causalidade adequada aproxima-se de um modelo indutivo-estatístico elaborado posteriormente pela epistemologia neo-positivista que atribui o título de causa ao facto que aumento significativamente a probabilidade do efeito”.

¹⁵⁴³ A este propósito consulte-se, ainda, HANS GIGER, “Analyse der Adäquanzproblematik im Hapfpflichtrecht. Beitrag zur Objektivierung der Wertungsmaßstäbe“, ... cit., p. 141-158.

Torna-se, aí, clara a tentativa de objectivação do critério da adequação. Situando o direito da responsabilidade civil na linha meridiana entre a necessidade de reparar o dano e a imperiosa limitação da

A negação da adequação como um magma uniforme na sua fundamentação última permite-nos, antes de mais, depor no sentido imputacional da questão causal. Mas não garante a finalização do nosso percurso, uma vez que não afiança mais do que já tínhamos explicitado com apelo à teleonomologia última da responsabilidade e à pressuposição da liberdade positiva a contagiar os diversos requisitos de procedimento de uma pretensão ressarcitória em que aquele princípio normativo se refracte. Ou seja, o facto de podermos aceitar que certas impostações da doutrina da causalidade adequada

imputação deste a um terceiro, desvelando-se neste conflito valorativo a tensão que perpassa todo o instituto, GIGER considera fundamental ter-se em conta, na solução de um caso concreto, toda a estrutura do direito ressarcitório, sobretudo porque o legislador não terá equacionado – ou pelo menos fornecido o quadro conceptual de articulação – muitas das categorias que a doutrina e a jurisprudência, a este ensejo, manobram.

É nesse sistema funcional que nos confrontamos com o problema da causalidade. Mais do que uma exigência normativa, ela passa a ser vista pelo autor como uma decorrência da razão lógica: uma relação de responder sem a prova da relação entre o evento causador do dano e a eclosão deste é inimaginável (p. 144). A asserção, intrinsecamente conexcionada com o reconhecimento da justiça compensatória como o nervo condutor de toda a dogmática ressarcitória (p. 141-142), não o condena, porém, à assunção do requisito de procedência de uma pretensão indemnizatória em termos naturalistas. HANS GIGER é clarividente no afastamento de tal possibilidade, concluindo que, na falta das definições ao nível legislativo, devemos entender que a causalidade natural não serve para dar resposta ao problema base.

Há entre ela e a causalidade jurídica uma contradição que obsta à sua adopção plena: enquanto a concatenação condicional se estabelece segundo uma cadeia infinita de causas e efeitos, o sentimento de justiça reclama a limitação da responsabilidade, para o que erige em exigência inolvidável a edificação daquele nexos, que aporta pela utilização de instrumentos jurídicos aptos a qualificar a condição como causa.

É neste âmbito, uma vez explicitada a importância estrutural e funcional da causalidade, que GIGER se debruça sobre o problema da adequação, reconhecendo, embora, que ela respeita muito mais à teoria da responsabilidade do que à doutrina da causalidade (cf. p. 146 e nota 31). Seguindo os princípios do conhecimento teórico, ela orientar-se-á pela determinação da relevância do dano, restando saber se cumpre ou não a missão que em geral lhe é confiada. O balanço crítico é, posteriormente, encetado pelo jurista. Afirma HANS GIGER que ao longo dos tempos foi sendo criado um estereótipo do que é a adequação: causa de um dano seria o evento que, segundo o curso ordinário das coisas e a experiência geral da vida, presta essa função (p. 148). A adequação conduziria, assim, a uma relação de probabilidade e é aí que reside a suposta fraqueza do critério, porque formula uma questão à qual não se pode responder matematicamente. A probabilidade é uma grandeza objectiva, empírica, comprovável, mas a prisão a essa objectividade acaba por deixar de lado as exigências qualitativas da adequação, designadamente nos casos em que se constata o envolvimento não negligenciável de circunstâncias extraordinárias (p. 149). Conclui, por isso, GIGER que o problema reside sobretudo na formulação do critério e aponta, como contributos objectivos para a enunciação e preenchimento da noção de adequação, a *normaler Erwartungsbereich* (normal âmbito de expectativas), o *gewöhnlicher Lauf der Dings* (curso normal dos acontecimentos) e o *allgemeine Lebenserfahrung* (geral conhecimento da vida).

Claramente se evidencia aqui um duplo esforço: objectivação da lição da adequação; coloração normativa do seu conteúdo. Contudo, *in fine*, o autor concretiza os critérios de qualificação pela correspondente gradação das possíveis respostas à indagação causal, concitando-nos dúvidas.

Elas não mais fazem do que espelhar parte do que, em geral, acabámos de referir, pois que, se é certo que o autor nega qualquer logicismo na realização concreta do direito, a preocupação com a adopção de critérios objectivos poderá, se a intencionalidade material da juridicidade a não acompanhar, fazer o interprete resvalar para o plano formal.

Não queremos apodar a lição de HANS GIGER de formalista, mas apenas mostrar, através dela, que não é a adequação em si que nos motiva reservas, mas as possíveis interpretações dela.

Sem que, também o reconhecemos, a adequação por si só, ainda que perspectivada segundo o correcto prisma, resolva todo o magna de problemas que com a causalidade se tendem a cruzar.

não são desvaliosas não obsta a que não se mostrem falhas na mobilização prático-normativa que delas se faça.

Por isso, aqui chegados impõe-se mais. O mais que redundará na delineação de critérios que, estribados dialecticamente em três pilares fulcrais (pessoalidade, com tudo o que tal implica; dimensão sócio-ontológica determinada pelo perigo; teleologia da responsabilidade civil a apontar para a ideia de comutatividade), concretizem o filão argumentativo que, assumido como *prius* e perspectiva, tudo condiciona.

35. Apreciação crítica

Ainda que possa cumprir as notas axiológicas que a consideração da teleologia última da responsabilidade civil exige, a previsibilidade referida ao primeiro dano nada acrescenta em relação à culpa. E a verdade é que um prévio segmento causal se afigura imprescindível. De facto, para além do primeiro evento lesivo, um comportamento pode gerar certos danos que, sendo subsequentes e polarizando-se na preterição de direitos de tipo absoluto, não suscitam apenas uma questão relativa ao *quantum* indemnizatório. Relativamente a eles, a culpa não tem de se lhes referir, mas não pode ser descurado um juízo imputacional, que permite, inclusivamente, a configuração do resultado como ilícito. Acresce que a culpa não é bastante para determinar se o dano foi ou não causado pelo pretense lesante. A compreensão do que aqui vai dito implica a rememoração de todos aqueles casos que envolvem a interferência de terceiros, do próprio lesado ou de forças da natureza no processo de produção da lesão. A complexidade do real, potenciando situações de sobredeterminação causal, não permite que o jurista se possa contentar com a formulação de um juízo culpabilístico.

Referida aos danos consequenciais – e ainda que com esta alusão nos afastemos do núcleo central da nossa dissertação, polarizada na *haftungsbegründende Kausalität* –, a previsibilidade não nos ampara, uma vez que aqueles não têm de ser concretamente previstos pelo lesante, nem têm de ser previsíveis. Basta pensar nos lucros cessantes para ficar convencido da bondade da asserção, podendo adiantar-se que alguns autores estendem a crítica à causalidade adequada e à ideia de probabilidade¹⁵⁴⁴.

¹⁵⁴⁴ A este propósito, veja-se, ainda, o artigo 564º/2 CC, referente à indemnização dos danos futuros. Na verdade, dispõe o preceito que na fixação da indemnização, pode o tribunal atender aos danos futuros, desde que sejam previsíveis; se não forem determináveis, a fixação da indemnização correspondente será remetida para decisão ulterior”. Ora, ainda que os autores distingam os lucros cessantes dos danos futuros, mostrando que as duas categorias correspondem a classificações autónomas (cf., nesse sentido,

Em suma, a ideia de previsibilidade parece não cumprir a dialéctica que por nós foi anunciada: ela não garante a comutatividade que a teleologia do instituto reclama; nem garante o cumprimento do desiderato imputacional exigido pelo sentido último da responsabilidade, ao não permitir identificar o causador do dano.

No que à causalidade adequada tange, é evidente que, sob a capa de uma designação unitária, se acolhem muitas teorias, não só díspares na formulação criteriológica, como diferentes na intencionalidade com que surgem imbuídas. Em si mesmo, ela antolha-se uma fórmula vazia, sendo imprescindível escarpelizar os contornos exactos do arrimo com que se lida em concreto para podermos tecer sobre ele quaisquer considerações. Na verdade, ao falarmos de causalidade adequada, estamos a referir-nos a realidades tão diversas que vão desde as que, corrigindo a indagação probabilística com os índices cognitivos do agente, se aproximam de uma ideia de previsibilidade assente no homem médio, até às que desembocam num juízo estatístico-indutivo, passando por interpretações que, colocando o acento tónico no risco, nos encaminham, paulatinamente, para uma ideia de escopo de protecção da norma e/ou de incremento do risco. Nesta última versão, a causalidade adequada surge já desvirtuada e pode encarar-se como a confissão envergonhada da sua própria imprestabilidade, se assumida nas formulações mais ortodoxas. No que àquelas duas primeiras opções dialógicas concerne, sempre haverá que reconhecer que, ao potenciar-se a aproximação entre a probabilidade e a previsibilidade, a causalidade adequada há-de passar a ser contaminada pelas fragilidades que anteriormente reconhecemos. Ao invés, se objectivarmos absolutamente o juízo causalista, reduzindo-o a um cálculo matemático de probabilidades, apagamos o referente de sentido da pessoalidade, chegando a uma impostação problemática similar à *conditio sine qua non*, na medida em que se mostra informada pelo mesmo tipo de cálculo logicista.

consoante já ficou anteriormente explicado, PAULO MOTA PINTO, *Interesse contratual...* cit., p. 1088 e ss.), os mesmos podem coincidir, suscitando-se a dúvida acerca da referência da previsibilidade aos danos consequência ou não. Cremos que o melhor entendimento a derramar sobre o preceito terá de passar pela contemplação do ponto de referência temporal a que o mesmo nos conduz. Na verdade, a previsibilidade a que ali se alude (“...desde que sejam previsíveis...”) parece não se referir à previsão devida do agente no momento da prática do facto, mas à possibilidade de se prever a emergência de tais danos no momento em que a sentença é proferida. Esse é, aliás, o critério mobilizado por PAULO MOTA PINTO quando distingue os dois tipos de danos. Vários são os argumentos que podemos mobilizar para defender a nossa posição: esta é a única via para garantir a unidade interna do sistema e única que se compadece com a justiça material que se almeja (porque verdadeiramente não é possível, a não ser que tudo se considere em abstracto previsível, exigir que a previsibilidade se derrame sobre os danos consequenciais). Ademais, a formulação do preceito, a apontar quer para a previsibilidade, quer para a determinabilidade, encaminha-nos para esse entendimento.

Acresce que, em qualquer das situações, continuamos na sombra quanto a saber quem foi o autor da causa real do dano. Ou seja, nem o dever ser se cumpre, nem a transposição para a dimensão ôntica se opera com segurança.

36. A lição de PIETRO TRIMARCHI acerca da causalidade

PIETRO TRIMARCHI, na monografia que dedica ao tema, aponta critérios muito precisos de orientação do decidente na solução do problema da causalidade¹⁵⁴⁵.

Através deles afasta-se quer dos que buscam, ao nível do direito, alicerçá-la num conceito pré-jurídico, quer dos que, nos antípodas, sublinham a conexão funcional do critério limitativo com o escopo da norma que estabelece a responsabilidade¹⁵⁴⁶. Em alternativa, propõe a bifurcação criteriológica, prestando homenagem à bipartição imputacional com que somos confrontados no mundo delitual. Risco e culpa condicionariam, pois, o sentido da causalidade, já que são diferentes as finalidades que presidem a cada uma das previsões^{1547 1548}. São essas finalidades que servem de filão

¹⁵⁴⁵ Cf. PIETRO TRIMARCHI, *Causalità e danno*, ... cit.. Veja-se, ainda, “La causalità nella responsabilità civile”, cit., p. 7 e ss., onde nos é apresentada uma importante sùmula do pensamento do autor sobre a temática.

¹⁵⁴⁶ Cf. PIETRO TRIMARCHI, *Causalità...* cit., p. 2 e p. 52

Na verdade, para o autor parece excessivo concluir que não é possível oferecer uma fórmula válida em geral para delimitar a responsabilidade. É certo que reconhece estar a solução do problema dependente da função da norma que sanciona a responsabilidade e que a finalidade de normas particulares pode determinar a aplicação de critérios também eles especiais, mas, dilucidando-se um escopo geral para a responsabilidade pelo risco e outra para a responsabilidade por actos ilícitos, pode-se, sinepeicamente, aventar a possibilidade de formular critérios limitativos de validade geral, ainda que dicotomizados em dois sectores (p. 2-3)

É este, pois, o horizonte discursivo onde o jurista se filia. E se ele decorre fielmente do acompanhamento das palavras do autor nas páginas citadas, não menos seguro é dizer que também transparece do laborioso esforço de sedimentação do fundamento da responsabilidade objectiva. Veja-se, por isso, também, PIETRO TRIMARCHI, *Rischio* ... cit., p.

Neste ponto, TRIMARCHI faz radicar uma das críticas à doutrina da causalidade adequada, posto traduzir-se ela numa solução unitária da concatenação exigível entre facto lesivo e dano (cf. TRIMARCHI, *Causalità...* cit., p. 39).

Veja-se, também, “La causalità nella responsabilità civile”, p. 7, onde o autor afirma que, sendo o problema causal uma questão prática, ele passa pela definição de regras jurídicas oportunas, ou seja, adequadas ao escopo do nicho de responsabilidade civil com que lidamos.

¹⁵⁴⁷ Cf. TRIMARCHI, *Causalità...* cit., p. 53

Denota-se já aqui a orientação teleológica da lição de TRIMARCHI que, não desaparecendo nunca do horizonte de referência discursiva do autor, terá implicações várias. Cf., na obra citada, para maiores desenvolvimentos, p. 53-54.

Saliente-se, ainda, e já que neste primeiro momento estamos a fixar os contornos com que TRIMARCHI vem solucionar o problema da causalidade, que, para o autor, não basta este momento imputacional, positivamente vertido no noção de consequências directas e imediatas (artigo 1223º Código Civil italiano), afigurando-se imprescindível o recurso a uma causalidade de facto. Sobre o ponto teceremos, posteriormente, os devidos comentários, uma vez que, quer sistemática, quer materialmente, remetermos o tratamento da problemática para depois da questão imputacional.

Vide, porém, TRIMARCHI, *Causalità...* cit., p. 12.

condutor do pensamento de TRIMARCHI, o qual se queda na explicitação de inúmeros critérios limitativos da responsabilidade.

Assim, e no que à imputação baseada no carácter ilícito da conduta diz respeito, somos confrontados com as ideias a seguir explicitadas.

Em primeiro lugar, a vítima não tem direito a ser garantida contra o risco a que estaria substancialmente exposta mesmo que o acto ilícito não tivesse tido lugar¹⁵⁴⁹.

Em segundo lugar, haveria que ter em conta as situações em que o dano surge como realização de um risco novo criado pelo autor do ilícito ao qual o lesado não estaria exposto na ausência do acto ilícito¹⁵⁵⁰. E neste ensejo salienta TRIMARCHI que nem toda a criação do risco pode ser chancelada de desvaliosa. Para que o seja, urge que

¹⁵⁴⁸ Veja-se, contudo, quanto ao ponto, NILS JANSEN, *Die Struktur des Haftungsrechts...* cit., p. 621 e ss. Integrada na análise que enceta dos princípios da responsabilidade civil, JANSEN fala do princípio do risco – *Gefährdungsgrundsatz* – mostrando aí que, a par da perspectiva que o concebe como oponente ao princípio da culpa, outra avulta, nos termos da qual ele entronca numa ideia de culpa levíssima, que se deve a MOLINA, formando quer um dos argumentos centrais para a averiguação das exigências de conduta comunicadas ao pretense lesante, quer o fundamento das hipóteses de responsabilidade pelo risco. Cf., ainda, LARENZ/CANARIS, *Lehrbuch*, ... cit., II/2, p. 428; KÖTZ, “Haftung für besondere Gefahr”, ...cit., p. 1 e ss.

¹⁵⁴⁹ Cf. TRIMARCHI, *Causalità...* cit., p. 57 e ss. O critério é visto como uma decorrência necessária da função primária da responsabilidade delitual por factos ilícitos: reintegrativa. E refracte-se em sub-critérios explicitadores da ideia previamente anunciada. Assim, considera TRIMARCHI que “se A calunia B ao ponto de este se ter de mudar de cidade, A não é responsável por todos os acontecimentos que sobrevêm na esfera de B, enquanto ele se encontra nesse lugar” (cf. p. 57-58).

Ou seja, e escalpelizando o raciocínio do autor, ao mesmo tempo que acompanhamos a sua exposição, não haverá responsabilidade quando o acto ilícito seja condição necessária do dano só por haver determinado a presença do bem lesado no espaço e no tempo em que o evento se verificou e o risco do evento danoso daquele tipo se distribui de modo substancialmente uniforme nesse tempo e nesse espaço (p. 58). Segundo TRIMARCHI, se é certo que o evento danoso expõe o bem a um determinado risco, não é menos certo que o subtrai a análogo risco que sempre existiria. Excepcionam-se, porém, nos termos do artigo 1221º CC italiano, os casos em que se verifica o perecimento de coisa alheia furtada em virtude de um facto fortuito (cf. p. 59, nota 7).

Aquilo que o autor apresenta como excepção mostra-nos, concomitantemente, que a solução imputacional longe de se quedar numa impoção causal se predica em termos eticamente cunhados.

Também não haverá direito ao ressarcimento sempre que o acto ilícito conduza à adopção pelo lesado de um determinado comportamento da vida ordinária cujo risco envolvente seja considerado tolerável (cf. p. 62), nem quando aquele acto tido por antijurídico seja concausa do dano por ter oferecido a um terceiro a ocasião e o instrumento, facilmente substituível, para provocar o dano dolosamente, já que o intento doloso do terceiro teria levado a realizar o acto de qualquer forma e com análogos efeitos (cf. p. 64).

No fundo, esclarece o autor, “la vittima non há diritto di essere garantita contro rischi ai quali sarebbe stata sostanzialmente esposta comunque” (p. 64)

[Veja-se, a este propósito, a explicitação que LARENZ nos apresenta da doutrina da causalidade adequada. Segundo esta, restam sem indemnização os danos que, no momento da prática do acto, e do ponto de vista de um observador experiente, devessem ser tidos em conta como totalmente improváveis. Segundo o seu testemunho, tais consequências incomuns não são passíveis de ser imputadas ao agente responsável, exactamente porque são vistas como meras coincidências, devendo ser suportadas pela pessoas que as sofre – cf. LARENZ, *Lehrbuch...* cit. I, p. 436 e nota 32, referindo-se à ideia de *casus sentit dominus*. Como vimos, a abrangência da doutrina da causalidade adequada, que a faz estender desde uma posição quase naturalista até à zona limítrofe da doutrina da imputação pelo risco, acaba por ditar que haja interpretações dela que não andam longe de outras formulações causais].

Veja-se, ainda, TRIMARCHI, “La causalità nella responsabilità civile”, cit., p. 8.

¹⁵⁵⁰ Cf. TRIMARCHI, *Causalità...* cit., p. 65

haja, conexas com ela, uma alta probabilidade da lesão ou que o dano a que conduza seja grave, ao que se aliariam ponderações atinentes à utilidade social da conduta. E mais esclarece que o dano só deve ser indemnizado quando possa ser visto como realização do risco que se tinha o dever de reduzir ou eliminar¹⁵⁵¹.

¹⁵⁵¹ Cf. TRIMARCHI, *Causalità...cit.*, p. 67. Note-se que o autor se aproxima, sobremaneira, neste ponto, de considerações atinentes à doutrina do fim da norma, sem que, porém, se refira explicitamente ao problema segundo esta fórmula.

Já não seria a finalidade reintegradora da responsabilidade civil a ser chamada à liça mas a função preventiva que se lhe reconhece. Baliza-a TRIMARCHI com uma nota sancionatória da qual não abdica, porquanto, sustentando-se em autores como GORLA, refere o perigo de se ceder ao impessoal critério da causalidade se não tivermos em conta a personalidade do sujeito, situada na base da responsabilidade por culpa (*vide* p. 68, nota 23). A conexão com ela salvar-se-ia por se limitar o ressarcimento aos danos que sejam realização do risco que, com a imposição normativa, se pretendeu evitar.

Note-se que o autor, a este ensejo, entra em diálogo com a doutrina plasmada na *Common Law*, e acaba por, lançando mão do cotejo entre o método da eliminação e o método da substituição, trazer para o núcleo predicativo deste segundo critério de limitação da responsabilidade indicações como aquelas que nos mostram que a ressarcibilidade do dano deve excluir-se quando, eliminando ou modificando os elementos da descrição da conduta, é possível obter um acto lícito que teria igualmente causado o evento danoso. Sendo permitida de forma limitada a criação de um determinado risco, mas verificando-se este em medida superior ao que era lícito e constatando-se a eclosão de um acidente que teria, com prática certeza, ocorrido igualmente se o risco fosse consentido, considera TRIMARCHI que o evento deve ser visto como realização de um risco consentido e não do risco superior. E, em todas aquelas situações em que o anunciado grau de certeza se não obtém, entra em cena a regra *in dubio pro reo*, excluindo-se o direito à indemnização da vítima (cf. p. 78 a 80).

Em suma, o autor propõe uma limitação do ressarcimento tendo em conta o escopo da norma violada, ou seja, circunscreve-o aos danos que sejam a realização de um risco ilícito criado. Permitindo diferentes valorações consoante o acto se mostre doloso ou negligente (cf. p. 84 e ss.), não deixa de ser curioso notar que se integram aqui considerações que, noutros âmbitos, são tidas pelos autores a propósito daquilo que se designa por causalidade de facto. O dado inovador, sendo paradigmático de uma certa impostação causal, denota implicitamente a percepção da impossibilidade de se pensar o jurídico apartando da factualidade uma determinada pressuposição normativa que dialecticamente condiciona o modo como relevamos as suas especificidades. De outro modo se dirá que é louvável no pensamento do autor o imbricamento das soluções apresentadas na teleologia do instituto.

V., igualmente, “La causalità nella responsabilità civile”, cit., p. 9. Note-se que o autor aduz que temos de comparar o risco com a utilidade social da conduta e os custos de eliminação do primeiro. E conclui que os riscos razoáveis não dão origem à responsabilidade civil. Mas, “neste caso, nem temos de lidar com o problema da causalidade. Basta considerar a não ilicitude do acto para excluir a responsabilidade”. Adianta, ainda, que, se o mesmo acto gera um risco proibido e um risco permitido, a qualificação da conduta não basta para resolver o problema, pois ela é ilícita. Assim, não haverá responsabilidade se o dano não for a concretização do risco em nome do qual a conduta é considerada ilícita. Mais se diga que um raciocínio análogo também vale para as hipóteses em que “se omite a adopção de uma medida de cuidado e se verificou um dano que se teria evitado com o cumprimento do acto devido, se tal dano não for a realização do risco que se devia eliminar ou reduzir” – cf. p. 11.

Note-se que o risco de se verificar uma possível consequência danosa, considerado isoladamente, pode ser insuficiente para, por si só, fundar a ilicitude do acto. Mas isso não impede que o risco, somado a outros riscos concomitantes, não possa concorrer a determinar a qualificação da ilicitude. Ora, segundo o autor, não se pode, aqui, separar mentalmente aquele risco dos outros para concluir pela não ressarcibilidade do dano, até porque “a descrição do risco é um processo mental e, como tal, pode ser entendido como a soma dos múltiplos riscos”. A páginas 12, o autor oferece um exemplo paradigmático do que está a afirmar: “um operário de uma empresa de trabalhadores na estrada não usa a protecção necessária para salvar os transeuntes. Salta uma peça de metal e fere uma das pessoas. O facto é excepcional, mas a responsabilidade deve ser afirmada. Este risco vai considerado na ponderação do risco global de que a utilização dos aparelhos pode ferir os peões. Não importa se era uma pedra – caso normal – ou uma peça metálica – caso excepcional. O caso excepcional é a realização de um risco praticamente inseparável do risco global que torna a conduta ilícita. Por isso, o dano do tumor provocado pela exposição de amianto será ressarcível mesmo que a exposição tenha ocorrido numa época em que ainda

Em terceiro lugar, vai pensado um critério para fazer face aos casos em que se verifica um excepcional agravamento da lesão inicial, por ser aqui o dano resultado de um risco inseparável daquele que torna ilícita a conduta. Em causa estaria uma ideia de proporcionalidade entre o peso da responsabilidade e a gravidade da conduta ilícita que, não sendo exigida quer pela doutrina – ao não estendê-la à natureza e identidade do dano –, quer pela teoria da causalidade adequada, não pode levar o jurista a obnubilar totalmente a posição do lesado por corresponder ela a uma desproporção face à inocência deste^{1552 1553}. Assim, a responsabilidade não se deve estender aos eventos que ocorram pelo concurso ou intervenção de concausas excepcionais, que determinem uma gravidade desproporcionada à gravidade do acto ilícito^{1554 1555}.

Paralelo percurso é calcorreado no tocante à responsabilidade pelo risco, cujas funções primaciais residem, segundo o autor, na reintegração do património do lesado e na pressão económica sobre aquele que organiza a actividade arriscada, de modo a que ela seja racionalizada¹⁵⁵⁶.

É delas que decorrem os limites ressarcitórios. Por isso, e desde logo, excluem-se os danos atípicos e imprevisíveis por poderem perturbar gravemente o equilíbrio económico da empresa¹⁵⁵⁷. A lógica intrínseca e explicitada por TRIMARCHI prende-se, de facto, com a viabilidade de o dano ser calculado pelo empresário e coberto pelo

não se sabia que o amianto provocava tumores, uma vez que nessa altura já se sabia que não era benéfico para a saúde”. Sobre estes problemas, cf., *infra*, o que se dirá acerca da causalidade dita aditiva. Especificamente sobre o caso da peça de metal que fere um dos transeuntes, cf. KRAMER, „Schutzgesetze...“, ... cit., p. 338 e ss. e o que *supra* sublinhámos sobre o caso.

Acrescente-se, ainda, que o autor aduz que “não basta que a acção tenha determinado o evento danoso e que este último seja do mesmo tipo daquele que se compreende no risco ilícito. É necessário que o risco se mantenha desde o momento da conduta até ao evento, sob pena de haver interrupção dessa relação”.

¹⁵⁵² Cf. TRIMARCHI, *Causalità...* cit., p. 89. Veja-se, ainda, num diálogo amplo que mobiliza argumentos contra e a favor da proporcionalidade a que se alude, p. 95-96.

¹⁵⁵³ Cf., quanto ao ponto, W.V.H. ROGERS, *Winfiel and Jolowicz* ... cit., p. 232, evidenciando, no cotejo entre o *test of foreseeability* e o *test of directness*, que o primeiro acaba por não pôr termo a situações de desproporção entre o comportamento do lesante e a obrigação em que incorre, porquanto a ideia de previsibilidade não se estende ao montante patrimonial, mas tão só ao género de dano que se produziu.

¹⁵⁵⁴ Cf. TRIMARCHI, *Causalità...* cit., p. 100. Haverá tal desproporção quando o tipo de evento que se verifica é mais grave que o evento que um acto ilícito do tipo considerado possa ocasionar, sem o concurso de circunstâncias extraordinárias.

¹⁵⁵⁵ Cf., também, TRIMARCHI, “La causalità nella responsabilità civile”, cit., p. 13, sustentando que se deve excluir a responsabilidade por consequências anómalas de gravidade enormemente desproporcionada em relação à culpa inicial.

¹⁵⁵⁶ Cf. TRIMARCHI, *Causalità...* cit., p. 134.

¹⁵⁵⁷ Saliente-se que a referência à empresa só se poderá compreender cabalmente se se articular a lição aqui colhida com a globalidade da obra do autor, designadamente a já citada monografia relativa à responsabilidade objectiva.

mecanismo securitário, pois só assim se pode traduzir num custo da organização funcional que aquele titula¹⁵⁵⁸.

Mais se diga que é aqui que reside a especificidade da responsabilidade pelo risco. Em tudo o que respeite à função de reintegração, os limites vêm a ser os mesmos que foram autonomizados para as hipóteses fundadas na culpa do lesante.

O enfoque é colocado, portanto, na distribuição económica do risco. E se ele justifica a imposição, com carácter de excepção, de uma responsabilidade objectiva, entende-se que ela se estenderá a todo o risco criado, o que não obsta a que se possam estabelecer limites¹⁵⁵⁹. E se a responsabilidade se deve, na lógica economicista que preside à doutrina em apreço, integrar no jogo de lucros e perdas da empresa, há que, como previamente referido, excluir da indemnização todo e qualquer dano que seja estranho àquele risco, o que se consegue através da noção de caso fortuito¹⁵⁶⁰.

É tempo, então, de sistematizar, positiva e negativamente, os contributos do autor na matéria.

Ponto de meridiana evidência é a colagem da solução oferecida em matéria causal à prévia delimitação das funções que a responsabilidade civil é chamada a

¹⁵⁵⁸ Cf., quanto ao ponto, MARGARET ISABEL HALL, “Duty, causation and third-party perpetrators: The Bonnie Mooney Case”, ... cit., p. 612. A autora, a propósito da *vicarious liability*, aduz tratar-se de um caso de *enterprise causation analysis*.

Veja-se, ainda, embora não especificamente sobre o problema da causalidade, as considerações que NILS JANSEN expende a propósito de alguns dos princípios da responsabilidade civil – cf. *Die Struktur des Haftungsrechts...* cit., p. 626 e ss. Na verdade, a par do princípio da culpa e do princípio do risco, JANSEN fala de outros que podem ser ponderados pelo julgador, entre os quais se contam a) o princípio da responsabilidade empresarial; b) o princípio da especial protecção das actividades quotidianas; c) o princípio da especial protecção das crianças; d) o princípio da melhor segurabilidade, e e) o princípio do concreto controlo do risco.

No que ao primeiro concerne, profundamente ligado à discussão acerca dos fundamentos da *Gefährdungshaftung*, que dominou o pensamento jurídico delitual no outro século, associa-se, na explicitação oferecida pelo autor, a ideia de que a empresa poderia incorporar nos custos de produção as despesas com a prevenção e ressarcimento de eventuais acidentes, funcionando a responsabilidade objectiva como um mecanismo de efectiva prevenção, na medida em que a empresa procuraria otimizar a sua actividade no sentido de diminuição dos custos de produção. Estaria, por isso, nos antípodas do argumento edificado em torno do princípio da protecção das actividades quotidianas, porque, ao contrário do que sucede no mundo empresarial, não é possível haver uma monitorização, controlo e optimização do risco ao nível da vida corrente, não sendo viável exigir-se uma abstenção de todas as actividades potencialmente danosas, pelo que nos devemos circunscrever à culpa. Problemática seria, não obstante, a delimitação dos exactos contornos das *Alltagstätigkeit* (cf. p.628).

Particularmente interessante pelos problemas éticos que comporta é, neste horizonte de referência, cogitar, como faz o autor, a questão da actuação da mãe grávida em face do seu filho não nascido, indagando-se se ela deve ou não responder diante dele pelo consumo de drogas ou outras substâncias nocivas.

¹⁵⁵⁹ Cf. TRIMARCHI, *Causalità...* cit., p. 142, 144. Segundo o autor, a responsabilidade objectiva estende-se a todos os danos superiores à normal tolerabilidade que sejam realização do maior risco tipicamente criado pela actividade em questão, salvo as limitações introduzidas pela lei com uma particular descrição dos danos ressarcíveis.

¹⁵⁶⁰ Cf. TRIMARCHI, *Causalità...* cit., p. 145.

cumprir. Não só a divisória entre responsabilidade por culpa e pelo risco se justifica por esse prisma, como toda a concretização criteriológica subsequente, estribada em cada um dos domínios previamente delimitados, é tributária de uma óptica teleológica.

O paradigma, comportando uma dimensão inovadora que seguidamente explicitaremos, não deixa de ecoar até hoje, se não no sentido aqui delineado, pelo menos em termos sincopados e recíprocos¹⁵⁶¹.

¹⁵⁶¹ Com o emprego da expressão recíproco queremos significar que, se nem todos os juristas são claros na ancoragem teleológica da solução a que nos conduzem em matéria de causalidade, pelo menos a grande maioria, ao debruçar-se sobre a questão das finalidades da responsabilidade civil, não deixa de convocar as soluções positiva ou doutrinariamente consagradas em matéria de causalidade para, a partir delas, acederem à intencionalidade – compensatória, sancionatória ou preventiva – daquela. Nesse sentido, cf., novamente, PAULA MEIRA LOURENÇO, *Os danos punitivos...*, cit., que tivemos oportunidade de criticar *supra*.

A íntima relação entre os dois problemas torna-se, pois, evidente.

Longa é a lista de autores que aqui poderíamos chamar à colação para atestar o que vem sendo dito.

A título não taxativo, veja-se, *inter alia*, HENNING LÖWE, *Der Gedanke der Prävention im deutschen Schadensersatzrecht*. ... cit.. Considerando que o pensamento da prevenção é legítimo no quadro do direito civil e que o direito da indemnização tem uma específica e independente influência preventiva (cf. p. 256), LÖWE apresenta a responsabilidade civil com uma dupla função. Ao tradicional *Ausgleichsprinzip* (princípio da compensação) associa-se uma *Präventionsfunktion* e, congruentemente, se a extensão da indemnização se determina com base no primeiro, o pensamento da prevenção pode ser encontrado na questão da capacidade de indemnização dos danos ou na consideração da causalidade preenchedora da responsabilidade, com o que nos remete, concomitantemente, para a distinção entre a *haftungsbegründende Kausalität* e a *haftungsausfüllende Kausalität* (op. cit, loc. cit. Veja-se, ainda, p. 106.)

Na exposição do autor, a cisão entre fundamento e consequência ganha, aliás, peso acrescido. Mas, adverte-se que é mais ou menos irrelevante saber se a prevenção é uma finalidade da responsabilidade civil ou da obrigação de indemnizar, posto que, mesmo que se reporte à primeira, ela reflectir-se-á indirectamente na determinação da segunda, pelo que o ponto crucial será saber se a prevenção pode ou não ser tida em conta nesta subsequente tarefa.

Acresce que para LÖWE é no âmbito do *Schadensersatzrecht* que se deve procurar a resposta para a questão da delimitação dos danos imputáveis ao lesante, sendo certo que, do seu ponto de vista, para aquela só importa verdadeiramente a *haftungsausfüllende Kausalität* e a adequada resposta ao problema de saber se o comportamento foi ou não causa do dano – p. 115. Nessa medida, considera não ser possível assumir como critério determinante a *conditio sine qua non* e questiona se não podemos lançar mão da ideia de prevenção para encontrar os arrimos que sustentem dogmaticamente a limitação do ressarcimento – p. 133.

Tratando, não obstante, o problema da imputação, o jurista considera que há de operar aí uma distribuição dos riscos e uma demarcação das áreas de responsabilidade. Como princípio geral, advoga que o lesante suporte todos os riscos conexos com o seu acto, limitando a regra pela consideração do risco geral da vida de ser lesado por outrem (cf. p. 230). Na concretização da generalidade enunciada, LÖWE chama à liça a ideia de eficácia – no imbricamento necessário com a prevenção –, ponderando qual dos intervenientes da situação controvertida está em melhor posição para prevenir o dano. Conforme resulta da exposição do autor, parece preferível fazer impender sobre o lesante o maior número de riscos em ordem a proporcionar um máximo de incentivos de prevenção para agir. Mas, em rigor, a resposta ao problema há-de entroncar na solução oferecida àquela outra questão prejudicial de saber em que medida o dano pode ser mais eficazmente evitado pelo potencial lesante ou pelo potencial lesado. Para tanto, LÖWE indaga se devemos assumir uma mundivisão individualizada ou macroscópica e, bem assim, se podemos ou devemos aceitar como pedra de toque os ensinamentos da *law and economics* (p. 231-232).

Em suma, o autor informa a solução dispensada ao problema imputacional com a coloração própria do pensamento preventivo. E nessa medida perscruta a compatibilização entre essa pressuposição de sentido e os arrimos doutrinários existentes em matéria de causalidade.

Concluindo, então, que a teoria da adequação não pode ser vista como específico critério causal, na medida em que, não só nada impõe que as consequências improváveis devam ser excluídas, como casos

pode haver em que a responsabilização do agente por elas pode incrementar os níveis de precaução, afirma, não obstante, que nada impede que os dois critérios – prevenção e adequação – sejam utilizados cumulativamente (p. 234). Aliás, considera ser tal posicionamento perfeitamente possível se tivermos em conta a doutrina da *Schutzzwecklehre*, com base na qual poderíamos trazer para o centro nevrálgico da imputação o ideário preventivo, pese embora, por meio do diálogo entabulado com GRUNSKY, reconheça a subtil diferença entre uma finalidade protectora específica – desvelável quando se perscrutam os especiais perigos que uma norma intenta proscrever – e uma prevenção assumida em termos genéricos (p. 237).

Diante de um caso concreto, duas alternativas se colocam: ou o dano se inscreve no âmbito de protecção da norma ou não. Se a resposta for afirmativa, a causalidade pode ser afirmada, porque em princípio o lesante deverá responder por todas as consequências. Contudo, excepcionalmente, o critério da prevenção pode impor uma outra solução, desde que se chegue comprovadamente à conclusão que a prevenção do dano é mais eficazmente cumprida pelo lesado. A integração ou não do dano no âmbito de protecção da norma constituiria, apenas, o lado externo da imputação causal (*loc. cit.*)

Mais concretamente, repercussões deste entendimento haverá no que tange ao chamado comportamento lícito alternativo e da causalidade alternativa, problemas que LÖWE trata, unitariamente, sob a égide da *Reserveursachen*. Na verdade (cf. p. 238), a prevenção conduzirá sempre à irrelevância daquela, porquanto o lesante não possa beneficiar com a simples invocação da persistência danosa caso tivesse optado por um comportamento lícito ou com a prova de que mesmo sem a sua acção o dano teria ocorrido.

Até aqui acompanhamos de muito perto o jurista, dando nota, ainda que sumariamente, do pensamento que dedica ao problema da causalidade.

Tempo agora de a apreciar criticamente.

Refracte-se em dois níveis a nossa análise. Por um lado, indicaremos alguns pontos em que a mesma se mostra insuficiente, justificando, portanto, o seu não acolhimento. Por outro lado, e porque isso relevará para ulteriores críticas – assumidas por questões sistemáticas em texto – ao pensamento de TRIMARCHI, salientaremos pontos de dissenso entre os dois autores.

Três notas se afiguram, a propósito do primeiro nível anunciado, importantes: fica por esclarecer por que razão o autor funda a resolução do problema da causalidade na prevenção. É certo que, previamente, um longo percurso foi delineado por LÖWE, justificando a intromissão do pensamento da prevenção no seio do direito civil, sem que, contudo, seja, aos nossos olhos, e pelas razões expostas quando nos pronunciamos *supra* sobre a teleologia da responsabilidade civil, consequente a conclusão a que aporta o leitor. Aliás, podemos adiantar, continuando a estabelecer as devidas e exigíveis pontes com o que ali afirmámos, que a aproximação, que não radical nem definitiva, reconhecemo-lo, do autor ao funcionalismo económico é merecedora do nosso mais veemente repúdio. Pese embora não incorra no vício de recondução da problemática à perspectiva matemática e marginalista por nós já denunciada, parece ser evidente, na obra, a substituição da ideia de exigibilidade e justiça pela ideia de eficácia.

Não só, porém, se revela a lição de LÖWE insustentável no plano do dever ser que é, mostrando-se em dessintonia com a intencionalidade predicativa da juridicidade, como cremos não cometer nenhuma injustiça se adiantarmos que todo o esforço argumentativo não aparece, subsequentemente, espelhado na imperiosa projecção dogmática desse princípio de que parte em critérios de imputação causal bem definidos.

Com o que, passando de imediato ao segundo predito nível de considerações, sublinhamos ser este um ponto de clivagem relativamente a TRIMARCHI. Na verdade, se a mais-valia da investigação italiana reside na panóplia criteriológica que nos fornece, o certo é que falha ao não aceder ao sentido teleológico último, ou noutras palavras teleonomológico. Não que com isto se pretenda afirmar a ancoragem axiológico-normativa do pensamento de LÖWE, até porque a inexistência da mesma já foi por nós evidenciada. Simplesmente, enquanto o último autor citado assume um princípio genérico à luz do qual interpreta os arrimos doutrinários e legais tradicionalmente predispostos à resolução do problema causal, o jurista italiano oferece uma lição de certo modo atomizada, ainda que a sua preocupação seja a contrária e ainda que assumida como filão condutor do seu raciocínio, *prima facie*, o princípio compensatório para a responsabilidade por culpa e a justa distribuição económica de riscos para a responsabilidade objectiva.

Ademais, o carácter manifestamente originário da impositação causalista oferecida por TRIMARCHI leva o autor a afastar-se das doutrinas tradicionalmente abraçadas para resolver a problemática. Com isso, assiste-se, contrariamente ao que se denota no civilista alemão, a um tratamento conjunto de aspectos normalmente repartidos entre uma suposta causalidade de facto e uma suposta causalidade jurídica. O ponto é merecedor de aplauso. Contudo, obnubila o sentido positivo da responsabilidade, sem o qual se torna, em alguns casos eivados de um grau de problematicidade superior, inviável solucionar o problema de base.

A íntima relação entretecida com as finalidades que a responsabilidade civil é chamada a cumprir constitui nota digna de louvor.

Contudo, o reconhecimento do mérito não é de molde a apagar as insuficiências de que o pensamento do autor padece. Não só, como resulta do cotejo estabelecido em nota com o pensamento de LÖWE, se corre o risco, com o estrito apelo à teleologia primária, de se resvalar, contra o propósito inicial do autor, para um modelo atomístico de critérios, como verdadeiramente – tal como também já tivemos oportunidade de referir – o alicerce sublinhado ressoa no pensamento de inúmeros outros civilistas, sem que, com isso, se logre encontrar uma resposta concludente para o problema da causalidade no sentido imputacional.

Verdadeiramente, TRIMARCHI não consegue, com base no modelo por si proposto, resolver todos os problemas que coenvolvem a noção de causalidade. Ou, logrando obter um critério de orientação do decidente nessa resolução, fica aquém do desejável no tocante ao conteúdo de justiça com que as mesmas devem vir pensadas.

Em falta está a remissão para o plano teleonomológico, para o sentido último do instituto responsabilizador que há-de contagiar cada um dos seus requisitos e a forma de articulação entre eles.

Metodologicamente, tal impõe-se. Valorativamente, é devido. Prático-normativamente, afigura-se o expediente seguro para pôr fim a controvérsias que ao longo dos tempos têm dominado o espectro do pensamento jurídico.

É tempo pois de furar novamente a categorização doutrinal das soluções que têm vindo a ser apontadas para perscrutar novos e diferentes modelos.

Em certa medida, desvela-se esse pressuposto do que em língua inglesa poderia ser designado por *role responsibility* e a partir do qual a imputação pode ir pensada na lição de LÖWE. Pressente-se, contudo, o vício fundacional em que o autor incorre, pois, em vez de predicar a pressuposição de que parte com as notas axiológicas do valor e do dever, transmuta-as em categorias atinentes à eficácia.

37. O domínio do facto e a consideração de noções como a autoria. Os modelos da *mittelbaren Verursachung* e o modelo da *fahrlässing Verursachung* (STEPHAN PHILIPP FORST). Critérios de imputação objectiva nas situações ditas de causalidade psicológica: sugestões doutrinárias.

Ao acompanharmos o pensamento de TRIMARCHI a propósito da causalidade, podemos constatar, a par do mérito inegável da lição que torna pública, uma falha a redundar em problemas prático-normativos evidentes.

Se estes se traduzem no duvidoso acerto decisório de muitos casos, estamos em crer, como aliás já tivemos oportunidade de salientar, que eles encontram raízes mais fundas na falta de remissão para a intencionalidade predicativa da juridicidade, em geral, e da responsabilidade civil, em particular.

Não se denota, de facto, no labor do jurista italiano o expectável e desejável recuo até à filiação personalista que, longe de ser um mero expediente retórico e ainda que distantes estejamos de um pensamento de índole apofântica, erige em *prius* do percurso causal uma esfera de deveres diante do outro, sem a qual a liberdade não vai pensada.

Tal explica (e é justificado por), porventura, um recentrar do discurso em torno dos danos subsequentes. Sem que, contudo, seja inequívoca a visão. Do mesmo modo, torna compreensível a recondução de princípios normalmente chamados à colação a propósito do que é conhecido por causalidade de facto para o núcleo do modelo¹⁵⁶².

Partir da percepção do dever leva-nos, já o sabemos, a matizar o primeiro segmento dito causal com a nervura imputacional. E a coloração situa-nos paredes-meias com noções, familiares no direito penal, como a autoria.

Na verdade, a preocupação passa a ser: quem deve responder por este dano? O que envolve indagar: quem causou este dano? Mas a causação de que se cura, sabemos-lo, não adquire um sentido naturalista ou mecânico. Importa menos saber quem foi o autor material do dano do que descobrir a quem ele pode ser imputado de forma justa.

Afastamo-nos, evidentemente, do congénere criminal na ausência de preocupação com as diferentes formas de surgimento do facto. Autoria (em sentido técnico), co-autoria, cumplicidade ou instigação não são, neste ensejo, noções problemáticas na medida em que importa menos determinar quem foi o autor do facto

¹⁵⁶² A estes problemas dedicaremos ulteriormente a nossa atenção.

danoso em termos fácticos, e mais quem vai responder pelo dano, e na medida em que, uma vez concluída a justeza da imputação, a regra é a da solidariedade entre os obrigados, nos termos dos artigos 490º e 497º CC, independentemente do particular estatuto que possam ter na história do evento lesivo. Também a centralidade do resultado no domínio civilístico nos aparta do domínio penal. Mas, se assim é, de todo o modo não resulta claro que a imputação tal como deve ser pensada não se aproxime de alguma forma de uma estrutura autorial¹⁵⁶³. No fundo, o que pretendemos significar é que indagamos quem é o autor do dano, que não equivale a determinar quem causou o dano, mas a quem pode ser imputado o dano.

Como constataremos *infra*, o surgimento de hipóteses de causalidade múltipla arrasta o civilista para a consideração de problemas atinentes às formas de autoria. A interpretação dos artigos 497º e 490º CC e a controvérsia gerada em torno deles – designadamente quando avultam questões relativas ao que é cunhado por causalidade alternativa incerta e causalidade concorrente – são disso prova bastante. Não queremos, com isto, identificar os dois nichos problemáticos. De certo modo, podemos dizer que a indicação do autor é já o resultado do juízo imputacional que se erige. Simplesmente, em vez de o proferirmos com exclusiva incidência causal, entendemos que o enfoque personalista nos faz recentrar no sujeito. E se assim é, então faz todo o sentido que a própria compreensão do que é a autoria nos possa oferecer balizas de entendimento acerca da imputação de que se cura. A partir do momento em que admitimos que não é só aquele que gera materialmente a lesão que é chamado a responder, então a análise dos contornos da autoria e de outras figuras próximas pode tornar-se importante: já não é a causalidade a determinar quem é o autor, mas é o sentido imputacional das categorias que nos pode auxiliar no juízo que temos de edificar. Em tudo isto denota-se

¹⁵⁶³ Cf. CARLOS COSSIO, “O problema da coordenação das normas jurídicas com especial referência ao problema da causa no direito”, *Boletim do Ministério da Justiça*, nº12, 1949, p. 32 e ss. Refere o autor que “não oferece dúvida que ser autor é muito diferente do que ser causa. Ser autor implica analiticamente a noção de personalidade no sentido autêntico e único verdadeiro em que este problema preocupa sempre a filosofia (...)”. E, negando a prestabilidade do que cunha por formalismo racionalista, pela impossibilidade de se resolver o problema concreto *decidendum* pela simples concordância do acto com a norma, afirma, inequivocamente, ser tal impositação um contrassenso, viabilizando falar-se de um homicídio sem homicida. Nessa medida, sustenta que “carece de sentido separar os actos humanos do homem, já que a liberdade que se manifesta no fenómeno da conduta só pode ser por nós intuída de uma única maneira: em forma pessoal, com ipseidade” (p. 33). Para COSSIO, em suma, passa-se, ultrapassando o conteúdo dogmático das normas, dos actos à pessoa real (cf. p. 33).

Secundam as palavras do autor a concatenação heurísticamente assumida em texto.

Salientem-se, porém, duas notas.

A confluência aqui denotada não implica que se aceite a visão que o autor tem do direito e da sua realização concreta. *Infra*, teremos oportunidade de explicitar alguns pontos importantes nesta matéria. Do mesmo modo que não coenvolve a sintonia argumentativa e valorativa em sede causal. Também aí, oportunamente, daremos nota do dissídio, fundamentando-o.

uma clara dialéctica. Enquanto tradicionalmente a autoria era o resultado dogmático-categorial apurado depois de solucionado o problema causal, do nosso ponto de vista o sentido do que é a autoria e dos seus contornos concorre na determinação da imputação e esta, por seu turno, sustenta a identificação final do autor¹⁵⁶⁴.

Entre nós, JOSÉ ALBERTO GONZÁLEZ parece preocupar-se de modo especial com as formas de autoria, dando assim resposta ao problema da identificação do obrigado a indemnizar¹⁵⁶⁵. Para tanto distingue a autoria imediata da autoria mediata. Na primeira, assiste-se ao domínio do facto por aquele que o realiza; na segunda, há uma cisão entre os dois planos¹⁵⁶⁶. E refere, igualmente, as hipóteses de co-autoria¹⁵⁶⁷ e de autoria acessória¹⁵⁶⁸. Acresce que, abrindo as portas à pertinência da doutrina finalista, ainda que com reservas, apresenta quatro pressupostos de constituição da obrigação de indemnizar: conduta lesiva, a abranger os momentos subjectivos relativos ao dolo ou à negligência e integrando o nexó de causalidade; a ilicitude; culpabilidade e o dano¹⁵⁶⁹.

¹⁵⁶⁴ O que aqui fica dito é perfeitamente concordante com a assunção do conceito de acção jus-civilisticamente relevante como ponto de partida da indagação imputacional que se leva a cabo. Sobre o ponto, cf. cap. VIII.

¹⁵⁶⁵ Cf. JOSÉ ALBERTO GONZÁLEZ, *Responsabilidade civil*, ...cit., p. 53 e ss. [1ª edição, p. 50].

¹⁵⁶⁶ A tipologia de situações apresentadas pelo autor, assimiláveis pela noção de autoria mediata, não é inovadora, antes resultando de uma sinergia de esforços multidisciplinar, em que se colhe a lição do direito penal. Contudo, damos aqui conta dessa mesma taxonomia, sabendo que o aprofundamento dela requer o cotejo com o domínio conexo referido. Assim, reconduzem-se, segundo JOSÉ GONZÁLEZ, à autoria mediata os casos em que 1) “o executante actue sem dolo, o que pelo menos abrange o que obra de boa fé, sendo por isso inteiramente dominado por aquele que o instrumentaliza”; 2) “alguém domine a realização da conduta aproveitando-se da extrema dependência psíquica do executante, ou por causa de coacção moral exercida sobre o mesmo”; 3) “o executante seja inimputável ou actue sem consciência da ilicitude, e em qualquer dos casos aja ao serviço de outrem”; 4) “o executante realiza a conduta em erro (...) provocado por dolo de outrem” (cf. p. 56 e ss.; p. 51 na 1ª edição).

¹⁵⁶⁷ Cf. JOSÉ ALBERTO GONZÁLEZ, *Responsabilidade civil*... cit., p. 58 (p. 52-53, na 1ª edição): “pressupõe decisão comum e, principalmente, realização comum. A realização comum acarreta que cada uma das parcelas da acção postas por cada qual dos intervenientes é condição *sine qua non* para o sucesso da conduta que a todos é atribuível”.

¹⁵⁶⁸ Cf. JOSÉ ALBERTO GONZÁLEZ, *Responsabilidade civil*... cit., p. 58 (na 1ª edição, p. 53): “vários intervenientes põem condições suficientes para a produção do dano, todos contribuindo para o mesmo independentemente uns dos outros (...). É, pois, um aglomerado inorgânico de diversas autorias individuais”

Sustenta o autor uma dualidade a partir do conceito: “ou é possível discernir que medida de participação é imputável a cada um e então existirão tantas obrigações parcelares de indemnizar como quantos forem os autores ou, ao invés, tal não é possível, e haverá fundamento para aplicar o disposto no artigo 497º, tornando os autores devedores solidários perante o lesado e presumindo igual a sua medida de participação na produção do dano” (p.59; na 1ª edição, p. 53-54).

¹⁵⁶⁹ Cf. JOSÉ ALBERTO GONZÁLEZ, *Responsabilidade civil*... cit., p. 71, 72 (na 1ª edição, p. 65-66).

Considera o autor que urge integrar a causalidade no quadro da conduta lesiva, porque, “se ela é inapropriada para a produção do dano, então não é sequer lesiva” (p. 71). Salienta, embora sem especificação maior, tratar-se esta de uma decorrência da doutrina finalista.

Sobre a posição do autor dúvidas se nos concitam, ao mesmo tempo que críticas se nos afloram ao pensamento.

Concordamos genericamente com a necessidade de ligar o resultado lesivo, em que se desvela a ilicitude, à conduta do agente, sem o qual aquela verdadeiramente inexistirá. Duvidamos, porém, que seja este um reflexo da doutrina finalista. Por um lado, mesmo aqueles que a negam salientam a imperiosa presença da

Aquela primeira, onde a partir de ora nos situaremos, vem caracterizada pelas notas do domínio objectivo do facto e a voluntariedade do comportamento. Ora, se tal se mostra consonante com o excuro por si apresentado acerca da autoria ao nível da responsabilidade civil, o certo é que a sistematização proposta apresenta um cunho mais expositivo-didáctico, a que não será alheia a índole da obra em referência, do que prático-normativo. Pelo que não explicita o modo de articulação dos pressupostos elencados, tratando-os atomisticamente, pelo que se perde, afinal, a mais-valia eventual que a alteração dos quadros dogmáticos poderia sugerir.

Mas nem só. O referente de que parte não se projecta congruentemente no tratamento pontual da questão da causalidade. Afirma ser necessário determinar em que medida o autor de certa conduta contribui para a emergência do dano¹⁵⁷⁰. Simplesmente, em vez de contaminar a solução que dispensa com as conclusões a que chega a propósito da noção de autoria, prescinde de tal concatenação temática para, e não obstante tratar da causalidade em sede de configuração da conduta lesiva, colorir a matéria segundo os cânones tradicionais. Parte, de facto, da *conditio sine qua non*. Fá-lo porque, se “se verificar que, para a produção do dano, a conduta da pessoa em causa é irrelevante, nem merece a pena prosseguir a indagação”, mas não explicita, por exemplo, em que medida os comportamentos de dois co-autores têm de ser tidos como condição sem a qual o dano não emergiria. É que, e apesar de o contrário ser sublinhado pelo jurista em sede de tratamento da questão da autoria, nem sempre tal se verificará, como se torna claro em algumas hipóteses de causalidade concorrente não necessária.

Se uma das primeiras críticas que podemos dirigir ao pensador passa pela obliteração do sentido imputacional alicerçado numa ideia de *role responsibility* que deveria ser ligado à indagação da autoria de que se cura, o próprio sentido com que vai

voluntariedade do comportamento como requisito mínimo da pretensão ressarcitória procedente. Por outro, cremos haver boas razões no plano dogmático para, no âmbito da primeira modalidade de ilicitude, cindi-la do juízo de culpa, não reconduzindo, portanto, a aferição do dolo ou da negligência para o seu seio. Mais do que isso, pensamos que a necessidade prático-normativa de aqui virem reponderados os termos da equação dita causal resulta, aliás, de a este ensejo denotarmos a lacuna que decorre da polarização dela no desvalor do resultado. Para percebê-lo basta lembrar o que ficou dito acerca da causalidade quando em causa esteja a violação de disposições legais de protecção de interesses alheios e sobretudo o abuso do direito.

Refira-se a inexactidão de colocar como horizonte de opção discursiva a alternativa unilateral entre formalismo e finalismo, até porque a mesma já foi cabalmente desmontada pela doutrina penalista, recuperável a este propósito.

Sobre o ponto, veja-se o debate que *infra* traremos à luz.

Por último, refira-se a posição já nossa conhecida de MENEZES CORDEIRO, *Direito das Obrigações...* cit., II, p. 336 e ss. (e sublinhe-se que não a desenvolvemos em texto por, e também como já salientámos, o autor ter revisto a sua lição no tocante à resolução do problema da causalidade sob a égide da acção final. Cf., novamente, *Da responsabilidade civil dos administradores...* cit., p. 533, nota 224.)

¹⁵⁷⁰ Cf. JOSÉ ALBERTO GONZÁLEZ, *Responsabilidade civil...* cit., p. 82 (na 1ª edição, p. 76).

pensada a causalidade concita fortes dúvidas. Defende, na verdade, que o teste da *conditio sine qua non* só é ultrapassado quando se possa “garantir que a interferência daquela conduta contribui minimamente para a produção do dano. Assim, na velha hipótese daquele que fere uma pessoa que, depois, ao ser transportada para o hospital vem a falecer por causa de um acidente rodoviário envolvendo a ambulância que a conduz, é mais do que evidente que o autor dos ferimentos não pôs nenhuma condição decisiva para a produção do dano morte. Os ferimentos não são causa próxima da morte”¹⁵⁷¹.

O autor critica todos aqueles que perspectivam a equivalência condicional de um ponto de vista lógico-formal e naturalístico, dado que é de aplaudir, mas parece não ultrapassar as dificuldades que se lhe apresentam.

Primeiro, torna-se incompreensível que o autor apele, como mínimo indispensável, a uma ideia de relevância, também ela mínima, da conduta do agente para a produção do dano e chegue à conclusão acima mencionada. Posto que ela só seria viável se se predicasse o teste a que, *prima facie*, se sujeita o comportamento voluntário do eventual agente com a matriz ética do dever. De outro modo, o que se procuraria era experimentalmente chegar à determinação da real causa do dano¹⁵⁷².

Em segundo lugar, parece haver uma confusão óbvia entre a doutrina de que parte e a conclusão a que chega sobre a proximidade do dano, ficando por esclarecer a eventual pertinência da última impostação causal¹⁵⁷³.

¹⁵⁷¹ Cf. JOSÉ ALBERTO GONZÁLEZ, *Responsabilidade civil...* cit., p. 77 (1ª edição).

¹⁵⁷² Cf. o que se dirá na nota subsequente, onde damos conta quer da coloração com que o autor cobre a condicionalidade *sine qua non*, quer da outra possível interpretação para a explicação do autor. Em texto importa-nos, pelo contrário, realçar a indissociabilidade entre a questão causal e a pressuposição axiológica, a concitar a contemplação de uma esfera de deveres, para mostrar, *in fine*, que a solução que o autor intui ser justa não se alcança por critérios puramente causais. É que, independentemente de se postular uma causalidade eficiente, sempre restarão dúvidas acerca do modo como uma condição absorve as restantes, ao ponto de as transformar numa mera ocasião de produção do dano.

Não será, por isso, estranho que, em situações com uma intencionalidade problemática análoga à que o autor exemplifica, a ambivalência jurisprudencial seja a palavra de ordem. Cf., a este ensejo, RANIERO BORDON, *Il nesso di causalità...* cit., p. 133 e ss.

¹⁵⁷³ Cf., a este propósito, RANIERO BORDON, *Il nesso di causalità...* cit., p. 133. Importa, na verdade, tentar perceber onde é que o autor bebeu inspiração para a edificação dos seus ensinamentos. O jurista parte da consideração da *conditio sine qua non*, mas parece corrigir o resultado a que chega com a referência à proximidade do dano. Não é a simples relevância condicional que é posta em dúvida, mas sim a eficiência dela no contexto de surgimento do dano. De facto, o que o autor faz é excluir a imputação, porque a causa superveniente torna as anteriores irrelevantes. Veja-se a este ensejo a decisão da Cass. civ. 7.10.1987, n.7467, *apud* BORDON, *op. cit.*, p. 129: “tutti gli antecedenti senza i quali un evento danoso non si sarebbe verificato debbono essere considerati sue cause, abbiano esse agito in via diretta e prossima ovvero in via indiretta e remota, salvo il temperamento di cui al capoverso dell’art. 41 cod. pen., secondo cui la causa prossima sufficiente da sola a produrre l’evento dannoso esclude il nesso eziologico fra questo e le altre cause antecedenti, facendole scadere al rango di mere occasioni?”. A intencionalidade da indagação é posta a nú por GONZÁLEZ, quando afirma que se tem encarado a

Nem tão-pouco se aceita a exclusão do carácter logicista da teoria abraçada, dado ser ela o ponto charneira de edificação da mesma. Recusar o naturalismo em que está imbuída é, no fundo, rejeitá-la como ponto de partida da resolução do problema com que o jurista se confronta. E se é esse o posicionamento do autor, melhor serviço prestaria ao estado da doutrina jurídica se o assumisse sinepeicamente. Ademais, ao recusar o logicismo e ao não ancorar ético-axiologicamente o seu juízo, o autor parece ficar sem suporte para o preenchimento da eficiência característica do comportamento ou da eficácia decisiva a que apela.

Ou seja, não podendo atribuir-se, ao nível da responsabilidade civil, o mesmo peso relativo à autoria que se confere no domínio penalista^{1574 1575}, a sua mobilização activa poderá ser importante a este ensejo se com ela – e designadamente pela intelecção do domínio do facto pelo agente – se conseguir argumentar positivamente no sentido do recorte imputacional de um dano àquele, em termos de delimitação de uma esfera de deveres de respeito ou prevenção diante do outro. Ora, se assim é, carece de propósito o retrocesso discursivo que, ao arrepio disso, faz da busca da causa – em que se vem a traduzir a interpretação proposta para a *conditio sine qua non* – a perspectiva de que se parte. De facto, como concluir que, se o eventual lesante tem o domínio do facto – e inclusivamente terá agido com dolo ou negligência, segundo o sincretismo proposto por GONZÁLEZ –, o seu comportamento pode ser irrelevante^{1576?}

condição *sine qua non* sob um ponto de vista puramente lógico-formal e naturalístico. Assim, no exemplo vertido, o autor dos ferimentos teria posto uma condição sem a qual a morte não teria ocorrido, o que, segundo as suas palavras, se traduz numa conclusão “suficiente para a ridicularização da referida teoria”. Ora, a verdade é que a essência da *condicionalidade sine qua non* não é outra senão essa, pelo que o autor, ao adaptá-la, acaba por desvirtuar a referida doutrina, encaminhando-se para outra. Cremos, efectivamente, que – consciente ou inconscientemente – terá sido influenciado pela doutrina da causa eficiente. Ao sê-lo, porém, e independentemente de todos os aspectos negativos da doutrina, perde sentido o recurso subsequente à doutrina da causalidade adequada. É que, sendo diferentes, cada uma delas surge como um temperamento do formalismo a que somos conduzidos pela equivalência das condições. Isso mesmo torna-se evidente na 2ª edição da citada obra – p. 83. Na verdade, aí esclarece o autor que a contribuição mínima a que se alude “deve ser considerada do ponto de vista da eficiência característica de certo acontecimento e não atendendo a uma perspectiva naturalística”. A causa próxima é, para ele, a causa decisiva.

¹⁵⁷⁴ Basta para o efeito pensar em todas aquelas situações que não sendo abarcáveis pela ideia de autoria mediata conduzem, não obstante, à responsabilização do agente por ser sobre ele que impende o dever de evitar o dano.

¹⁵⁷⁵ Separando o problema da imputação objectiva do problema da autoria, cf. SALVADOR CODERCH e JUAN ANTONIO RUIZ GARCIA, “Problemas de la responsabilidad civil en derecho español”, ... cit., p 420. Não obstante, os dois autores consideram que o mesmo problema de que partem – atinente à interferência de um terceiro no processo causal posto em marcha previamente por um primeiro agente – só logrará obter uma resposta concludente em sede autorial. Donde se conclui que o mesmo âmbito de relevância é de molde a ser assimilado por dois nódulos problemáticos distintos que, no que ao mundo civilístico concerne, não ganham autonomia bastante, uma vez que a questão da autoria escassamente surge tratada.

¹⁵⁷⁶ A doutrina da causalidade humana, ou do senhorio do homem sobre o facto, estabelece que existe um nexo de causalidade entre a conduta e o evento danoso quando o agente coloca em marcha um factor

A quadratura do círculo que se pretende atingir com este estado de coisas não é realizável. Isso mesmo se constata pelo desenvolvimento subsequente das ideias do jurista pátrio. Pois que, partindo da *conditio sine qua non*, adere posteriormente à causalidade adequada, concebendo-a de acordo com a formulação negativa que viabiliza equacionar uma presunção de causalidade, cuja força refractária será diferente consoante a conduta seja dolosa ou negligente.

Pergunta-se, porém, qual o alcance dela se sempre terá de ser provado que o comportamento do agente constituiu uma condição sem a qual o dano não teria ocorrido e o autor concebe esta prova em termos positivos que, primeiramente contendendo com a simples relevância causal do comportamento, se vêm a mostrar, afinal, perscrutadores de uma condição não só necessária mas também decisiva.

Com o que questionamos, então, e em síntese.

Não importando, pela inexistência do requisito da tipicidade do ilícito, a determinação da autoria física do facto, mas unicamente a recondução do dano ao comportamento do lesante – no qual se centra o civilista ao nível da primeira modalidade de ilicitude –, o pretense aproveitamento da doutrina penalista da autoria apenas pode relevar se e quando ela funcionar como instrumento útil para a determinação de uma esfera de dever a partir da qual se faz, com possibilidade de ulteriores correcções a ponderar, um primeiro juízo imputacional. No fundo – a aceitar-se o enfoque – ele serviria para concretizar dogmaticamente a projecção ético-axiológica de uma responsabilidade de sentido positivo que entreteceria a relação de

causal do resultado e tal resultado não se fica a dever ao concurso de circunstâncias que apresentem as características da excepcionalidade ou atipicidade. Note-se que, contrariamente à doutrina da causalidade adequada, mesmo os efeitos atípicos ou anormais podem integrar a esfera de senhorio do homem, porque podem ser previstos ou prevenidos – cf. RANIERO BORDON, *Il nesso di causalità...* cit., p. 75. Do pouco que fica dito podemos retirar algumas conclusões não despiciendas para a cabal compreensão do que é explanado em texto. Assim, é possível que em determinadas situações excepcionais ou atípicas o comportamento seja irrelevante para a produção do dano, mesmo havendo domínio do facto. Trata-se, contudo, de uma visão que – não correspondendo à nossa perspectiva, que se alicerça numa esfera de responsabilidade ancorada no dever – implica uma restrição da responsabilidade depois de se partir da condicionalidade *sine qua non*. Ora, não faz sentido que o autor assumia duas vias de limitação da indemnização, sobretudo quando elas conduzem o decidente a soluções díspares (o domínio do facto e a adequação). A compreensão do pensamento do autor envolve, portanto, uma vez mais as críticas que trouxemos à estampa numa das notas precedentes.

Acresce que, e adiantando algumas das nossas conclusões, a delimitação da relevância ou irrelevância de um comportamento que se integra na esfera de domínio do sujeito não pode ser feita com base na previsibilidade, quer porque, na autónoma consideração, far-nos-ia resvalar para a culpabilidade, quer porque se mostrará insuficiente em determinados casos mais complexos.

cada um com os demais, ou seja, a esfera de deveres que, a partir da contemplação do caso concreto, emerge¹⁵⁷⁷.

Ora, não será que se perde o efeito útil da transposição pretendida ao desenvolver-se subsequentemente o tema da causalidade nos termos em que é feito?

Não negamos que os dois problemas são ao nível do direito criminal distintos. Simplesmente o que pretendemos salientar é que, no tocante à responsabilidade civil, o possível aproveitamento da noção de autoria só pode ter sentido se com ela conseguirmos colher argumentos decisivos em matéria de causalidade fundamentadora da responsabilidade^{1578 1579 1580}.

¹⁵⁷⁷ Cf., embora no campo congénere do direito penal, ANTOLISEI, *Il rapporto di causalità nel diritto penale*, Padova, 1934, p. 178 e ss. Para o autor não importaria ligar naturalisticamente o resultado ao comportamento humano, mas atribuir a um sujeito o qualificativo de autor. O autor defende o que, no ordenamento jurídico italiano, vem conhecido por causalidade humana. Não se podendo abraçar a perspectiva, veja-se o que sobre ela fica referido a outro ensejo. Para uma distinção entre ela e a causalidade adequada, cf. RANIERO BORDON, *Il nesso di causalità...* cit., p. 76.

Cf., a este ensejo, FLORENCE G'SELL-MACREZ, *Recherches...* cit., p. 2, afirmando que procurar a causa equivale a identificar o responsável.

¹⁵⁷⁸ Poderia limitar-se a relevância da chamada à colação de noções atinentes à autoria para a definição da voluntariedade da conduta. Tal afigura-se, contudo, como veremos empobrecedor porque coarcta do horizonte de problematização do jurista situações outras para as quais ela pode ser importante. Cf. STEPHAN PHILIPP FORST, *Grenzen deliktischer Haftung bei psychisch Vermittelter haftungsbegründender Kausalität*, cit.

¹⁵⁷⁹ Sobre a relação entre a causalidade e a autoria e a forma como as duas problemáticas se interpenetram, cf. OLIVEIRA ASCENSÃO, *Acção finalista e nexa causal...* cit., p. 168.

O autor, partindo da pressuposição da conduta juridicamente relevante como uma acção final e derramando, congruente, a sua influência na conformação das soluções em matéria causal, abre um caminho heurístico de indagação delas em sede penalista. Para tanto interroga-se “será que não é na forma como se concebe a acção que se deve procurar a resposta para o problema da causalidade?”, explicando, posteriormente, que “é preciso que o evento seja imputável, agora sem a separação artificial duma imputação objectiva ou subjectiva, a não ser a que se realiza num ponto de vista meramente lógico, como momentos da mesma unidade”. Segundo a proposta de OLIVEIRA ASCENSÃO – e não esquecendo que o autor mergulha exclusivamente no âmbito penal –, teríamos previamente de aferir a idoneidade da acção, para, no caso de existir um evento autónomo, procedermos à atribuição do facto a um homem. Ora, “a atribuição a um autor não pode ser identificada com a ligação a uma vontade. Não é só a vontade que se considera, mas a vontade mais a manifestação, que são perfeitamente enquadradas dentro da acção finalista”, concluindo, portanto, não ser correcto falar-se, a este ensejo, de autoria. Tanto mais que entende que “a colocação da acção no centro da investigação penal não pode dispensar a causalidade” (cf. p. 169-170). Em bom rigor, porém, o autor remete para a causalidade um papel mais modesto do que aquele que normalmente se lhe reconhece. Onde muitos vêem um problema de causalidade, OLIVEIRA ASCENSÃO entende estar-se diante de uma questão de autoria, porquanto o agente só responde se for o autor da lesão. Segundo o seu testemunho, “é à conexão da acção, à *Handlungszusammenhang* de Welzel que se deve ir buscar a primeira resposta”, só posteriormente entrando em cena as restantes categorias (cf. p. 185).

Preliminarmente, investigar-se-á o reconhecimento do autor da acção, para o que se têm em conta aspectos tão relevantes como a idoneidade daquela, a consciência da finalidade durante a execução (mas já não no desenvolvimento do decurso causal, porquanto os elementos posteriores não se integram na acção final), e a potencialidade abstracta daquela, isto é, as possibilidades relevantes de realização do evento, chamando-se aí à colação todos os elementos conhecidos pelo autor, banindo-se as generalizações na medida da dolosidade do acto (cf. p. 189). Posteriormente, lidar-se-á com a questão da causação do evento, questionando-se se o evento de que se trata é o evento concreto ou aquele que a previsão do autor oferece ou, derradeira hipótese, aquele que é recebido pelo tipo, e relevando particularmente para a cisão a estabelecer entre um crime consumado e um crime tentado (cf. p. 191). Repare-se que o autor se mostra,

Creemos, aliás, ser esse o enfoque dispensado por STEPHAN PHILIPP FORST. O problema de que parte não é outro senão aquele que o próprio enuncia: “podem ser imputados ao lesante determinadas consequências, apesar de, segundo uma lei da natureza, tais acções não serem tidas como tal?”¹⁵⁸¹.

A questão vai, porém, restringida ao problema da *psychisch Vermittelter haftungsbegründender Kausalität*¹⁵⁸², isto é, aos casos em que se discerne a mediação de uma causalidade psicológica/psíquica^{1583 1584 1585 1586}.

então, aberto ao acolhimento da doutrina da equivalência das condições, porque, enquanto “emanação da causalidade existente no mundo real”, deve a este ensejo ser considerada. Sem que com isto sejamos condenados às aporias próprias da teoria, já que as correcções dos resultados por ela possibilitados vêm a ser corrigidos pela concepção de acção. Sendo a finalidade a condução de determinada série causal, ela poderá dar-nos os termos dessa série, convocando-se a causalidade para corrigir problemas atinentes ao que, no seio de uma acção de tipo causal, viria conhecido como a interrupção do nexa.

Algumas notas se impõem, então.

OLIVEIRA ASCENSÃO considera que a causalidade em si mesma, como categoria ontológica que também é, se mostra coincidente em todos os domínios. Simplesmente, a perda de centralidade dos valores fundamentais da comunidade no direito civil e o papel destacado que aqui cumpre o evento ou resultado tornam dubitativa a pertinência das lucubrações expendidas para repensar o problema causal no tocante à responsabilidade delitual (cf. p. 232).

Diríamos que o sentido da investigação da acção ganha aí um cunho diverso. Ela é descoberta a partir de um resultado que se constata, pelo que vem a ser recortada pela realização do juízo imputacional. Perguntar-se-á, então, qual o sentido de a questionarmos, como aliás faremos, mais detidamente, *infra*. Pensemos. Há que ligar um resultado à conduta do agente, mas não temos de desenhar a acção de um ponto de vista típico, antes se procurando os momentos de relevância que a revelam por só esses nos darem indicações acerca do quadro de responsabilidade que se vai erigir. Ou seja, se a conduta a que se liga o evento vem predicada com as notas da personalidade livre é por ela que nos devemos orientar, ainda que sem a preocupação da assimilação do âmbito traçado pela relevância hipotética de um tipo plasmado pelo legislador.

A assunção da importância dela não nos remete à confluência dialógica com OLIVEIRA ASCENSÃO. Primeiro é a conformação finalista que se põe em causa, uma vez que é a própria fundamentação ontológica que, obliterando o dado axiológico, não pode ser abraçada. Com consequências de não pequena monta em termos prático-normativos.

Creemos, na verdade, encontrar-se aí o busílis da questão, que, aliás, justifica o afastamento firmado em texto de civilistas que explicitamente transpõem para o quadro dogmático a que pertencem os ensinamentos daquela impositação. A estrutura finalista da acção continua a comunicar um sentido individualista do agir humano, deixando irresoluto o problema dito causal. Se, pelo contrário, assumirmos, no sentido que viremos a argumentar, a acção como uma categoria eticamente densificada, o salto do plano ontológico para aqueloutro axiológico permitir-nos-á integrar a montante a solução que se busca. Sobrando, apenas, no plano metodológico a questão da conformação da solução aos dados reais de que o direito se não pode rechaçar absolutamente.

¹⁵⁸⁰ A este propósito, cf. CHRISTOPHE QUÉZEL-AMBRUNAZ, *Essai sur la causalité...* cit., p. 582, considerando que uma das questões fundamentais a que a indagação causal procura dar resposta é a da determinação da pessoa do responsável. Alerta, contudo, para o facto de não ser correcto identificar o responsável com o agente causador do dano, tendo em atenção as hipóteses de responsabilidade mediata.

¹⁵⁸¹ Cf. STEPHAN PHILIPP FORST, *Grenzen deliktischer Haftung bei psychisch Vermittelter...* cit., p.1

¹⁵⁸² Cf., a este propósito, DIETER MEDICUS, *Bürgerliches Recht, ...* cit., p. 409, distinguindo os casos de *psychisch Kausalität* das situações de *vermittelter Kausalität*.

Cf., porém, TILL RISTOW, *Die psychische Kausalität im Deliktsrecht, ...* cit., p. 17. Definindo a *psychischen Kausalität* como aquela que surge nos casos “bei denen der Schaden nicht durch die direkten physischen Auswirkungen des Verhaltens einer Person eintritt, sondern über den Umweg einer psychischen Komponente entsteht, nämlich das willentliche Handeln einer weiteren Person”, diz que ela é muitas vezes conhecida como *psychisch vermittelte Kausalität*, sendo o problema também conhecido por *novus actus interveniens* no quadro do preenchimento da responsabilidade (*Haftungsausfüllung*) [Acerca

da questão do *novus actus interveniens*, v., ainda, entre outros, GERT BRÜGGEMEIER, *Haftungsrecht...* cit., p. 30 e ss.].

Para uma visão comparativa e abrangente dos problemas atinentes à causalidade psíquica, cf. B. WINIGER, “Comparative report: damage caused by psychological influence”, B. WINIGER, H. KOZIOL, B.A. KOCH, R. ZIMMERMANN (ed.), *Digest of European Tort Law*, vol. 1: *essential cases on natural causation*, Wien, New York, Springer, 2007, p. 193: 4 “Damage caused by psychological influence”, p. 253. Ensinam os autores que a causalidade psíquica supõe que várias pessoas estão envolvidas no mesmo facto, podendo estas encontrar-se numa relação de oposição entre si (como quando uma é vítima da influência de outra) ou numa relação de cooperação (colocando-se aqui o problema da indução ou incitamento que envolve problemas de concurso de responsabilidade). Sublinham, também, que há formas e intensidades diversas de influência psicológica. Apresentam, por isso, uma taxonomia de situações: 1) *slightest influence*, onde se incluem caso de *simply excitement* (ex. da pessoa que observou um acidente de viação e socorre a vítima que foi lesada pelo carro, sendo atingida por outro automóvel), os casos de simples tentação (como o caso do rapaz que se põe a brincar com o vidro que encontra no recreio) e os casos de sedução (ex. da promessa de casamento como meio para obter o consentimento para relações sexuais); 2) *slight influence*, onde encontramos formas de imitação (alguém encoraja outro, pelo exemplo que dá ou não, a adoptar um determinado tipo de comportamento) e os casos particulares de perseguição; 3) *stronger influence* (casos de incitamento para a prática de um acto perigoso ou ilícito); 4) *strongest influence* (uma pessoa actuou às ordens de alguém que lhes solicitou para executarem determinada actividade perigosa. Também se integram aqui os casos de explícita provocação e de intimidação); 5) casos particulares de influência psicológica que dizem respeito à errada ou insuficiente informação, como as situações de não cumprimento do dever de informação por parte dos médicos.

Sobre o ponto, cf., igualmente, HERMANN LANGE/GOTTFRIED SCHIEMANN, *Handbuch des Schuldrechts...* cit., p. 131 e ss. e p. 142 e ss. Os autores bipartem a análise do problema em dois grandes segmentos: 1) *freie Handlungen des Verletzten* – comportamento livre do lesado [integram aqui situações como: a) *Nothilfefälle* – cf. p. 132, ponderando-se, no seu seio, questões tão importantes como a procedência ou não de uma pretensão de acordo com o regime da gestão de negócios - § 677 BGB; a diferença valorativa da inserção da questão na responsabilidade pelo risco ou por factos ilícitos; a existência de um dever de comportamento tendente a não serem criadas situações sociais de emergência; a putativa existência de obrigações morais e legais de intervenção em face do perigo; a aplicabilidade do § 254 BGB; b) *Fluchtfälle* – casos de fuga, cf. p. 134 e ss., considerando que a fuga é um acto ilícito quando a pessoa provocou o lesado e ela não se mostra desproporcionada em relação ao significado da situação e que a responsabilidade do que foge fica limitada ao aumento do risco, não cobrindo os normais riscos do tráfego. Pondera-se, também, o facto de muitas normas que tornam a fuga ilícita servirem para protecção de outros interesses que não a salvaguarda daquele que persegue e de as condutas impróprias deverem ser valoradas à luz do § 254 BGB; c) *Selbstschädigung des Verletzten, Verhalten des Verletzten und Folgeschäden* – cf. p. 136, considerando que o critério da provocação se aplica também quando o dano se concretiza por uma reacção potencialmente perigosa do lesado, mobilizando-se o § 254 BGB quando a lesão surge como uma compreensível resposta, embora não óptima do ponto de vista económico]; 2) *Eingriffe Dritter* – intervenção de um terceiro [considerando, a este propósito, que a delimitação da responsabilidade desses terceiros e o âmbito do risco do lesado não é baseada só na adequação e que o comportamento do terceiro não exclui a responsabilidade quando lhe foi dada a ocasião para o evento ou mesmo quando tenha actuado negligentemente. Excluem-se, porém, as situações de negligência grosseira do terceiro]

Entre nós, vide CARNEIRO DA FRADA, *Teoria da Confiança...* cit., p. 624 e ss., considerando que aí estão em jogo os casos em que o nexa entre a conduta do responsável e o resultado danoso se estabelece através da acção de uma pessoa.

¹⁵⁸³ Ou seja, entre a primeira causa e o resultado, intercede uma decisão livre, tida como segunda causa. O cerne do problema reside, pois, na dúvida que se concita acerca da conformação da primeira causa como causa *tout court*, por se constatar a influência psicológica que exerceu sobre o segundo agente, afectando-lhe a vontade.

Diz-nos FORST que, se a acção do primeiro causador é apenas uma condição necessária mas não suficiente para a decisão livre e a acção do segundo, que naquela se baseou, poderia ter sido diversa, se torna problemático responsabilizar o primeiro agente – (cf. *Grenzen deliktischer Haftung bei psychisch Vermittelter...* cit., p. 3-8). Para maiores desenvolvimentos acerca do conceito de mediação psicológica no seio do problema da causalidade, vide p. 18 do autor. Pode aí ler-se que se fala de causalidade mediata quando, num nexa causal entre a acção de um sujeito e a consequência final dela, uma segunda acção voluntária de outro sujeito se interpõe, as duas podendo ser vistas como condições sem as quais o dano não se produziria. Ou seja, e continuando a acompanhar, passo a passo, a exposição do autor, um primeiro

agente coloca uma condição necessária para a decisão livre e para ser a base da acção de um segundo agente, cuja conduta, designada por *novus actus interveniens*, surge, por seu turno, como *conditio sine qua non* de um outro resultado. Por isso, se pode concluir que o resultado final não é determinado segundo uma lei da natureza, sendo, pelo contrário, nonexo causal, a decisão livre de vontade do segundo agente cunhada como um momento psicológico. Residem aí os problemas imputacionais. Por um lado, a doutrina da equivalência das condições não permite dizer a quem vai ser imputado o resultado danoso, por ser qualquer dos comportamentos condição sem a qual o dano não poderia ocorrer. De igual modo, a doutrina da adequação não logra resolver a questão, porque, havendo uma objectiva regularidade dos acontecimentos, torna-a aproblemática (cf. p. 18 e p. 29). No que à teoria do fim da norma diz respeito, cf. p. 30. Afirma, aí, o autor que a delimitação da responsabilidade do primeiro agente também é possível no quadro dela, bastando para o efeito que se considere o dano verificado integrado no âmbito de protecção do § 823 BGB, procedendo-se, consequentemente, à demarcação das esferas de risco.

Rememoramos a este ensejo um dos problemas nuclearmente enervadores da responsabilidade por informações. Nesse sentido, para maiores desenvolvimentos, cf. CARNEIRO DA FRADA, *Teoria da Confiança*, ... cit., p.624 e ss.

Para alguns exemplos fornecidos por FORST, cf., *inter alia*, p. 37 e 45. Um fazendeiro causa um incêndio na sua propriedade. Depois de os bombeiros apagarem o fogo, o bombeiro B parte uma perna, enquanto guarda a escada de emergência. Pode A ser considerado responsável por esta lesão corporal? E no caso de A emprestar a B a sua pistola, apesar de saber que ele é portador de um feitio irascível e violento, arma essa que será posteriormente utilizada, no meio de uma discussão entre B e C, para o primeiro atacar o segundo? Poderá ser imputada alguma responsabilidade a A?

Duas notas, a enquadrar a problemática sobre que o autor versa na sua obra. Por um lado, dividem-se as hipóteses assimiláveis pela intencionalidade normativa da categoria dogmática por si chamada à colação entre os casos *Zweipersonenverhältnissen* (segundo causador do dano e lesado identificam-se) e os *Dreipersonenverhältnissen* (o segundo causador do dano e o lesado são pessoas distintas) [cf. p. 31] [v., sobre o ponto, TILL RISTOW, *Die psychische Kausalität im Deliktsrecht*, ... cit., p. 17. O autor distingue mais do que um tipo de casos, a convocar, segundo o seu entendimento, problemas diversos: a) casos em que o segundo agente causador do dano lesa os seus próprios interesses, nos quais a questão que se suscita é a de saber se o primeiro agente é responsável ou se, sendo o primeiro agente responsável, vai ou não haver uma repartição da indemnização segundo os critérios do § 254º BGB; b) casos em que o primeiro agente sofre através de um segundo agente danos, colocando-se o problema de saber se ele tem de suportar esse dano, se o agente é responsável ou se o segundo é responsável mas o dever de indemnizar fica limitado pela contribuição culposa do primeiro agente; c) casos em que o bem jurídico lesado pertence a um terceiro, passando o problema a ser o de saber se é responsável o primeiro agente, o segundo ou os dois solidariamente (§ 840, 421 e ss. BGB); e LANGE/SCHIEMANN, *Handbuch...* cit., p. 131 e ss., que classificam as situações de *psychisch vermittelte Kausalität freie Handlung des Verletzten e Eingreifen Dritter*].

Acerca das *Zwei-Personen-Verhältnissen*, veja-se, novamente, TILL RISTOW, *Die psychische Kausalität...* cit., p. 45 e ss. RISTOW apresenta, dentro delas, inúmeras situações. Acompanhemos, pois a sua taxonomia: a) *Dazwischentreten zur Hilfeleistung* – intervenção para socorro (segundo o testemunho do autor – cf. p. 71 e ss. –, tradicionalmente, aplica-se a estes casos o critério da provocação – *Herausforderungskriterium* –, desenvolvido para os casos de prestação de socorro e salvamento – *Nothilfe und Rettungsfälle* –, mas que pode ser mobilizado para qualquer situação que envolva ajuda – *Hilfeleistung*. O segundo agente intervém para impedir uma situação danosa ou perigosa. Ora, tem-se entendido que não é socialmente inadequado o surgimento do auxílio, sobretudo quando avulta uma obrigação moral para agir. RISTOW acaba por mostrar-se céptico relativamente a algumas destas ideias. Em primeiro lugar, diz-nos que “é duvidoso que alguém possa gerar uma emergência socialmente adequada, uma vez que a noção de emergência em si mesma contém uma ideia de inadequação social”, ao que acresce que “é discutível a ideia de criação de uma obrigação moral de agir, porque, estando em causa uma situação que pode provocar graves lesões para o próprio, essa obrigação claudica”. Também a invocação do interesse público não colhe a aceitação do autor, porquanto a finalidade da responsabilidade civil esteja distante dele. Por isso, sustenta que a melhor formulação é a que aponta para o confronto entre o comportamento do primeiro e do segundo agente – o fundamento da responsabilidade radicaria, assim, na “produção socialmente inadequada de uma situação de perigo. Não obstante, há que estabelecer limites, que RISTOW nos dá a conhecer a págs. 74 e ss. Na verdade, acções totalmente despropositadas do segundo agente, designadamente quando há uma desproporção entre o risco gerado e a intervenção daquele ou quando se denota a irracionalidade que é incorrer em perigo quando a causa de ajuda é fútil); b) *Dazwischentreten bei Autoritätsstellung des Erstverursachers* – intervenção pela posição de autoridade do primeiro agente (cf. p. 76 e ss., onde o autor explica que aqui a actuação do segundo agente não é

motivada pela criação de um especial perigo por parte do primeiro agente, mas por uma confiança neste que se manifesta através da acção do segundo, que tem um défice de conhecimentos que o impede de avaliar a situação. Há que ponderar aqui a própria ideia de auto-responsabilidade do segundo agente, falando-se, por vezes, de *Herdenreaktion* – v., a propósito, também citado por RISTOW, ZIMMERMANN, “Herausforderungsformel und Haftung für fremde Willensbetätigung nach § 823 I BGB”, ... cit., p. 13); c) *Dazwischentreten bei Eingriffspflichten des Zweitverursachers* – intervenção obrigatória do segundo agente (cf. p. 91 e ss. – neste grupo, “a intervenção do segundo agente não foi motivada pelo perigo criado para os bens jurídicos de uma pessoa, nem por uma especial autoridade do primeiro agente. Antes o segundo sujeito sente, pela sua posição institucional, que tem a obrigação de intervir. É o que acontece sempre que o segundo agente pertence ao corpo policial. Fundamental, para que haja imputação, é que tenha havido provocação – *herausgefordertes Dazwischentreten* –, não sendo suficiente que o comportamento tenha sido solicitado. Fundamental, ainda, parece ser, pelo diálogo encetado pelo autor a págs. 119 e ss., o cotejo de esferas de risco e responsabilidade, ao ponto de, e centrado-se exclusivamente na actuação policial, dizer que os agentes de autoridade incorrem num âmbito mais vasto de risco do que as outras pessoas, o que implica que só em casos extremos falha a responsabilidade por o perseguidor ter incorrido em riscos absolutamente inadequados, abrindo-se as portas à repartição de responsabilidade segundo o §254º BGB. Note-se, porém, que – cf. p. 122 –, de acordo com outra perspectiva, o risco da perseguição situa-se na esfera profissional do perseguido); d) *Dazwischentreten bei gegenständlichen Gefahrenkontrollpflichten des Erstverursacher* – intervenção pelo concreto dever de controlo do perigo do primeiro agente (cf. p. 126 – trata-se de situações em que o primeiro agente deteve o controlo sobre uma concreta fonte de perigo e viola um dever de conduta, sendo o segundo agente quem produz directamente o dano).

Acerca das situações que envolvem um terceiro, cf. p. 145 e ss. A este ensejo, TILL RISTOW apresenta uma taxonomia análoga à que curámos em cima. Assim, fala de a) *Dazwischentreten bei Unterlassung einer hinreichenden Sicherheitsvorkehrung durch den Erstverursacher* – intervenção pela omissão de uma disposição de segurança pelo primeiro agente; b) *Dazwischentreten bei Beeinträchtigung einer bestehenden Sicherheitsvorkehrung durch den Erstverursacher* – o primeiro agente estava onerado com uma disposição de segurança relativamente aos bens jurídicos do lesado e viola-a; o segundo agente aproveita-se da preterição da obrigação para lesar o bem jurídico de um terceiro (cf. p. 172 e ss.); c) *Dazwischentreten bei Konstellation, die den Zweit-Personen-Verhältnissen entsprechen* – intervenção em constelações que correspondem às *Zwei-Person-Verhältnissen* – p. 183 e ss.

Por outro lado, a simples formulação do problema vem demonstrar – isto se ao nível jurídico alguma coisa é demonstrável – que no quadro da *haftungsbegründender Kausalität* é a imputação que vai problematizada.

Para uma análise dos casos em que um terceiro presta auxílio à vítima de uma lesão, sofrendo com isso, também ele, uma lesão de um bem jurídico e conseqüentemente problemas, cf. HANS STOLL, *Haftungsfolgen im bürgerlichen Recht...* cit., p. 416. Considera STOLL que a responsabilidade do lesante relativamente àquele terceiro deve ser considerada independentemente. Critica a ancoragem da solução numa ideia de previsibilidade e adianta teoricamente que a imputação se deve basear nas regras que orientam a questão da imputação de despesas com o dano. Determinante é saber se os deveres do lesante se estendem ou não a esse terceiro.

Veja-se, também, JULES COLEMAN e ARTHUR RIPSTEIN, “Mishchief and Misfortune”, ... cit., p. 111 (Considerando o problema, não a propósito da causalidade, mas em atenção à determinação objectiva da *fault* – a implicar que se tenham em conta os interesses na liberdade e segurança e, por meio deles, o valor relativo das actividades, ainda que não o valor subjectivo atribuído pelas partes – sustentam que o tratamento dispensado aos *rescuers* se explica, não tanto por uma ideia de previsibilidade, mas pela importância do comportamento, no qual a exposição ao risco não é voluntária) e ROGERS, *Winfield and Jolowicz on Torts*, ... cit., p. 225 e ss.

Sobre a chamada *Good Samaritan Rule*, v., ainda, CEES VAN DAM, *European Tort Law...* cit., p. 467-471. Cf., igualmente, ULRICH MAGNUS, “Remarks on Psychic Causation”, *European Tort Law, Liber amicorum for Helmut Koziol*, ULRICH MAGNUS E JAAP SPIER (ed.), Peter Lang, Frankfurt am Main, Berlin, Bern, Bruxelles, New York, Oxford, Wien, 2000, p. 169 e ss. No seu estudo, o autor diz-nos o que pode ser identificado por *psychic causation* (“a causalidade ocorre como reacção a um acto ou omissão de outra pessoa”, estando, portanto, em causa uma situação em que a causalidade se pretende estabelecer sem que haja intervenção física e directa do pretendo lesante. Adianta o autor que algumas decisões jurisprudenciais tratam o problema sob a égide do *novus actus interveniens* ou da vítima ou de terceiro. Mais acrescenta que, em muitas hipóteses, a vontade do terceiro ou da vítima é influenciada pelo lesante numa extensão tal que exclui a autonomia do segundo comportamento – cf. p. 170).

Cf., novamente, HERMANN LANGE/ GOTTFRIED SCHIEMANN, *Handbuch des Schuldrechts...* cit., p. 149 e ss. Os autores, considerando insuficientes os critérios causais firmados pela doutrina, vêm apontar topicamente algumas regras imputacionais. Dentro destes, atente-se, pela importância que assumem no seio do concreto aspecto que agora abordamos, a alusão à especial susceptibilidade física ou psíquica da vítima (a não justificar, em regra, uma diminuição da indemnização), aos *Schockschäden* (não susceptíveis de gerar uma pretensão indemnizatória), à intervenção de um terceiro no curso causal (considerando, a este propósito, que não interrompe onexo, porque o primeiro causante é também responsável pelo dano), à assunção do risco por parte do lesado sempre que a decisão se fique a dever a um acto anterior incorrecto do responsável.

¹⁵⁸⁴ Referindo-se à ideia de causalidade psicológica, cf. PAUL ESMEIN, “Trois problèmes de responsabilité civile...”, ... cit., p. 325. Surge aí definida como a causalidade para a qual releva a consideração da relação entre o pensamento do agente e o dano que a sua actuação possa causar. Segundo o testemunho do jurista francês, o termo causalidade psicológica justifica-se pelo facto de o agente não ter meios para aferir a probabilidade da emergência do dano, colimando a decisão de agir/não agir num sentimento pessoal de incerteza. Não sendo, contudo, possível do ponto de vista jurídico a sindicância do psiquismo subjectivo do agente, sempre se haverá de conformar a indagação causal com a intencionalidade da violação de uma obrigação. Mais concretamente, o elemento psicológico desempenha o seu papel na conformação de regras comportamentais a nível colectivo, convolvendo-se a causalidade psicológica numa psicologia colectiva – cf. p. 326-327.

Cf., também, CHRISTIAN VON BAR, *The Common European Law...* cit., p. 418, evidenciando que a causalidade psicológica, pelo desconhecimento do modo de funcionamento integral do cérebro humano, não permitirá nunca obter certezas do ponto de vista científico, configurando um nicho onde a problematicidade inerente a teorias como a da *conditio sine qua non* se agiganta. Saliente-se que o autor defende que “the term psychological causation is justifiable, if at all, only in so far as it is applied to sufficiently narrowly defined attribution methods applicable to specific sets of circumstances” e adianta que este parece ser o caso em que o agente intencionalmente provocou a reacção do terceiro ou da vítima. Cf., nesse sentido, a posição defendida na decisão de 16 de Fevereiro de 1972 do BGH, citada pelo autor, onde, pese embora se tenha considerado que o comportamento do demandado era causa adequada do dano, se negou a responsabilidade por se entender que não tinha havido da parte deste provocação, ou seja, aquele não teria provocado os outros condutores no sentido de eles actuarem como actuaram, sendo que essa foi a causa do dano.

Veja-se, ainda, do autor p. 421-422, onde lida com o problema da responsabilidade do agente pelos danos sofridos por aqueles que, confrontados com um acidente, tentam salvar a primeira vítima ou sofrem de um determinado choque pelo que assistiram. No tocante aos primeiros, considera o autor que a responsabilidade não será negada, excepto se a sua actuação for irrazoável ou se tiver ocorrido alguma circunstância que conduza à quebra do nexode causalidade.

Para mais exemplos enquadráveis na causalidade psicológica, cf. págs. subsequentes, tratamento dos *pursuit cases* (casos em que há uma perseguição da vítima), considerando-se, aí, que o dano há-de traduzir-se na realização do aumento do risco da perseguição (v.g., o caso do polícia que sofre danos saltando de uma janela por onde perseguiu um suspeito que, antes, a tinha galgado) [cf. p. 423] [Veja-se, igualmente, DIETER MEDICUS, *Grundwissen zum Bürgerlichen Recht*, ... cit., p. 167 (§24, I, 339), considerando que um caso especial a ser tratado no âmbito da causalidade fundamentadora da responsabilidade é o caso da provocação – *Herausforderungsfälle*. A este propósito, sustenta o autor que a *psychisch vermittelter Kausalität* deve ser tratada sob o ponto de vista da imputação – *Zurechnung*, já que os danos resultam directamente de uma decisão do lesado. Do autor, cf., igualmente, *Bürgerliches Recht*, ... cit., p. 409, onde trata os referidos casos de provocação no âmbito do estudo mais alargado das obrigações de segurança no tráfego. Entende MEDICUS, ao mesmo tempo que sublinha a proximidade com as situações de *psychisch Kausalität*, que os desafios são comuns aos que se colocam a propósito daquelas obrigações. Adianta, ainda, que o BGH exige que a decisão do terceiro ou da vítima seja um resultado adequado da acção do primeiro lesante. Cf., também, TILL RISTOW, *Die psychische Kausalität...* cit., p. 32, afirmando que o BGH aplica o critério da provocação – *Herausforderungskriterium* – aos casos em que o segundo agente causa a si próprio um dano. A propósito do critério da provocação, v., igualmente, LARENZ, *Hegels Zurechnung...* cit., p. 87, a quem se deve a designação do critério].

Para uma análise destas mesmas hipóteses ressarcitórias, cf., igualmente, ULRICH MAGNUS, “Remarks...”,... cit., p. 171 e ss. Assumindo como critério geral de tratamento das situações de causalidade psicológica a ideia segundo a qual o primeiro lesante é responsável (isto é, a causalidade estabelece-se) quando incrementa suficientemente o risco de a segunda pessoa actuar como actuou, elenca alguns dos casos que podem ser tratados sob a égide da causalidade psíquica: a) casos em que a vítima sofre de um choque directamente apesar de nenhum mal corporal ser infligido; b) casos em que a vítima,

depois de uma lesão inicial, agrava o dano por uma reacção psíquica posterior. Analiticamente, cinde, posteriormente, o *shock damage* em duas formas distintas: 1) através do acto pelo qual o lesante é responsável, a vítima sobrevive sem lesão, mas fica para todo o sempre a temer pela própria vida; 2) a vítima observa que outra pessoa é morta ou ferida.

ULRICH MAGNUS avança com diversos critérios de orientação do decidente na solução de problemas como este. Desde logo, salienta que há que ter em conta a proximidade das pessoas directamente lesadas, sob pena de a doença nervosa provocada pelo choque ter de ser considerada um risco normal da vida, que todos devem suportar (cf. p. 172), mas questiona em casos de fronteira, como aqueles em que a observação de uma cena horrífica não pode ser evitada, se não deveriam estes riscos ser suportados por quem os cria.

Trata, também, dos casos em que o lesado sofre um dano directamente, que é agravado pela sua posterior reacção patológica psíquica, entrando aqui, segundo o seu testemunho, em jogo considerações atinentes à *contributory negligence*.

Repare-se como alguns dos problemas aqui patenteados lidam directamente com a questão da ilicitude. Estribando-se esta no resultado-violação de um direito absoluto, a primeira coisa que o jurista teria de ver seria se houve ou não uma posição jurídica tutelada *erga omnes* a ser afectada. A consagração de um direito geral de personalidade (cf., sobre o ponto, entre nós, CAPELO DE SOUSA, *O direito geral de personalidade*, Coimbra Editora, Coimbra, 1995; LEITE CAMPOS, “O direito e os direitos de personalidade”, *Nós – Estudos sobre o direito das pessoas*, Almedina, Coimbra, 2004, p. 109 e ss.; ID., *Lições de direitos da personalidade*, Separata do Vol. LXVI do BFDUC, 2ª edição, 1995; MENEZES CORDEIRO, “Os direitos de personalidade na civilística portuguesa”, *Revista da Ordem dos Advogados*, 2001, p. 1229 e ss.; NUNO MANUEL PINTO OLIVEIRA, *O direito geral de personalidade e a solução do dissentimento*, Coimbra Editora, Coimbra, 2002; DIOGO COSTA GONÇALVES, *Pessoa e direitos de personalidade*. ... cit. [cf., igualmente, do autor, *Tutela da personalidade e personalidade ôntica: a juridicidade da realidade pessoal*, Lisboa, 2006 (policopiado)]; PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *Direito de personalidade*, Almedina, Coimbra, 2006) pode ditar uma solução dos problemas num determinado sentido, importando, posteriormente, averiguar se a dita causalidade fundamentadora da responsabilidade se verifica ou não. Mostra-se, com isto, a profunda ligação que se estabelece entre os dois pressupostos delituais. A amplitude daquele direito implica, na verdade, que se deva – em situações como esta – determinar se o risco de perturbação psicológica deve repousar no lesado ou no lesante. Veremos, *infra*, mais pormenores sobre esta importantíssima ideia de esfera de risco.

Cf., ainda, W.V.HORTON ROGERS, “Liability for failure to prevent self-inflicted harm: suicide in custody”, *European Tort Law, Liber amicorum for Helmut Koziol*, ULRICH MAGNUS and JAAP SPIER (ed.), Peter Lang, Frankfurt am Main, Berlin, Bern, Bruxelles, New York, Oxford, Wien, 2000, p. 237 e ss. [o autor questiona o problema da causalidade no âmbito das situações em que uma pessoa comete suicídio, colocando-se a questão de saber se outrem, responsável pela sua vigilância, deve ou não ser demandado por esse dano da morte. Nesse ensejo, fala de i) *turpis causa* – nega-se a responsabilidade porque tal representaria a compensação por uma actividade ilícita. Mesmo que a negligência do pretensio lesante tenha tido um papel na causação do dano do lesado, pode este ficar privado da procedência da pretensão indemnizatória. Nessa medida, o co-autor de um crime pode não ter direito a uma indemnização que de outro modo seria devida pelo seu cúmplice; ii) causalidade (p. 249) – considera-se não ser bastante o requisito da *conditio sine qua non*. Se C deposita os seus bens em casa de A e este não tranca a porta durante a noite, fazendo com que B, um ladrão, fure aqueles bens, A será responsabilizado pelo seu perecimento desde que se conclua que o seu dever inclui a protecção deles, quer contra ameaças internas, quer contra ameaças externas. Por isso, se A tiver de vigiar B para evitar que ele cometesse suicídio, então o comportamento intencional de B não interrompe o nexo causal. Mas adverte que há que ter alguma cautela, pois isto pode levar a não poder recusar a responsabilidade em qualquer situação de *suicide in custody*, podendo fazer com que A, prisioneiro, sabendo disso, resolva suicidar-se para suprir os problemas financeiros da família. Não se pode, portanto, segundo o autor estabelecer uma analogia perfeita, tanto mais que no caso do ladrão haveria responsabilidade solidária que aqui não existe; iii) *volenti non fit iniuria* (p. 251) – aquele que consente num risco não pode exigir a compensação do dano; iv) *contributory negligence* (p. 252)].

A propósito dos casos de salvamento e situações de emergência (*Rettungs- und Nothilfefälle*), cf., para além de outras referências, TILL RISTOW, *Die psychische Kausalität...* cit., p. 21 (relacionando o problema com a questão da gestão sem mandato – *Geschäftsführung ohne Auftrag*).

¹⁵⁸⁵ Veja-se NILS JANSEN, “Historical report”, in B. WINIGER, H. KOZIOL, B.A. KOCH, R. ZIMMERMANN (ed.), *Digest of European Tort Law*, vol. 1: *essential cases on natural causation*, Wien, New York, Springer, 2007, p. 193: 4 “Damage caused by psychological influence”. O autor analisa a *actio de servo corrupto*, que tornava o sujeito responsável por ter influenciado um escravo de um modo negativo, e

A estrutura valorativa dos casos assimiláveis pela intencionalidade problemática da categoria normativa anunciada não deixa margem para dúvidas. E se as houvesse, teriam sido dissipadas pelo contributo do autor e a contundência das asserções com que nos comunica as suas ideias. Confrontamo-nos aí com a clara percepção da impossibilidade de resolução do problema à luz de uma perspectiva puramente causalista.

Mais do que isso, “a partir do momento em que a causa de um resultado lesivo é condição necessária para a responsabilidade quer do primeiro quer do segundo agente, e cada um deles suporta o risco dessa responsabilização, não será a mera análise daquele resultado que poderá fornecer um ponto de apoio seguro para a imputação da responsabilidade”¹⁵⁸⁷.

Considerando impossível determinar com certeza absoluta qual a causa do resultado lesivo em situações de sobredeterminação causal, há que, de acordo com FORST, “avaliar até que ponto uma delas pode ser sobrestimada como fundamento da imputação delitual ou se as duas afluirão como pólos de imputação”¹⁵⁸⁸, para o que urge convocar princípios, a partir dos quais são especificados critérios de resolução do problema¹⁵⁸⁹.

O alicerce dos modelos imputacionais apresentados pelo jurista alemão surge, portanto, inequivocamente eivado por considerações éticas. Ponto de partida e perspectiva que o condicionará é, em sintonia com o nosso depoimento anterior, a liberdade humana¹⁵⁹⁰.

considera que ela só diz respeito à influência psicológica. Segundo testemunha, para os juristas romanos, o simples conselho poderia ser suficiente para tornar uma pessoa responsável (Ulpianus, D. 11,3,1,3), mas tal como ao nível da *Lex Aquilia*, o problema causal não era tematizado.

JANSEN analisa um caso específico: A matou um homem; por vingança o filho deste incendiou a casa de A e o fogo propagou-se à habitação vizinha. Ora, A, apesar de não ter ateadado o fogo e de ter, inclusivamente, sido vítima dele, foi considerado responsável, por ter dado ocasião ao dano (*occasionem damni dare*), que era equivalente ao *damnum dare*. Como nota, a regra implica uma específica teoria acerca da culpa, a justificar o resultado que resta imperceptível em termos causais.

¹⁵⁸⁶ Cf., também, VISINTINI, *Trattato breve della responsabilità civile*, ... cit., p. 398 e REALMONTE, *Il problema del rapporto di causalità* ... cit., p. 177 e ss.

¹⁵⁸⁷ Cf. STEPHAN PHILIPP FORST, *Grenzen deliktischer Haftung bei psychisch Vermittelter*... cit., p. 120.

¹⁵⁸⁸ Cf. STEPHAN PHILIPP FORST, *Grenzen deliktischer Haftung bei psychisch Vermittelter*... cit., p. 120-121.

¹⁵⁸⁹ Cf. STEPHAN PHILIPP FORST, *Grenzen deliktischer Haftung bei psychisch Vermittelter*... cit., p. 120-121.

¹⁵⁹⁰ Cf. STEPHAN PHILIPP FORST, *Grenzen deliktischer Haftung bei psychisch Vermittelter*... cit., p. 123. Note-se que, não obstante a louvável ancoragem na liberdade humana, o enfoque é sobretudo colocado na ausência de determinismo, e bem assim de hetero-determinação do sujeito, com o se dá lustro a uma liberdade entendida em termos voluntaristas. O acento tónico é, de facto, colocado na vontade livre. Saliente-se, ainda, que o princípio precipuamente mobilizado é, posteriormente, objecto de escalpelização por STEPHAN FORST.

Uma liberdade humana que, contrariando qualquer nota de determinismo natural, permite ao autor ensaiar dois modelos distintos de fundamentação da imputação do resultado lesivo à conduta do agente, ou, atendendo à estrutura dos casos em análise, de um dos agentes.

De um lado o modelo da causalidade mediata ou indirecta (*mittelbaren Verursachung*); de outro, o modelo da causa negligente (*fahrlässing Verursachung*).

Analisemos cada um deles¹⁵⁹¹.

Baseia-se o primeiro, não só no pano de fundo fundamentador anunciado (a liberdade de autodeterminação do sujeito), como também na demarcação das áreas de responsabilidade dos sujeitos envolvidos no caso *sub iudice*. Congruentemente, o princípio da responsabilidade directa ou pessoal reclama a comparabilidade das vontades em jogo¹⁵⁹². Ou, numa perspectiva dogmaticamente densificada, o caso com que o jurista se confronta só se tornará problemático se e quando a actuação do segundo agente se basear num acto de vontade livre. De outro modo, discernir-se-á uma instrumentalização de um ser humano no sentido de pôr em marcha um determinado resultado. Inexistirá um dos eventuais e pretensos pólos de imputação delitual, pela falência liminar do fundamento em que ela se predica. Simplesmente, o traçar da fronteira entre a actuação livre do segundo agente e a heterodeterminação da sua vontade não pode ser feita segundo uma óptica naturalista, pelo que é, afinal, aí que repousa o busílis da questão que com a transposição da noção de autor mediato – colhida de empréstimo do congénere penalista – se procura resolver¹⁵⁹³.

O eminente sentido imputacional que desde sempre temos procurado sublinhar torna-se translúcido se atentarmos no desenvolvimento da ideia inicial do autor. São suas as palavras: “o modelo do causador mediato deve ser forjado no seio da doutrina

Como decorrência da liberdade de vontade, fala o insigne jurista do: 1) princípio da responsabilidade própria (p. 124); 2) princípio do domínio ou do controlo (p. 126), com o qual FORST pretende chamar para o epicentro das suas lucubrações, ainda e sempre em sintonia com o pressuposto valorativo de que parte, a ideia de controlabilidade do decurso causal, pela qual se contornaria a eficácia determinista das leis da natureza. Interpretação possível do critério leva-o a aproximar-se de uma ideia de adequação social (p. 127).

É com base nestes axiomas que STEPHAN FORST idealiza dois modelos de solução do problema.

¹⁵⁹¹ Acompanharemos de muito perto a explicitação do autor sobre o tema. Tal justifica-se por não ser ainda tempo de mobilizar os ensinamentos trazidos à liça para, em segurança, darmos alguns passos em frente na nossa investigação e, conseqüentemente, no nosso percurso dialógico. Sequer se mostra adequado, sem a exposição prévia do desenho imputacional oferecido, levar a cabo alguma análise crítica. O rigor expositivo impõe, *a contrario*, que se cumpra o ónus de apresentação da proposta de STEPHAN FROST.

E, se assim é, cremos que, em nome da fidelidade – e para que não fiquem apagados ou escondidos pormenores relevantes –, se compreende a opção confessada.

¹⁵⁹² Cf. STEPHAN PHILIPP FORST, *Grenzen deliktischer Haftung bei psychisch Vermittelter...* cit., p. 128.

¹⁵⁹³ Cf. STEPHAN PHILIPP FORST, *Grenzen deliktischer Haftung bei psychisch Vermittelter...* cit., p. 129.

do escopo da norma violada”¹⁵⁹⁴, estando em causa “um cotejo de esferas de risco”¹⁵⁹⁵
¹⁵⁹⁶. Para tanto e enquanto desenvolvimento do postulado de que se parte, o essencial da
valoração que se entretence encontra raízes na existência ou não de uma vontade livre
dos sujeitos envolvidos. Excluindo-se a autodeterminação do segundo agente, a
responsabilidade remontará ao primeiro. Inversamente se passam as coisas se o seu acto
for totalmente livre¹⁵⁹⁷.

¹⁵⁹⁴ Cf. STEPHAN PHILIPP FORST, *Grenzen deliktischer Haftung bei psychisch Vermittelter...* cit., p. 130.

¹⁵⁹⁵ Cf. STEPHAN PHILIPP FORST, *Grenzen deliktischer Haftung bei psychisch Vermittelter...* cit., p. 131.

Considera o autor que, se o segundo agente actua de forma não autónoma, não mais terá de suportar o risco específico da sua conduta, o qual só pode ser imputado ao primeiro agente.

Segundo a taxonomia apresentada por FORST, essa liberdade sairia excluída quando o segundo agente tinha obrigação de agir; quando o primeiro agente cria uma situação diante da qual o segundo passa a ter a obrigação de actuar, sob pena de se sujeitar a determinadas sanções ou efeitos nefastos. Do mesmo modo, sugere-se haver uma constrição da liberdade humana sempre que uma acção seja autorizada (p. 135) e bem assim sempre que o primeiro agente detenha em relação ao segundo uma posição de autoridade (p. 137), ou possua um nível cognitivo ou um grau de competência superior aos detidos por este que desequilibre o jogo de forças envolventes, ao ponto de se considerar fundadamente que a liberdade do segundo agente se afigura coarctada (p. 138).

Inversamente, excluir-se-á a responsabilidade, a montante, do primeiro lesante sempre que o segundo incorra em excesso.

No que se refere ao carácter culposo ou não da conduta do segundo agente, PHILIPP FORST denuncia uma incompreensão genérica do modelo por parte da doutrina. Sustenta que a valoração tem de ser feita independentemente do juízo de culpabilidade (p. 140).

¹⁵⁹⁶ Quanto ao ponto, veja-se também, embora noutra perspectiva, ZIMMERMANN, “Herausforderungsformel und Haftung für fremde Willensbetätigung nach §823 I BGB”, ... cit., p. 10 e ss. (em especial p. 12 e ss., remetendo a resolução dos problemas de provocação para o âmbito de tematização da finalidade de protecção das obrigações de segurança no tráfego e considerando que em causa estará a própria tematização da ilicitude); ID., “Der Selbstmord als Gefährdungssachverhalt-Aufwendungs-oder Sachensersatz für den Retter”, *Zeitschrift für das gesamte Familienrecht (FamRZ)*, 1979, p. 103 e ss., considerando aplicáveis as regras atinentes à provocação aos casos de tentativas de suicídio seguidas de salvamento); NILS JANSEN, *Die Struktur des Haftungsrechts...* cit., p. 575 e ss.; H. LANGE/G. SCHIEMANN, *Handbuch des Schuldrechts...* cit., p. 131 e ss. (considerando que só há responsabilidade nos casos onde a natureza e forma da fuga criam um particular perigo);

Veja-se, igualmente, a decisão do *Bundesgerichtshof* de 13 de Julho de 1971, in B. WINIGER, H. KOZIOL, B.A. KOCH, R. ZIMMERMANN (ed.), *Digest of European Tort Law*, ... cit., p. 193: 4 “Damage caused by psychological influence”, p. 195. A é revisor numa estação de comboios e encontra B sem bilhete válido. Para evitar pagar ou ver a sua identidade descoberta, B foge e A segue-o. Acaba por cair e fractura a perna. O comportamento de B é uma condição sem a qual da lesão de A não teria existido. Ao fugir, B, criou um risco de lesão. Mas isto, por si só, não implica que se possa responsabilizar B. Há situações nas quais a atribuição não é possível, porque há uma intervenção independente e livre. Tal acontece sempre que a decisão da pessoa lesada, que cria o novo risco, não foi provocada pela outra parte, que só cria a ocasião para que a vítima se exponha a um novo risco de lesão. Se a pessoa lesada foi provocada na sua tomada de decisão e se for razoável para ele ser provocado, a atribuição não é excluída, sendo a responsabilidade limitada aos danos que resultam do incremento do risco. Aqui, segundo a fundamentação da decisão, o risco aumentado não é desproporcional face ao interesse de descobrir a identidade do lesante. Cf., *in fine*, ZIMMERMANN/KLEINSCHMIDT, em comentário à decisão referida, p. 196, considerando que o critério da provocação serve para examinar a razoabilidade da decisão da parte lesada e para fazer a ponderação entre os riscos envolvidos e os benefícios desejados [discutindo o caso da perseguição ao sujeito encontrado sem um bilhete válido, cf. LARENZ, *Lehrbuch...* cit. I, p. 454-455, onde podemos encontrar mais considerações acerca dos *Verfolgungsfällen*]

¹⁵⁹⁷ Numa perspectiva completamente diversa, cf., a este ensejo, DEUTSCH, «Regreßverbot und Unterbrechung des Haftungszusammenhangs...», ... cit.. p. 551 e ss.

Situações haverá, porém, em que se afigura justo responsabilizar o primeiro agente ainda que a liberdade de vontade do segundo não se apresente coarctada de algum modo. É por isso que STEPHAN PHILIPP FORST complementa o modelo da *mittelbaren Verursachung* com o também pré-anunciado modelo da *fahrlässing Verursachung*¹⁵⁹⁸.

Ponto inicial da tentativa de perscrutar a viabilidade da imputação do dano ao primeiro agente, não obstante a constatação do carácter livre do comportamento do segundo, é agora a qualidade subjectiva da conduta daquele. Sendo ela dolosa, poucas dúvidas restarão acerca do carácter livre dela; sendo negligente, o grau de complexidade com que o jurista terá de lidar aumenta. Imprescindível é, aí, a dilucidação da preterição de especiais deveres de actuação diligente, já que, “se uma acção levada a cabo em contravenção com esse dever de diligência dá origem a um curso de acontecimentos, não se pode rejeitar a responsabilidade pela lesão ocorrida invocando a vontade livre do segundo agente que intervém posteriormente na relação causa-efeito”¹⁵⁹⁹.

Sendo inviável elencar, *a priori*, os deveres a que nos referimos, sempre se dirá que a nota da excepcionalidade derrama aqui a sua influência. Isto é, na medida em que a responsabilização do primeiro agente por uma conduta do segundo quebra a regra da responsabilidade pessoal e directa, há que ser especialmente cautelosos na adjudicação dessa obrigação de ressarcimento^{1600 1601}.

¹⁵⁹⁸ Cf. STEPHAN PHILIPP FORST, *Grenzen deliktischer Haftung bei psychisch Vermittelter...* cit., p. 142.

¹⁵⁹⁹ Cf. STEPHAN PHILIPP FORST, *Grenzen deliktischer Haftung bei psychisch Vermittelter...* cit., p. 145-146.

Nota prestimosa na concretização do critério é a consideração do padrão de referência na delimitação dos deveres de actuação diligente aqui mobilizados. Imputação subjectiva e objectiva entram novamente em confronto, para remeter para aquela a óptica do indivíduo e restringir (ou ampliar, consoante o prisma) a segunda de acordo com a valoração de um observador ideal, de acordo com o estado dos conhecimentos no momento da prática do acto (cf. p. 146).

¹⁶⁰⁰ Cf. . STEPHAN PHILIPP FORST, *Grenzen deliktischer Haftung bei psychisch Vermittelter...* cit., p. 147.

¹⁶⁰¹ Cf., sobre o ponto, MARTÍN GARCÍA-RIPOLL MONTJANO, *Imputación objetiva, causa próxima y alcance de los daños indemnizables*, Editorial Comares, Granada, 2008, p. 148 e ss., questionando o alcance dos danos indemnizáveis quando se produz a intervenção danosa de um terceiro e o problema da proibição de regresso. Havendo uma conduta dolosa que facilita o acto de outra pessoa, pergunta o autor se o primeiro causante deve também ser responsabilizado. A resposta à indagação varia consoante a natureza do comportamento em apreço. Assim, a) no caso de uma intervenção dolosa, temos de saber qual o fim de protecção da norma. É este e não a previsibilidade da actuação do terceiro que deporá no sentido da imputação do dano ao primeiro agente ou não, pese embora aquela previsibilidade possa funcionar como índice de aferição da finalidade normativa, concluindo-se pela rejeição da doutrina da proibição de regresso e bem assim pela inexactidão da ideia de interrupção donexo causal; b) no caso de uma intervenção negligente (cf. p. 153), considera-se a questão mais complexa. Ilustrando-a com a hipótese de negligência médica relativamente ao paciente atendido num hospital depois de uma lesão perpetrada pelo primeiro causante, o autor aduz que este “deveria responder de forma geral pelos danos ulteriores causados pelo pessoal médico, porque a produção da lesão ou dano corporal é que desencadeia o risco de novos danos”, mas ressalva que, “se há negligência grave do médico, não pode imputar-se a responsabilidade ao primeiro causante”, porque é de esperar uma actuação conforme a perícia

Para tanto adianta FORST dois elementos: a previsibilidade objectiva da violação do bem jurídico¹⁶⁰² e a evitabilidade da lesão. O primeiro remete-nos para o núcleo predicativo da adequação e para a probabilidade que ela encerra, que deixa de ser elemento fundante da imputação para passar a ser um mero filtro auxiliar do juízo de valoração entretecido¹⁶⁰³.

O segundo cumpre a missão de trazer para o seio da indagação causal o princípio do controlo da coisa pelo agente^{1604 1605}.

FORST apresenta o seu modelo circunscrito a um âmbito de relevância problemática muito específica. Dir-se-ia, num contacto superficial com o pensamento do autor e com as páginas da nossa dissertação agora em jogo, que tal tornaria extemporâneas as considerações – já longas, admitimos – aqui expendidas. Mas sem razão.

profissional, falando-se, inclusivamente, de um princípio da confiança; c) no caso de uma intervenção lícita, motivada por um comportamento do primeiro causante, como sejam as reacções de defesa ou perseguição, não se elimina em absoluto a responsabilidade daquele que agiu ilicitamente.

Para uma análise global da problemática, cf. p. 162 e ss.

Sobre o ponto, tendo em conta a tematização originária do critério da proibição de regresso em Espanha, cf. Cf. F. PANTALEÓN PRIETO, “Causalidad e imputación objetiva”, *Centenario del Código Civil II*, ...cit., p. 1561 e ss. (considerando que, se se intrometer no curso causal um comportamento doloso ou negligentemente grave de um terceiro, se exclui a imputação ao primeiro lesante, mas sublinhando que a tal apenas ocorre quando a culpa do terceiro seja mais grave que a daquele).

¹⁶⁰² Sobre o ponto, v., também, JOHANN NEETHLING, “Delictual Liability for psychological lesions in South African Law”, *European Tort Law, Liber Amicorum for Helmut Koziol*, edited by ULRICH MAGNUS e JAAP SPIER, Peter Lang, Frankfurt am Main, Berlin, Bern, Bruxelles, New York, Oxford, Wien, p. 209 e ss.

¹⁶⁰³ Cf. STEPHAN PHILIPP FORST, *Grenzen deliktischer Haftung bei psychisch Vermittelter...* cit., p. 148.

Para um aprofundado confronto entre o modelo proposto por FORST e a doutrina da causalidade adequada, cf., p. 157 e ss.

Sistematizando diferenças mais ou menos evidentes, diríamos que há pontos de contacto entre ambas: ideia de probabilidade; padrão de referência ancorado no observador óptimo, embora aqui com a subtilidade das divergências doutrinárias constatadas; ponto de vista tendencialmente objectivo. Contudo, pensamos não incorrer em nenhuma imprecisão se adiantarmos que o ponto de partida do autor é diverso. Não se inicia o percurso dialógico a partir do resultado, mas da comprovação fundada de uma obrigação de actuação diligente que, em concreto, foi preterida.

A aparente tenuidade da diferença granjeará, como poderemos constatar *infra*, um peso específico incomensurável, porque a alteração do *prius* não só permitirá estabelecer uma consonância quantas vezes perdida entre o estrato do direito que é e do direito que deve ser, como comportará consequências práticas incontornáveis, ao nível substantivo como adjetivo.

Prematura, contudo, será a conclusão da fiel identificação com o pensamento do autor.

¹⁶⁰⁴ Cf. STEPHAN PHILIPP FORST, *Grenzen deliktischer Haftung bei psychisch Vermittelter...* cit., p. 149.

¹⁶⁰⁵ Continuando o cotejo com o primeiro modelo por si apresentado, STEPHAN FORST mostra que, ao contrário do constatado ao nível do modelo da *mittelbaren Verursachung*, estando em causa a negligência do primeiro causante, o problema tem de ser equacionado noutros termos. Chamada à colação é a ideia da proporcionalidade da intervenção no processo causal, podendo acontecer que o dever do primeiro agente seja de tal modo amplo que se estenda para ter de cobrir acções do segundo, ainda que ele actue manifestamente de forma excessiva – cf. p. 151.

Para uma análise do papel que a culpa do segundo causador do dano aqui desempenha, cf., ainda, p. 153 e ss.

Por um lado, é o próprio autor que alerta para as potencialidades generalizantes da sua lição¹⁶⁰⁶. Por outro lado, e para não incorrer em vícios típicos dos cultores de um princípio de autoridade que leva ínsito uma fidelidade cega aos textos em que se alicerçam, salientamos que, aceites que vão sendo as conclusões parciais a que temos chegados, outra solução se não justificaria.

Na verdade, ainda que a estrutura problemática dos casos agora em análise seja diversa na sua especificidade, o certo é que não se intui uma intencionalidade díspar relativamente à comum, no sentido de socialmente típica, forma de emergência da controvérsia judicativa que reclama uma apurada atenção no segmento causal. Pensar o contrário é, no fundo, desconhecer a complexidade que eiva a realidade – natural e social – e aproblematicamente alienar o direito para, enclausurados na teia de um pensamento conceptualista que teima em ignorar o *mundus* tal como ele se nos oferece, captarmos dele apenas as notas exemplares¹⁶⁰⁷.

Ora, o papel do jurista há-de ser outro. Outro que, sem descurar o simples, aceda igualmente ao complexo. Outro que, não transmutando a realidade no dado que tudo determina, procura responder às solicitações que ela lhe dirige.

E, se mais-valia pode haver na cristalização – não normativística – de modelos teóricos explicativos que orientem o decidente na busca da solução normativamente fundada e materialmente justa por parte da doutrina, ela implicará sempre a busca de respostas que abarquem também aquele acréscimo de problematicidade¹⁶⁰⁸.

¹⁶⁰⁶ STEPHAN PHILIPP FORST, *Grenzen deliktischer Haftung bei psychisch Vermittelter...* cit., 169.

¹⁶⁰⁷ Note-se que a centralidade dos casos tratada pelo autor pode ser explicada pelo grau de complexidade acrescida com que se nos apresentam. Sem que isso apague, claro está, o pendor de problematicidade co-natural a qualquer situação que lide com a questão da causalidade.

No sentido de afirmar, por exemplo, que a mera consideração do fim da norma não logra obter uma resposta para os casos de participação de um terceiro, cf. HANS STOLL, *Haftungsfolgen im bürgerlichen Recht...* cit., p. 401. Constate-se, também aí, os outros resultados insatisfatórios a que somos conduzidos pela doutrina, segundo testemunho de STOLL.

¹⁶⁰⁸ Referindo-se ao influxo reflexivo que a problematicidade dos casos concretos acarreta, cf. REIS MARQUES, *Introdução ao Direito*, vol. I, 2ª edição, Almedina, Coimbra, 2007, p. 11. Insinuantemente, o autor relembra-nos um dado típico da reflexão crítica, qualquer que ela seja. “A vivência quotidiana é (...) pragmática. Perante a certeza racional oferecida pelos diversos modelos de comportamento, estas acções não são qualificadas juridicamente (...). (...) só as incertezas, os conflitos e a ruptura com a rotina trazem à consciência aquela realidade oculta (o direito) que também faz parte do corpo social. Quebrado o véu do senso-comum toma-se então consciência dos actos jurídicos”.

Três níveis de problematicidade podem, pois, ser tidos em conta, a rarefazerem-se progressivamente: 1) problematicidade, no sentido de conflitualidade, a fazer emergir o lado oculto do direito, sempre presente, a que se refere REIS MARQUES; 2) problematicidade, enquanto complexidade do conflito a fazer despontar novos caminhos de solução dentro dos quadros dogmáticos já estabilizados; 3) problematicidade do próprio direito, quando a *praxis* se torna de tal modo complexa que passa a ter de se problematizar o próprio pensamento de segundo grau, num esforço crítico reflexivo que afaste um tratamento apodíctico dos problemas. Quanto a este último sentido do problema, a convocar a ideia de crise (crise do

Tudo isto a querer dizer que em qualquer situação, pela miscigenação de condições aptas a despoletar um fenómeno causal, e não só naquelas em que avulta instantaneamente a presença de dois agentes dotados de uma vontade livre a determinar o curso dos acontecimentos, se há-de proceder a um juízo valorativo de autonomização do responsável. E se o imbricamento causal pode ser assumido como pedra de toque do que existe, então, só por aí, mesmo que outros factores não houvesse, difícil se tornaria a resolução do problema com apelo exclusivo a critérios deterministas e naturalistas.

Esse o primeiro mérito da lição de FORST, agora fundadamente alargada ao espectro do juridicamente relevante em geral e não confinado a um nicho temático especificado.

Tal mérito, aliás, é co-natural aos ensinamentos de uma miríade de juristas. Se destacamos alguns – enquanto opção discursiva estribada quer no pontual carácter inovador das suas propostas, quer no paradigma a que dão luz –, então congruentemente importa derramar o elogio implícito que aqui deixamos inscrito a alguns deles pelo peso relativo que as doutrinas que encabeçam assumem na economia da nossa dissertação. Donde resulta que não seria correcto não estender as palavras que decorrem da percepção da complexa rede de interacções causais a outros como TRIMARCHI.

No fundo, o que aqui estaria patente seria o enquadramento das sociedades hodiernas no quadro do risco.

Sem que os modelos de um e de outro se confundam. Enquanto o jurista italiano se centra na teleologia da responsabilidade, perdendo do horizonte de referência a remissão para a dimensão ético-axiológica de fundamentação do ressarcimento, o pensamento do civilista alemão, sublinhando sobretudo dois princípios – responsabilidade pessoal e controlo do processo causal –, acaba por se mostrar insuficiente em termos criteriológicos. Não será a isso estranho o facto de orientar as suas lucubrações para um nicho temático muito específico. Donde o aproveitamento dos modelos explicitados nunca poderá ser automática, exigindo – na potencialidade de expansão que denotam – uma tarefa de adaptação.

Mais se diga, antes de avançarmos nesse sentido, que algumas das impositões de STEPHAN FORST concitam as nossas dúvidas¹⁶⁰⁹.

pensamento e, no que a nós interessa, crise do pensamento jurídico, *vide* CASTANHEIRA NEVES, *Questão-de-facto...* cit.).

¹⁶⁰⁹ Sublinhamos, aqui, a precisão com que mobilizamos o vocábulo dúvidas. Isto é, é este e não outro que presta homenagem ao nosso pensamento, porquanto, fieis que nos mantemos à ideia de caminho dialógico

Positivamente, sublinharemos a integração no contexto da causalidade fundamentadora da responsabilidade de uma dimensão de *Zurechnungszusammenhang*. Simplesmente, esta é subsequente à prova da condicionalidade aferida nos termos da doutrina da equivalência, sem que se justifique – num contexto mais amplo de compreensão da *imputatio facti* – a opção dela em detrimento de outras possíveis teorias ou testes causais.

Por outro lado, sublinhe-se que, quando afirma ser no quadro da doutrina do escopo da norma violada que se há-de procurar provar se o primeiro agente, com a sua acção, foi responsável pelo risco criado ou se ele se situa no risco geral da vida, acaba por deixar sem resposta um dos problemas mais instantes da doutrina da causalidade, surgida paredes-meias com a questão da ilicitude.

De uma forma porventura demasiado generalista, pensamos não cometer nenhuma injustiça se tentarmos captar a bondade e as insuficiências da doutrina exposta em dois ou três pontos, entre si concatenados.

FORST salienta, como não poderia deixar de o fazer, a liberdade humana e é na sua eleição fundamentante que vai ancorar todas as lucubrações subsequentes. É ela que, entre as outras potencialidades que encerra, permite a colocação da ideia de controlo da acção no epicentro dos modelos teóricos por si forjados.

Na verdade, a desvelação do sentido livre do agir humano, arredando a conduta de cada um do determinismo da *res natura*, torna equacionável a responsabilidade pelo controle causal originário. De um certo prisma, garante ainda a tematização da culpa. E garante a inteligibilidade da assunção do risco.

Quanto ao ponto, pensamos, contudo, que se deve ir mais longe, não querendo com isto dizer que o autor ficou aquém das suas possibilidades. De um lado, a liberdade que se convoca não pode ser encarada como a mera ausência da inexorabilidade do acontecer. Ela matiza-se positivamente e nessa positividade assumida conduz à compreensão das pontes que se entretecem entre humanos, incapazes de viver no isolamento. Cremos ser essa a nota que justifica a necessidade de complementação do primeiro modelo do controlo da conduta com os desvios autorizados pelo modelo da negligência a que aportamos pela lição do autor.

Há, porém, que rodear o discurso de cautelas. É óbvio que a actuação culposa do agente abre espaço a um domínio de risco pelo qual deve responder. Não o negamos,

em busca da solução materialmente mais justa e normativamente mais densificada, só posteriormente estaremos aptos a tomar posição definitiva sobre alguns dos pontos em discussão.

nem o poderíamos negar. Simplesmente, ainda que a assunção culposa daquele fundamente a responsabilidade e oriente o juízo imputacional, convém lembrar duas notas não despiciendas. Se nos confrontamos com o problema da causalidade, tal deve-se em parte à teleologia primária da responsabilidade civil que o reclama, e em parte à percepção não autista da complexidade do fluxo causal no mundo.

Donde o mesmo risco que se controla e que negligentemente se abraça, se bem justificando a imputação¹⁶¹⁰, há-de levar-nos, numa força de sentido oposto, à consideração dos limites dela. Posto que se é certo que a vontade humana livre o controla em certa medida, escapará à mesma o exacto desenrolar dos eventos subsequentes, já que, de outro modo, seria afinal o determinismo – que abandonamos – que estaríamos, em última instância, a advogar.

O risco colora a realidade, o fluir do mundo, no qual o ser se insere. Um risco que ele pode controlar, nisso se distanciando as sociedades hodiernas das sociedades primitivas, quem sabe se mais perigosas¹⁶¹¹. Mas um risco que não deixa de também ser caracterizado pela complexidade da interacção das forças naturais, para além das humanas¹⁶¹².

Por isso, duas conclusões são perfunctoriamente autorizadas.

De um lado, parece residir aqui a insuficiência denotada na lição de STHEPAN FORST. Sendo compreensível pela circunscrição temática que explicitamente enceta, não deixa de ser importante salientar que o aproveitamento dos seus ensinamentos ficará dependente de uma complementação. Aquela que nos leve a ponderar a concatenação

¹⁶¹⁰ E também aqui as cautelas não serão demais. No quadro da responsabilidade por culpa, há que distinguir uma imputação de tipo subjectivo de uma imputação de tipo objectivo. Ademais, importa não esquecer que nos orientamos pelo resultado. A polarização neste impõe a complementaridade do ilícito com um nexos que, comunicando com a culpa, mas distanciando-se dela, permita referir aquele resultado que se chancela como desvalioso ao comportamento do agente [Acerca da relação entre a ilicitude e a culpa, cf., *inter alia*, VON CAEMMERER, “Wandlung des Deliktsrecht”, *Festschrift zum hundertjährigen Bestehen des deutschen Juristentages*, 1960, Band II, p. 49 e ss (também publicado em *Gesammelte Schriften*, Band I, p. 452 e ss., p. 478 e ss.); LARENZ, *Lehrbuch...* cit., I, p. 224 e ss.; MÜNZBERG, *Verhalten und Erfolg...* cit., p. 176 e ss.; LAURENZ VOSS, *Die Verkehrspflichten...* cit., p. 20 e ss.]

¹⁶¹¹ Cf. FARIA COSTA, *O perigo em direito penal*, Coimbra Editora, Coimbra, 1992, p. 320 e ss. Cf., também, FIGUEIREDO DIAS, “O direito penal entre a sociedade industrial e a sociedade de risco”, *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Rogério Soares*, 2001, p. 583 e ss.

¹⁶¹² Cf. CARNEIRO DA FRADA, *Direito Civil. Responsabilidade civil...*, cit., p. 101, afirmando que “os riscos da sociedade pós-industrial multiplicaram-se e os processos causais danosos não são, com enorme frequência, nem singulares, nem transparentes”; GÜNTER HAEGER, “Umweltschäden – ein Prüfstein für die Wandlungs- und Leistungsfähigkeit des Deliktsrecht”, *Neue Juristische Wochenschrift*, 1986, p. 1961-1971, considerando que os tradicionais esquemas causalistas não logram obter resposta satisfatória para lidar com os problemas a que somos conduzidos pelas sociedades actuais, multicomplexas.

condicional não só do interagir humano, como do refluxo temporal e espacial da sucessão de eventos não desencadeados por um sujeito¹⁶¹³.

Por outro lado, parece filiar-se aqui o espelho da dialéctica que entretece o modo de ser do direito. Repristinemos momentaneamente o que antes ficou inscrito acerca da vigência. Não basta que o direito afirme o plano do dever ser ético. À validade há-de associar-se a eficácia. Não tecnocrata, não esvaziada de sentido, mas geradora de pontes com o plano do que é.

No que ao problema da causalidade diz respeito, à imputação estribada em aspectos axiológicos há-de, pois, associar-se a nota ontológica e sociológica, a qual será enfrentada no ponto subsequente.

Antes, porém, mais uma breve palavra. Para sublinhar a nota dialéctica. Não se trata, como bem sabemos, de uma adição, mas de um condicionamento de dois pólos que se transcende na superação dos termos pela qual opera. Ou seja, também naquilo que identificamos como o dado sociológico vai ínsita a nota axiológica. Pode não

¹⁶¹³ Cf. ULRICH MAGNUS, “Remarks...”, ... cit., p. 170, considerando que não há diferença de princípio entre os dois tipos de causalidade, mas alertando para o facto de ser mais difícil estabelecer a causalidade nas situações habitualmente identificadas pela *psychic causation*.

Veja-se o contributo de ANDRÉ PEREIRA em B. WINIGER, H. KOZIOL, B.A. KOCH, R. ZIMMERMANN (ed.), *Digest of European Tort Law*, vol. 1: *essential cases on natural causation*, Wien, New York, Springer, 2007, p. 193: 4 “Damage caused by psychological influence”, p. 223, comentando uma sentença do Supremo Tribunal Administrativo de 20 de Outubro de 1999: um rapaz de treze anos foi ferido na córnea durante o intervalo do jardim-escola com um pedaço de vidro, que esteve mais do que uma semana no chão depois de uma janela ter sido partida e ninguém ter limpo o jardim. A escola foi demandada e o STA considerou que a omissão é causa adequada do dano. ANDRÉ PEREIRA diz que aqui houve influência psicológica, porque a omissão, viabilizando que o pedaço de vidro ficasse no chão, influenciou o lesante, a criança que atirou o vidro contra o colega.

Creemos, não obstante, que nesta situação particular a única forma de justificar a opção judicativa trazida à luz do dia pelo Supremo Tribunal Administrativo é considerar qual o âmbito do dever que onerava a escola. Isto é, não é por ter havido influência psicológica que aquela deve ser responsabilizada, mas pelo facto de a obliteração da lesão se inserir na sua esfera de risco.

Cf., igualmente, LARENZ, *Lehrbuch...* cit. I, p. 451. A partir da *Handlung des mittelbar Verletzen oder Dritter vermittelte Kausalität im Rahmen der Haftungsbegründung* (isto é, das situações em que, no contexto do evento inicial desencadeador de um curso causal, intervém um terceiro que não afecta aquele encadeamento porque foi o primeiro evento que determinou a sua acção ou fez com que outros sofressem também a lesão), não lidando com os problemas da causalidade psicológica, mas tratando genericamente do que tradicionalmente vinha conhecido por interrupção do nexo de causalidade, analisa o caso em que o senhor é apanhado sem um bilhete válido e foge, dando origem a uma perseguição, ou seja, um caso discutido em sede de causalidade psicológica [veja-se, num anterior trabalho do autor, “Tatzurechnung und Unterbrechung des Kausalzusammenhanges”, *Neue Juristische Wochenschrift*, 8. Jahrgang, Heft 28, 1955, p. 1009 e ss. Veja-se, igualmente, DEUTSCH, “Regreßverbot ...”, ... cit., p. 551 e ss.].

A propósito da alteração da perspectiva como se encara a temática, cf. TILL RISTOW, *Die psychische Kausalität...* cit., p. 30 e nota 66, chamando a atenção do leitor para o facto de o mesmo âmbito de relevância problemática ser tratado outrora sob a égide da interrupção do nexo de causalidade e hoje ser visto como uma componente da imputação, dado que motiva, em seu entender, o afastamento relativamente à doutrina da adequação e a paulatina aproximação de outros critérios de imputação objectiva. Cf., igualmente, p. 126 e ss., dando conta que a delimitação da causalidade psicológica relativamente aos casos normalmente discutidos sob a óptica da violação de um dever do tráfego são difíceis.

sobressair aí com a magnitude do outro pólo que entretece a referida dialéctica. Mas é ainda e sempre uma questão do justo – agora no sentido da justiça comutativa que preenche a matriz primária da teleologia ressarcitória – que é aqui posta em causa¹⁶¹⁴. Estabelecendo, contudo, a ponte com a realidade jurídica que, no fim de contas, mobiliza todo o acervo normativo já constituído e a constituir e, por isso, constitui a razão de ser do direito^{1615 1616}.

¹⁶¹⁴ Cf. STEPHEN PERRY, “Tort law”, ... cit., p. 73, sublinhando a ligação entre a justiça correctiva (comutativa) e o requisito da causalidade factual.

¹⁶¹⁵ Resta clarificar uma outra particularidade. Aventa-se, de facto, a possibilidade de, no modelo proposto pelo jurista alemão, a preocupação que agora nos ocupa ser extirpada do seu horizonte discursivo a montante pela mobilização da doutrina da *conditio sine qua non*. Tememos, contudo, que ela crie mais dificuldades do que solucione problemas e conduza às aporias já diagnosticadas *supra*. Ao que acresce a impossibilidade de cumprir um desiderato imputacional ou não viesse ela imbuída do determinismo e naturalismo que, em simultâneo, se recusa.

¹⁶¹⁶ Saliente-se, contudo, que a ponderação dos dados da realidade, desse plano onto-sociológico, deve ser encarada com cautela.

Por um lado, há uma dimensão fáctica a que só posteriormente faremos referência e cuja justificação colhe também neste ponto. Não é, porém, a ela que nos referimos de momento. Significamos, antes, que a controlabilidade da esfera de risco pelo autor – a ser indiciada pelo seu comportamento culposos – não nos basta, porque outras esferas de risco dialogam comunicadamente com ela. Ora, como concluiremos, não é a simples contemplação autista e atomística da esfera de risco controlável pelo autor do dano que logra solucionar o nosso problema. Antes um cotejo de esferas de risco, onde também se inclua a ponderação própria do risco normal da vida.

A partir daqui podemos tecer, perfunctoriamente, algumas conclusões. Ou melhor, sublinhar alguns pontos.

Por um lado, a ponderação do elemento real não tolhe, nem nunca poderá tolher, o apego axiológico de que partimos. O que permite adiantar que a ideia de controlabilidade da esfera de risco continuará a marcar a sua presença. Por outro lado, ficamos cientes que, no fundo, o que estaremos prontos a fazer – uma vez justificado o nosso percurso – é a olhar para uma justa distribuição dos riscos, a montante, a fazer apelo a uma ideia de responsabilidade como *ab initio* foi por nós caracterizada.

Em último lugar, veremos como isso, pese embora as notas de aproximação a determinadas interpretações da adequação, permite solucionar melhor os problemas juridicamente relevantes.

Cf., quanto ao ponto, HANS STOLL, *Haftungsfolgen im bürgerlichen Recht...*cit., p. 409.

Capítulo VII

A contaminação do requisito causal pela ideia de risco

38. O dado ontológico – a complexidade do devir real

O risco avulta, neste ponto, como um conceito quase voraz que cumpre uma multiplicidade de funções na economia da argumentação expendida.

Tempo, por isso, para fixar fronteiras e traçar quadros de inteligibilidade da categoria.

Assim, o risco assumido conscientemente pode, em determinadas situações tipificadas, funcionar como fundamento da imputação. Vimo-lo a propósito da responsabilidade dita objectiva. Ali ele, qual *cabeça de Jano*, apresenta duas faces. De fundamento a critério, é o dado objectivo que permite a recondução de um dano a uma esfera de responsabilidade assim funcionalmente delineada.

Situados no plano da regra, e deixando de lado a exceção, não se basta o nosso juízo personalista com a simples constatação da assunção consciente do risco, antes se exigindo, em concreto, embora aferido segundo um padrão generalista de referência do *bonus pater familias*, a comprovação de um desvio comportamental relativamente ao que era exigível. O fundamento da liberdade humana, encolhido ali, agiganta-se aqui, e a culpa avulta como critério primordial de imputação. Uma culpa que ora se combina simbioticamente com a ilicitude ora, em homenagem ao plano de IHERING, dela se aparta. Sem que com isso nos condenemos a uma visão formalista da mesma. Ainda que engajados com o resultado, ele não deixa de ser revelador da preterição dos deveres de respeito que informam a matriz da personalidade e comunicam o sentido ético-axiológico de predicação da própria juridicidade. Ora, àquele resultado – traduzível num primeiro dano ou dano evento – vai referida a culpa o que permite traçar uma esfera de assunção de risco que mais não é do que a tradução responsabilizante de uma esfera de responsabilidade positiva que dialecticamente existe *ab initio* na comunicação entre humanos¹⁶¹⁷.

Porque assim é, porque não partimos de um antagonismo militante entre iguais apenas pensável no quadro do individualismo desencarnador da *ipseidade*, mas da abertura solidarística ao outro, não somos forçados a pensar em termos de exterioridade. Ou seja, e dito de outro modo, não está em jogo um pensamento de tipo causa efeito nos termos da qual entre comportamento culposo e resultado medeia um hiato logicista a ser preenchido segundo critérios consequencialistas, mas um *a priori* dever de obstar a produção de tal resultado¹⁶¹⁸ pelo que, desvelando-se a culpa em relação a ele, se presume – ou pode presumir – afinal a contribuição dita causal para aquele¹⁶¹⁹.

A culpa indicia um aumento do risco, que veste assim o figurino de critério de imputação objectiva complementar à imputação subjectiva.

¹⁶¹⁷ Cf., *infra*, o que se dirá acerca da conformação da esfera de risco.

¹⁶¹⁸ Note-se que tal dever pode assumir intensidades diferentes, consoante o nicho inter-relacional concretamente em causa. Designadamente, atente-se na diferença entre os direitos de personalidade e os direitos de natureza patrimonial, que, em termos conceptuais, pode ser captada pela distância que separa o dever de respeito da obrigação passiva universal.

¹⁶¹⁹ Vemos aqui que não distamos muito de eventuais consequências práticas da formulação negativa da causalidade adequada, se bem que a magnitude delas fica reservada para ulteriores lucubrações, num momento em que a investigação subsequente permitir a sua emergência.

Simplesmente, há dois dados incontornáveis que torna preferível a nossa impostação àqueloutra. De um lado, fica assim cumprida a intencionalidade ética que se comunica a toda a juridicidade e à luz da qual se deve procurar inteligir o sentido dos critérios em que se projecta, não dedutivisticamente, o princípio normativo do direito como direito. Metodológico-normativamente é, portanto, preferível.

De outro, sem o preenchimento material, fica por perceber como em abstracto se pode julgar um comportamento como potenciador do risco sem que com isso se redunde ou no vazio ou no determinismo probabilístico.

Num outro nível, o risco tudo determina: é em torno dele, independentemente da concretude experimentada no momento da prática do facto, que tudo gravita e em nome do qual se vai delimitar a obrigação ressarcitória.

Aqui reveste mera função ancilar, construindo a ponte entre o dado axiológico e a comutatividade que se busca. Ou seja, se o sujeito deve cumprir determinados deveres de solidariedade com o outro, a sua preterição em concreto acompanhada de um resultado que a indicia permite-nos estabelecer, presuntivamente, a conexão exigida.

Só que tal não é bastante. Porque o risco de assunção das consequências do seu comportamento convive com outros riscos. E é aí que o conceito assume o estatuto mais amplo e generalista, enquanto característica predicativa e essência informadora da sociedade em que nos inserimos. Ao dado axiológico sem o qual a responsabilidade não é pensável associa-se o dado ontológico.

39. A caracterização da sociedade como uma sociedade de risco

A sociologia tem-se preocupado em afirmar o carácter arriscado das sociedades hodiernas. Bem compreendidas as coisas, porém, vemos que o *topos* não pode ser encarado na univocidade quantitativa, antes implicando a consciencialização da alteração qualitativa do tipo de riscos que se enfrentam.

A potenciação de novos perigos, a acompanhar o desenvolvimento industrial e tecnológico, cujo bosquejo aqui se não traça por ser do conhecimento geral¹⁶²⁰, aceite na simplicidade de um acréscimo do número de situações potencialmente perigosas deixaria na sombra a real dimensão da mudança de paradigma a que, ao longo dos tempos, se foi assistindo.

Mais riscos, mas também maiores riscos seria a frase capaz de captar a ideia enformadora da mutação, ao que acresceria a enucleação deles no íntimo

¹⁶²⁰ Em causa – dizemo-lo *en passant* – está uma escala de interacção cada vez mais globalizada, o uso de tecnologias de ponta, produção e consumo em massa.

Refira-se, ainda, um outro dado importante. A alta incidência de riscos é proporcional à velocidade de circulação de informação no quadro de uma sociedade que, captando a essência dela, é também reconhecida por tal epíteto.

Veja-se, a este propósito, VICENZO SCALISI, “Danno e ingiustizia nella teoria della responsabilità civile”, *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, anno LVIII, nº3, 2004, p. 785-819. Como factores informadores da nova sociedade, o autor salienta o politeísmo valorativo, o desenvolvimento tecnológico, a pós-industrialização e as novas exigências sociais, bem como o processo de globalização, concluindo que o tempo que nos condiciona e a partir do qual os problemas jurídicos hão-de ser perspectivados é a pós-modernidade (p. 786).

comunitário¹⁶²¹. Com isto pretendemos significar não só o incremento genérico do número mas também o acréscimo do potencial danoso de cada uma das situações assim chancelas. Ao que se alia a controlabilidade delas pela vontade humana, levando-nos, no cotejo imprescindível, a acompanhar a opinião daqueles que explicitam partir de fora o perigo nas sociedades primitivas e criar-se, actualmente, na sua imanência¹⁶²².

Os tradicionais riscos naturais perdem a aura de catástrofe, tornando-se previsíveis, controláveis e evitáveis. A estes aliam-se outros, humanamente induzidos, e experimentáveis quer no quotidiano da vida, quer macroscopicamente, com projecção nas gerações futuras¹⁶²³.

¹⁶²¹ A este propósito, cf. ARIEL PORAT e ALEX STEIN, *Tort liability under uncertainty*, Oxford University Press, New York, 2001, p. 7, falando de uma mudança de paradigma (atestado, em primeira mão, pelo precedente *Domoghue v. Stevenson*): o *direct contact paradigm* é substituído pelo paradigma da *liability for damage based upon externalization of risk*” (ou seja, a pessoa é responsabilizada quando expõe outra a um risco de suportar um dano e o dano que se experimenta resulta da materialização desse risco). De notar que os autores partem da constatação da evolução que se verificou na realidade, tendo deixado de existir a relação directa entre lesante e lesado, que torna mais fácil a descoberta dos factos, enquanto regra. Acresce que a industrialização traz consigo novos danos, de maior envergadura e seriedade. O carácter latente do dano e a ausência de contacto entre vítima e sujeito que perpetrta o dano, tão patentes, por exemplo, nas situações em que diversos lesados são expostos a produtos tóxicos, levantam novos problemas. Do mesmo modo, o desafio é lançado ao jurista por via do consumo e produção em massa (desde logo, e em matéria de causalidade, dizem-nos os autores que, em última instância, tratando-se de um dano provocado por um produto comercializado no mercado, pode suscitar-se o problema da causalidade, uma vez que é legítimo supor que a lesão pode ter resultado do uso impróprio que o lesado fez do bem).

Numa terceira fase, o direito delitual passa a ter de lidar com *untraceable e indivisible damages*. *Untraceable damages* são aqueles que não podem ser causalmente atribuídos a nenhum particular lesante, mesmo que se possa identificar os lesantes que externalizaram o risco que possivelmente se materializou no dano. *Indivisible damages* são aqueles que não podem ser repartidos entre os sujeitos que podem ter uma contribuição relevante na produção dele, sendo, segundo o testemunho dos autores, uma variante do *untraceable damage*, de que são exemplo os danos emergentes no seio dos casos DES.

No fundo, os autores, apelando às mutações sociológicas, vêm mostrar como a nova estrutura da *societas* suscita acrescidos problemas e lança novos desafios ao direito da responsabilidade civil. Entre eles, destaca-se como magma unificador dessas dificuldades a indeterminação das situações, a ser potenciada pela multiplicidade de riscos a que se está hodiernamente exposto, pela escassa informação que não viabiliza a identificação dos riscos relevantes e pela iniquidade do mercado ao nível da distribuição e controlo.

¹⁶²² Cf. FARIA COSTA, *O perigo em direito penal*, Coimbra Editora, Coimbra, 1992, p. 320 e ss.

Do autor, veja-se também, com grande relevo para a nossa problemática, “A linha. Algumas reflexões sobre a responsabilidade em um tempo de técnica e de bio-ética”, *O Homem e o Tempo. Liber Amicorum para Miguel Baptista Pereira*, Fundação Eng.º António de Almeida, Porto, 1999, p. 402. Lê-se, aí, na sua expressividade: “vivemos em risco, com os riscos que riscamos (...). Não se trata de mero jogo de palavras. Percebe-se que vivemos em risco. Que hoje os riscos se nos colocam e desafiam com uma tal premência que o seu desconhecimento ou uma sua menor avaliação só relevariam de incapacidade ou de inépcia analítica. No entanto, também ninguém desconhece que os riscos que existem foram riscados, traçados, por todos nós (...). Se bem que para nós o homem tenha sempre vivido em risco, o certo é que na sociedade contemporânea os riscos aumentaram de forma exponencial (...).”

Sublinhe-se a importância das palavras do autor no contexto da sua eclosão. Na verdade, FARIA COSTA insere-as num périplo de fundamentação da mutação do modelo de responsabilidade que nos predica como pessoas. Considera, assim, que o modelo clássico, assente na individualidade e na causalidade, não pode continuar a ser aceite, tendo antes de ser suplantado por um outro (p. 404-405).

¹⁶²³ Cf. CONSELHO DE ESTADO FRANCÊS, *Responsabilidade e socialização do risco* (coordenação da sua tradução e divulgação por MARCELO DIAS VARELLA), Brasília, 2006. Afirma-se, aí, que os riscos mais

E se tal mutação ocorre no plano do dado, ela foi acompanhada por um outro olhar interpretativo ao nível da compreensão que sobre ele se derrama. MARIE-ANGÈLE HERMITTE explicita a clivagem, ao afirmar que, “se nas sociedades antigas o risco era explicado com recurso a uma dimensão mágico-mítica ou religiosa, a partir do momento em que o desenvolvimento científico permite o controlo dessas fontes, procura-se sempre uma explicação causal” para eles¹⁶²⁴. O pendor causalista agiganta-se, em homenagem a uma estrutura cognitiva herdada do tempo do iluminismo e radicada na fé cega na razão¹⁶²⁵.

Simplesmente, a tentativa de aceder às causas quando compreendida na sua inteireza vai conduzir aos antípodas do determinismo com que em primeira instância poderíamos ser contagiados. Pois que, ainda que retrospectivamente se possam descobri-las, colocando-se, a partir daí, a tónica na prospectividade para que convergem a possibilidade empírica e o desiderato ético a que já fizemos referência, fica-se consciente da complexidade condicional que embrenha o acontecer real e o agir humano¹⁶²⁶.

frequentes continuam a ser os riscos clássicos, mas acautela-se que sobre eles recai um novo olhar, assistindo-se a uma menor passividade na aceitação deles e a uma mudança de escala (p. 29).

Refere o estudo, explicitamente, que mesmo diante de catástrofes naturais se busca, hodiernamente, um responsável: “um tremor de terra suscitará perguntas sobre a construção de habitações que não resistiram a riscos sísmicos conhecidos (...)”. [cf. p. 32].

¹⁶²⁴ Cf. MARIE-ANGÈLE HERMITTE, “A fundação jurídica de uma sociedade das ciências e das técnicas através das crises e dos riscos”, in MARCELO DIAS VARELLA, *Direito, Sociedade e Riscos: a sociedade contemporânea a partir da ideia de risco*, Rede Latino-Americana e Europeia sobre Governo dos Riscos, Brasília, Brasil, 2006, p. 12.

¹⁶²⁵ Continuando a acompanhar o pensamento explanado pela autora, dir-se-ia que se a industrialização acentuou a emergência e novos e agravados perigos, a explicação científica que a acompanhou, ao aceder à causalidade, viabilizou a compreensão racional deles e permitiu que se sublinhasse o papel da prevenção – cf. MARIE-ANGÈLE HERMITTE, “A fundação jurídica de uma sociedade das ciências...”, ... cit., p. 12. Ao que acresce que, mesmo no que respeita aos riscos naturais, a descoberta da causalidade permite estabelecer uma ponte dialogante com entre estes e os riscos tecnológicos. Pois se o conhecimento científico permite aceder à previsão das grandes catástrofes naturais, ele vai exigir que, no mínimo, se adotem medidas protectivas atempadamente (p. 12, nota 4).

¹⁶²⁶ CONSELHO DE ESTADO FRANCÊS, *Responsabilidade e socialização do risco...* cit., p. 34.

Afirma-se, aí, que “os riscos são, sensivelmente, mais difusos [nas] suas causas (...) [e] efeitos. (...) Somos confrontados com riscos que resultam em sequências complexas de factores cujas causas são dificilmente identificadas”.

Outra nota que ressalta do estudo é a pressão crescente em matéria indemnizatória, isto é, uma consciencialização acrescida dos putativos direitos por parte da comunidade em geral a resvalar para uma incessante busca dos responsáveis mesmo quando nenhuma responsabilidade possa, em termos clássicos, ser assacada – cf. p. 36 e ss.

O dado sociológico deve ser compreendido, quando vertido para o campo jurídico, de forma cautelosa. Porque ele permite duas interpretações, ou melhor, remete para duas realidades distintas. Por um lado, importa frisar que a tensão constatada força, as mais das vezes, à procura de mecanismos securitários que pouco ou nada têm em comum com a intencionalidade da responsabilidade pessoal de que o direito não pode abdicar. Por outro lado, não raro tem como efeito colateral nefasto uma abertura exacerbada da jurisprudência. Pense-se, por exemplo, nas caricaturais sentenças norte-americanas ao nível da protecção dos consumidores (v.g., o caso da idosa que, pondo o gato no microondas para o secar, o mata e vem

A sociedade de risco de que se dá conta está longe, portanto, de ser uma sociedade matizada pela linearidade fenoménica¹⁶²⁷.

A noção que aqui temos trazido à colação não é neutra; antes implica a elaboração teórica posta em marcha por autores como ULRICH BECK¹⁶²⁸ e NIKKLAS LUHMANN¹⁶²⁹. Com eles somos instados a confrontar-nos com os imponderáveis da estrutura da *societas* criada por nós próprios.

depois exigir uma indemnização ao fabricante do aparelho por este não ter cumprido um dever de informação no sentido de alertar para a impossibilidade de se colocarem seres vivos no seu interior – cf. PATRIK S. RYAN, “Mc Do, Café Brûlant, et un animal domestique dans le four à micro-ondes: une reconsidération de la notion américaine des dommages exemplaires”, *Global Jurist Advances*, vol. 3, issue 1, article 3).

Mas mais densamente, e se temperado pela virtude da razoabilidade judicativa, garante um olhar diverso sobre o fenómeno da causalidade. Ou seja, permite perceber que, mesmo estando ausente uma relação causa-efeito de tipo natural, um dano pode ser imputável a alguém, o que, a ser justo, só é viável pela assunção de um quadro de responsabilidade a montante. Neste sentido, avulta a pessoalidade e compreende-se a solidariedade de um prisma não obnubilador da sua liberdade.

Mais directamente ainda, contra a corrente maioritária do pensamento jurídico actual, não estamos nem devemos estar condenados, uma vez reconhecida a nova estrutura do risco, a abdicar da imputação em termos pessoais para a transmutar numa não responsabilidade, pela diluição daquele risco no todo comunitário.

Veja-se, porém, o que consta do citado relatório, a páginas 126 e ss. Fala-se aí do paradoxo das catástrofes naturais e tecnológicas. Considera-se que, mesmo nestes casos, se procura as mais das vezes um actor humano a quem imputar a responsabilidade. “A ideia de que não há pura causalidade prevalece: o facto de que um risco se realize leva automaticamente a se voltar para o Estado, perguntando-se se ele não poderia ter impedido sua realização, ou melhor, considerando que o Estado deveria ter impedido a sua realização”. Denota-se aqui, segundo a opinião dos relatores do parecer, uma valorização da responsabilidade das autoridades públicas, na prevenção de riscos, em detrimento da lógica da solidariedade social.

Duas notas a este propósito.

Uma para mostrar que, a partir do momento em que a responsabilidade entronca directamente no Estado e não nos órgãos ou agentes que actuam ou omitem, a ideia de responsabilização continua a aparecer, aos nossos olhos, esbatida.

Outra para evidenciar que, ainda que no campo publicista, cuja índole é bem diversa da do domínio em que nos inserimos, a conclusão a que chegam não é diversa da por nós traçada em texto. Isto é, embora se descubram, pelo avanço dos conhecimentos científicos, os porquês, não menos certo é que se adquire a consciência da complexidade do agir e, igualmente, se relega para segundo plano uma imputação baseada em critérios puramente causais. Mais importante que ela é a definição de esferas de responsabilidade.

¹⁶²⁷ Cf. JOSÉ LUÍS SERRANO, “A diferença risco/perigo”, in MARCELO DIAS VARELLA, *Direito, Sociedade e Riscos: a sociedade contemporânea a partir da ideia de risco*, Rede Latino-Americana e Europeia sobre Governo dos Riscos, Brasília, Brasil, 2006, p. 61. O autor fala de fenómenos de pluricausalidade e de retroalimentação no seio de uma sociedade de risco. Com os primeiros pretende significar a existência de múltiplas causas para um efeito; com os segundos indica a transformação dos próprios efeitos em causas. De uns e de outros parte para a constatação da necessária deslocação do problema, no plano jurídico, da causalidade para a atribuição de responsabilidades.

Note-se, porém, a não coincidência entre aquilo que anteriormente sufragámos e a posição expendida pelo autor que, não só coloca o acento tónico a montante da erupção problematizante, como a eiva de considerações consequentialistas (cf. p. 62).

¹⁶²⁸ ULRICH BECK, “De la sociedad occidental a la sociedad del riesgo, Cuestiones de supervivencia, estructura social e ilustración ecológica”, *Revista de Occidente*, nº150, 1991, p. 19-40. Do autor, veja-se, ainda, *Risikogesellschaft auf dem Weg in eine andere Moderne*, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1986

¹⁶²⁹ NIKLAS LUHMANN, *Sociologia del riesgo*, Universidad de Guadalajara, UNAM, México, 1991. Cf., para uma detida análise do pensamento do autor, a cuja obra traduzida acedemos por indicação expressamente contida nas páginas a seguir citadas, FRANZ JOSEF BRÜSEKE, “Risco e contingência”, in MARCELO DIAS VARELLA, *Direito, Sociedade e Riscos...cit.*, p. 82 e ss.

Remete-nos FRANZ JOSEF BRÜSEKE para o ponto central onde desemboca a argumentação do segundo autor citado. Longe do imprevisto ou do mero acaso, o contingente domina o real, configurando-se como algo que não é necessário, nem impossível¹⁶³⁰. Reside aí um dos fulcros da complexidade, porque à ausência de determinismo assim explicitada acresce o interagir comunicacional. A abertura ao mundo e ao outro faz de cada um dependente da acção contingente do seu semelhante¹⁶³¹.

Na caracterização da sociedade de risco desvela-se uma dialéctica específica.

Apontemos, topicamente, as notas de abertura à sua intelecção.

O homem passa a ser senhor do seu destino, afastando o fatalismo imposto pelas forças da natureza. Conhece as fontes de perigo e assume ou não perante elas um risco. O aprofundamento tecnológico e científico não se queda, porém, unicamente no domínio do que é oferecido, levando-o mais longe na constituição de novos perigos¹⁶³². Que também domina. O que, dizemos agora nós afastados de todo o funcionalismo, unido ao vector ético já explicitado anteriormente, permite polarizar no sujeito que actua a responsabilidade pelos danos subsequentemente advindos¹⁶³³.

Acontece que a compreensão causal a que cientificamente se tem acesso, longe de nos conduzir ao determinismo, faz-nos desembocar na contemplação da complexidade da interacção real e pessoal, predicada na contingência, não só arredada da malha da inexorabilidade, como problemática e problematizante, posto que dupla no sentido explanado, já que comunicacional.

40. A permeabilidade do jurídico ao real ou a influência da sociologia na juridicidade. As consequências da caracterização da sociedade como uma sociedade de riscos no plano dogmático.

Contrariamente ao que se poderia pensar no confronto com a epígrafe deste ponto expositivo, não nos debruçaremos sobre o problema da relação entre o

¹⁶³⁰ FRANZ JOSEF BRÜSEKE, “Risco e contingência”, in MARCELO DIAS VARELLA, *Direito, Sociedade e Riscos...cit.*, p. 84.

¹⁶³¹ FRANZ JOSEF BRÜSEKE, “Risco e contingência”, in MARCELO DIAS VARELLA, *Direito, Sociedade e Riscos...cit.*, p. 84 e ss.

¹⁶³² Para uma distinção entre perigo e risco, veja-se, *inter alia* e para além dos estudos que neste ponto temos vindo a acompanhar, PHILIPPE KOURILSKY/GENEVIEVE VINEY, *Le principe de précaution...cit.*

¹⁶³³ A este propósito, cf. MIGUEL BAPTISTA PEREIRA, « Idade Científico-técnica e filosofia da responsabilidade », *sep. De Igreja e Missão*, 1988, p. 139 e ss.

sociológico e o jurídico, pressupondo, antes, a impossibilidade de redução ao segundo do primeiro¹⁶³⁴.

Uma impossibilidade que não representa, *mutatis mutandi*, a alienação da estrutura da sociedade sobre a qual o direito actua e a qual, bem vistas as coisas, incorpora o sistema jurídico, enquanto um dos seus estratos, posto ser ela a determinar, pelo desafio constante de novos e densificados casos concretos, a sua abertura.

Percebe-se, portanto, que a consciência da mutação socialmente operada não possa deixar incólumes as soluções que, no plano do dever ser que é com projecção dogmática, vão pensadas.

Paradigmático disso tem sido a preocupação – não eticamente neutra – com novos temas catapultadores da dialéctica esboçada. Não é, de facto, inócuo, nem livre de uma pressuposição de sentido, o intenso debate em torno da precaução como princípio fundamental da juridicidade, a determinar soluções inovadoras sobretudo ao nível do direito público. É que, de facto, sente-se com especial acuidade o binómio potenciação de riscos/ controlo das fontes de emergência deles em domínios relativamente aos quais as tradicionais impositões da dogmática jurídica parecem falhar. O olhar do jurista passa a situar-se a montante, orientando-se mais no sentido preventivo e prospectivo do que reactivo. Para o que, obviamente, também contribui a

¹⁶³⁴ Sobre o ponto, cf., *inter alia*, CASTANHEIRA NEVES, *Questão-de-facto...* cit., p. 678 e ss; PINTO BRONZE, *Lições de Introdução ao Direito*, ... cit., p. 175

Acerca da sociologia jurídica e do modo como a mesma pode ser perspectivada, acompanhe-se, por um tempo, a lição do primeiro autor citado. Quatro são os sentidos com que ela pode ser apreendida. A saber: a) sociologia do direito em sentido estrito (estudo empírico-sociológico do direito), a implicar a sua investigação como uma realidade sócio-cultural, mas reconhecendo autonomia à intencionalidade jurídica, que não pretende substituir; b) perspectiva que pretende a redução do direito à facticidade social, não sendo aquele mais do que “um fenómeno determinável, na linha do sociologismo positivista de COMTE, DURKHEIM, do pensamento jurídico de estrita feição empírico-naturalista de OLIVERCRONA, LUNDSTEDT, do realismo norte-americano, do realismo de ALF ROSS e da compreensão marxista do jurídico – cf. p. 679; c) pensamento que, assumindo-se como jurídico, pretende dar resposta ao problema do direito através de um fundamento e estrutura sociológica, de que é exemplo a sociologia sociológica de CARDOSO e POUND – cf. p. 680; d) pensamento estritamente jurídico que refere o direito à realidade social para obter uma resposta materialmente adequada aos problemas, de que seria exemplo a orientação sociológica da Jurisprudência dos Interesses – cf. p. 681.

Ora, como bem nota CASTANHEIRA NEVES, “ainda que o direito seja um facto social, não surge, nem se manifesta socialmente sem a mediação reflexiva de um acto autonomamente prático do sujeito”, posto que “o acto de decidir transcende necessariamente os factos”, já que destes “resulta apenas o leque de possibilidade com inteira equivalência entre si” (cf. p. 683).

A referência à dimensão social do modo de ser humano não pretende, pois, colher aí o fundamento do decidir jurídico em sede de responsabilidade civil, mormente no tocante à causalidade, mas tão-só perceber em que medida a mutação do tecido de convivência intersubjectiva e a organização das comunidades humanas vão ou não determinar outras formas de compreensão do risco a influenciar o modo como aquela se deve perspectivar.

assunção de uma eticidade específica, designadamente a que nos encaminha, no plano ambiental, à preocupação inter-geracional e ao pensamento de HANS JONAS^{1635 1636}.

Não se resume, porém, a isto o impacto do ser no campo da construção dogmática. Aspectos particulares da problematicidade concreta são postos em relevo pelos autores¹⁶³⁷. Mas os mesmos acabam por entroncar no plano mais geral da imputação delitual.

Ou seja, confrontados com uma realidade histórico-concretamente situada, são-nos dirigidas demandas várias. Por um lado, percebemos a polarização do risco e do perigo na própria acção humana, que o controla. E se essa controlabilidade, em si mesmo, nada nos comunica, operado o salto para o plano axiológico, justifica a imputação objectiva tal-qualmente a pensámos. Não é aí, porém, o ontológico a oferecer

¹⁶³⁵ O dado não é despreciando. Mostra-nos, de facto, a importância da dimensão axiológica que informa a juridicidade e sem a qual o direito não é concebível.

Aproveitamos esta nota para recuperar uma outra ideia. Na verdade, não se confina a ideia de prevenção ou precaução no campo jurídico ao domínio ambiental. Encontrando aí a sua génese, rapidamente a ultrapassa, podendo assumir-se em termos generalistas. Sobre o ponto, cf. o que *supra* explicitámos. Ainda a propósito do pensamento de HANS JONAS e da influência que a mesma derramou ao nível do jurídico, cf. CASTANHEIRA NEVES, “O direito interrogado pelo tempo presente na perspectiva do futuro”,... cit., p. 68. Sublinhe-se, igualmente, como referido *supra*, que é possível encarar a responsabilidade como princípio sem que seja necessário recorrer ao pensamento de HANS JONAS. Do mesmo modo, é plausível que se fale de precaução sem que o modelo proposto pelo autor nos condicione. Por último, é viável mobilizar outros fundamentos alicerçadores da personalidade livre fora do quadro filosófico por si tratado. Ou seja, pese embora a referência, estamos em crer que o sentido da precaução é mais amplo e mais denso do que a mera orientação do decisor por uma finalidade preventiva dirigida às gerações futuras. Note-se, ademais, que é a própria assunção da filosofia de HANS JONAS que pode ser questionada. Na verdade, a personalidade, ao recusar o solipsístico eu para afirmar o dialogante eu com o outro, faz avultar deveres de respeito e de cuidado com os nossos semelhantes que não têm de, necessariamente, projectar-se na natureza. A sê-lo, ela deve ser vista como condição de desenvolvimento da integral personalidade de cada um, onde também se encontra o homem de amanhã. Mas independentemente da consideração axiológica, sempre se dirá que, sem a projecção futurista e ecologista (que só no personalismo humanista é aceitável), outros modelos de pensamento poderiam ser invocados como fonte inspiradora do modo como se compreende o homem e, concomitantemente, o pilar fundacional da juridicidade. No fundo, o que pretendemos afirmar é que, não obstante a óbvia importância que HANS JONAS tem ao nível do juridicamente relevante, a prevenção/precaução a que se alude não tem de radicar necessariamente na sua ética.

¹⁶³⁶ Cf. MARIE-ANGÈLE HERMITTE, “A fundação jurídica de uma sociedade das ciências...”, ... cit., p. 14-15. Embora sem a referência à pressuposição personalista, afirma a autora que a “sociedade tecnológica não se contenta mais com a análise retrospectiva das causas dos danos”. E acrescenta que isso tem impacto ao nível jurídico, como se constata pela introdução do direito ao ambiente no quadro constitucional em grande número de Estados.

¹⁶³⁷ Cf. GONZALO SOZZO, “Riscos do desenvolvimento e sistema do direito de danos (para um direito de danos pluralista)”, in MARCELO DIAS VARELLA, *Direito, Sociedade e Riscos...*cit., p. 252. Questiona o autor o problema dos riscos de desenvolvimento ao nível da responsabilidade civil, mostrando a um tempo que o tema só logra ser tratado no balizamento de uma sociedade deste tipo, a mesma que suscita, ulteriormente, dificuldades várias ao lidar com eles.

Para uma análise da questão conexcionada com a responsabilidade do produtor, para que o autor também remete, veja-se, com amplo desenvolvimento, entre nós, CALVÃO DA SILVA, *Responsabilidade civil do produtor*, ... cit.

um trilho de indagação, mas aquele axiológico a condicionar a solução do direito que queira ser justo.

Já será o plano ontológico e sociológico na sua pureza a chamar à colação quer a complexidade causal, quer o imbricamento condicional. E a influenciar também, numa dialéctica entretecida com o plano axiológico, a própria modelação da causalidade enquanto requisito do direito delitual.

Debruçando-se sobre o problema do risco, GONZALO SOZZO concatena os dois planos, dando conta da possibilidade de a eventual rigidez do requisito causal ser esbatida pelo princípio da precaução¹⁶³⁸.

Duas notas balizam a ideia avançada pelo autor. Por um lado, adianta que, numa sociedade caracterizada pelo risco, é quase impossível estabelecer fielmente a causalidade¹⁶³⁹. Por outro turno, partindo de uma concepção do direito em termos sistemáticos¹⁶⁴⁰, afirma ser necessário, por referência aos diversos microssistemas que se vão criando, flexibilizar “o princípio da causalidade, regulamentando as condições para o seu funcionamento, retomando o dever de informação e gerando uma teoria para a articulação interna das diferentes racionalidades no direito de danos”¹⁶⁴¹.

O contributo do autor secunda a posição por nós anteriormente expandida. A contaminação da estrutura societária com as nervuras do risco repercute-se também a jusante, no plano dogmático da erupção dos pressupostos imputacionais¹⁶⁴².

¹⁶³⁸ Cf. GONZALO SOZZO, “Riscos do desenvolvimento e sistema do direito de danos...”, ... cit., p. 298. O autor chega a ir mais longe. Questionando a pertinência daquilo que designa por direito de danos como um mosaico e como um direito dialógico, SOZZO fala de presunções de causalidade. Considera estarem presentes no caso da responsabilidade objectiva e adianta que, nas restantes hipóteses de ressarcimento, os tribunais, procurando uma prova quase científica da causalidade, enfrentam dificuldades múltiplas. O impacto da conceptualização do risco a este nível é, a partir da delineação do *status quo* na matéria, a pedra de toque do discurso do autor.

¹⁶³⁹ GONZALO SOZZO, “Riscos do desenvolvimento e sistema do direito de danos...”, ... cit., p. 302.

¹⁶⁴⁰ Cf., a propósito do funcionalismo sistémico e da matriz autopoiética do direito tal-qualmente aí vem pensado, LUHMANN, « La restitution du douzième chameau : du sens d’une analyse sociologique du droit », *Droit et Société, Revue Internationale de Théorie du Droit et de Sociologie Juridique*, 47, 2001, p. 15 a 73 (tradução de Jean Clam) e TEUBNER, « Les multiples aliénations du droit : sur la plus-value sociale du douzième chameau », *Droit et Société, Revue Internationale de Théorie du Droit et de Sociologie Juridique*, 47, 2001, p. 75 a 99, (tradução de ANDRE-JEAN ARNAUD), bem como, do mesmo autor, *Direito como sistema autopoiético*, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 1989

Cf., ainda, LUHMANN, *Sociologia del riesgo...* cit.

Para maiores desenvolvimentos, acompanhe-se *infra* o diálogo que manteremos com estas perspectivas sistémicas.

¹⁶⁴¹ GONZALO SOZZO, “Riscos do desenvolvimento e sistema do direito de danos...”, ... cit., p. 306.

¹⁶⁴² Veja-se, a este ensejo, o testemunho de ERWIN DEUTSCH, *Allgemeines Haftungsrecht...* cit., p. 128 e ss., chamando a atenção para o facto de o risco passar a situar-se na vizinhança de três fenómenos delituais básicos: o comportamento (tido como ponto de referência do risco), a causalidade e a compensação dos danos. O risco traduzir-se-ia, então, na causalidade esperada, sendo fundamento para a obrigação de minorar os danos e para a obrigação de indemnização. Mais especificamente, e no plano da construção dogmática do *Tatbestand* delitual, DEUTSCH explica que, tendo a responsabilidade civil como

Não podemos, contudo, acompanhar fielmente a posição de SOZZO¹⁶⁴³. O domínio ou pelo menos predomínio do ser relativamente ao dever-ser desaconselham-

finalidade a prevenção de danos, esta opera por via das normas de comportamento específico ou através de proibições genéricas. As normas de perigo vêm proibir os comportamentos mais perigosos para os bens jurídicos do § 823 I BGB. Nesta medida, a acção é definida pela utilização de conceitos de risco, sendo este que também nos permite aceder ao funcionamento das causas de justificação. E se a ponderação atinente ao risco não afecta a fundamentação da relação causal, ela ficará dependente daquela, segundo o testemunho do autor, quando seja apresentada sob a forma de causalidade alternativa, no seio da qual o risco é visto como possibilidade causal. Mais acrescenta o insigne jurista que o risco também influencia a extensão da responsabilidade, na medida em que só é indemnizável o dano que esteja numa relação de adequação com o facto, sendo aquela aferida em função da probabilidade de ocorrência do primeiro. Já ao nível da exclusão da responsabilidade, o factor risco avulta em conceitos como o *Minimale Gefahr* (perigo mínimo; comportamento socialmente adequado); *Allgemeines Lebensrisiko* (risco geral da vida) e *Handeln auf eigene Gefahr* (comportamento no seu próprio risco).

Nem todas as soluções apontadas por DEUTSCH correspondem ao modelo delitual que estamos a tentar erigir. Não obstante, o seu depoimento é, a este ensejo, prestimoso ao evidenciar a contaminação do plano do *quid iuris* com as nervuras do perigo. Alguns dos pontos aqui elencados serão objecto de futuro desenvolvimento.

¹⁶⁴³ Do mesmo modo, também não colhemos na íntegra o pensamento expandido, no mesmo contexto e obra, por MARCO ANTÓNIO DA SILVA LEMOS, “O direito como regulador da sociedade de riscos”, in MARCELO DIAS VARELLA, *Direito, Sociedade e Riscos...cit.*, p. 321 e ss. Parte da caracterização da sociedade de risco como uma sociedade funcionalmente diferenciada, dominada pela nota da imprevisibilidade, e diagnóstica, com base nisso, a incapacidade da estrutura clássica do direito para responder aos desafios comunicados pela *praxis* (cf. p. 329). Para superar a crise, sustenta a inviabilidade de, no campo da responsabilidade civil, se continuar a pensar o problema do ponto de vista da imputação individual baseada na culpa e na ilicitude. Reclama, por isso, “uma mudança de paradigma, definindo novas dimensões conceituais de lógica, razão e racionalidade, fazendo emergir e aplicando alguma forma de pós-racionalidade” (p. 333). Neste quadro, acaba o autor por concluir que na dita sociedade de riscos não interessa a definição de responsabilidades, mas sim a reparação dos danos (p. 334).

Orienta-se, portanto, por uma racionalidade que não é a nossa. E abdica com isso da sindicância do justo. Dito de outro modo, a centralidade da conceptualização do tipo de sociedade de que se cura, com a densificação própria de uma perspectiva funcionalista sistémica que se encabeça, leva o autor à evicção da pessoalidade do quadro do direito. Donde resulta, contra a intenção primeira, que o que na aparência poderia ser visto como uma solução de um problema vem, afinal, a redundar numa desvaliosa composição de interesses que, podendo ser aceite em muitos domínios, não o pode ser a este nível.

Daí que seja lícita a afirmação que se segue. Embora confluindo no diagnóstico das dificuldades a que a tecitura social nos remete, acabamos por nos posicionar nos antípodas quando procuramos a terapêutica adequada. Pois que, enquanto o autor que agora acompanhamos sustenta, a partir dali, a socialização do risco, nós recusamos tal ideia para abraçar – nunca é demais referi-lo – uma dialéctica conformada por dois pólos dialogantes: a pessoalidade, a apontar para a imputação baseada na escolha livre e responsável e como tal no controlo do risco, e a complexidade do real. Ou seja, dois pólos unidos e impensáveis um sem o outro: o axiológico e o onto-sociológico.

É que, ao captarmos a obrigação de indemnização sob o prisma da socialização do risco, estamos a sair do estrito domínio da responsabilidade para ancorar o pensamento num outro tipo de racionalidade e num outro tipo de justiça. Que, mesmo que não seja desvalioso, enferma de um vício: o de obnubilar a pessoalidade, afastando o sujeito da assunção da responsabilidade sem o qual não vai pensada a sua liberdade.

Aproveitamos o ensejo para, incidentalmente, tecermos outro tipo de considerações de não pequena importância, se bem que afastadas do núcleo da problemática em que nos envolvemos. Na verdade, não podemos deixar de salientar a confusão, quantas vezes inconsciente, entre a responsabilidade tal como deve ser concebida no âmbito da pressuposição da pessoalidade, raiz fundamentante de todo o direito, e aquela outra responsabilidade sinónimo de solidariedade. A cisão foi oportunamente posta a nú por CASTANHEIRA NEVES e secundada por AROSO LINHARES (cf. *supra*, cap. V, o acompanhamento que fizemos do pensamentos dos autores na matéria)

Note-se que também aqui a eticidade conformadora daquela marca o seu trilho. Simplesmente com uma diversa índole, que não pode pôr em causa a primeira. Ou seja, é certo que, na comunicação valiosa entre humanos que se reconhecem como iguais, a solidariedade não pode deixar de estar presente.

Simplemente, ela não se confunde com uma socialização do risco, porque, agigantando-se esta, esvazia-se aquela, tornando-se rarefeita.

Campo de ensaio fértil para testar a pertinência do que assim fica dito é a responsabilidade do Estado. Sobre o ponto, cf. PANTALÉON, “Cómo repensar la responsabilidad civil extracontractual También la de las Administraciones públicas”, *La responsabilidad en el derecho, Anuário de la Faculdade de derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, 4, 2000, p. 167 a 191

Ainda que a nota seja já longa, tempo ainda para chamar à colação o parecer do Conselho de Estado francês, traduzido e divulgado pela equipa coordenada por MARCELO DIAS VARELLA – cf. *Responsabilidade e socialização do risco*, Uniceub, Brasília, 2006 (coordenação da tradução e divulgação do estudo realizado pelo Conselho de Estado francês).

Pode ler-se aí que a ideologia liberal saída da Revolução Francesa era contrária à socialização do risco, apontando baterias no sentido da responsabilidade individual (cf. p. 21). Contudo, o panorama altera-se paulatinamente. Primeiro no campo laboral, depois diante da constatação de catástrofes naturais, cujo potencial danoso aumenta exponencialmente por efeito da própria orgânica social (p. 31). A consequência, como aliás já tinha sido por nós anunciado anteriormente, foi uma tendencial cristalização de hipóteses de responsabilidade pelo risco.

Esta encara-se num duplo sentido. De um lado, a responsabilidade privada independentemente da culpa. De outro, uma construção dogmática acompanhada da previsão legislativa da responsabilidade pública – cf. p. 40-41. Lembra-se, aí, que o seu fundamento é diverso do da primeira. Lê-se então que “o fenómeno da socialização dos riscos se explica, principalmente, pelo desenvolvimento legislativo da noção de solidariedade nacional no direito público da responsabilidade. Este desenvolvimento levou a imputar ao Estado a reparação de danos que nenhuma pessoa pública causou, mas que estão ligados ao exercício de uma competência pública”.

Ou seja, se aquela ainda pode ser estribada na pessoalidade, esta, pelo contrário, assenta numa lógica securitária de diferente índole. Mesmo que, entre nós, repouse numa conformação importada do mundo jurídico civil, facilmente ela poderia ser substituída por um sistema de fundos ou seguros públicos. Mais se diga que, orientando-se pela posição da vítima, não se ignora estar em causa uma nota de justiça distributiva. Paga a indemnização pelo Estado é a redistribuição das contribuições individuais para a prossecução do bem comum que entra em jogo. Donde se compreende que, na busca do justo equilíbrio de interesses, sejam impostos limites à cobertura estatal do risco. Entre os quais a exigência da desvelação da culpa por referência ao comportamento do sujeito que, ao abrigo da competência pública, actua.

Simplemente, tal não contraria as lucubrações primeiramente avançadas. Não só há casos em que o Estado responde solitariamente diante do particular lesado (designadamente, quando a actuação do funcionário não ultrapasse o patamar da culpa leve), como a noção de *culpa da organização* parece não deixar margem para dúvidas no tocante ao olhar com que apreendemos o instituto.

O que, por seu turno, diga-se em abono da correção, nos leva a questionar outro aspecto da regulamentação da matéria. Sempre que o funcionário actue com culpa grave ou dolo, será chamado a responder diante da vítima, aparecendo o Estado, na hipótese, como mero garante do pagamento da indemnização, a assumir solidariamente a obrigação e a poder, posteriormente, accionar o dito agente por via de regresso.

Entende-se que assim seja, já que nestes casos, mormente nos dolosos, o agente apenas utiliza a aparência de credibilidade pública, não se podendo considerar estar em causa a actuação do Estado, nem sendo justo imputar à colectividade em geral – aqui chamada pela contribuição fiscal – o peso de uma conduta pessoalmente reprovável. Com isto é também o princípio fundamental da responsabilidade de cada um – corolário da liberdade positiva que se reconhece – que entra em cena.

Mas se assim é, dúvidas há no tocante àquelas hipóteses já referidas. Ou seja, havendo uma actuação negligente geradora de um dano pelo qual o Estado responde, significa isso a exoneração de qualquer responsabilidade do agente ou, sempre que ela possa ser imputada por via geral, deve aquele ser chamado a pagar uma indemnização, não havendo – pela diversidade fundacional – uma relação de consunção entre os dois regimes?

O problema ganha especial acuidade aos nossos olhos no tocante à responsabilidade médica. Apresentemos um exemplo. O médico A, actuando negligentemente, lesa a integridade física de B, quando presta serviço num hospital público. Entende maioritariamente a doutrina e a jurisprudência – pese embora haja, por parte da primeira, uma abertura grande no sentido de submeter a responsabilidade da unidade de saúde ao regime do direito privado, sobretudo por via da contratualização da relação – que estamos aqui diante de um acto de gestão pública, como tal amputado do âmbito de relevância do Código Civil (cf. artigo 501º do diploma). Problemática a qualificação, aqui necessariamente ancorada num critério de enquadramento institucional, ela não deixa de nos arrastar mais ou menos acriticamente até à assimilação da hipótese pelo direito administrativo. Que, uma vez preenchidos os pressupostos de

no. Dito de uma forma mais directa: no pensamento do autor, a que não serão alheias as influências teóricas por si denotadas, a realidade tudo determina. No que a nós diga respeito, sem apagar a referência de sentido por si comunicada, acedemos a ela, dialecticamente, pela pressuposição de uma dimensão ética-axiológica.

Tudo isto a significar, portanto, que a não evicção do dado social não pode conduzir aos antípodas da sua hiperbolização¹⁶⁴⁴. Não é a simples constatação das suas características mais salientes que permite alicerçar a dita causalidade, aqui entendida como imputação objectiva, no comportamento humano desvalioso, mas a justificada compreensão da responsabilidade que, indissociável da liberdade assumida positivamente como matriz da personalidade, a tal nos impele. Sem que isso nos baste,

imputação delitual em relação ao médico, a responsabilização do Estado não consome uma eventual responsabilização do próprio não temos a menor dúvida, posto serem os alicerces fundacionais de um e outro caso díspares. Contudo, resta saber se excepcionalmente – e porque o sistema se conforma também legislativamente (convém não esquecer o dado) – estaremos limitados na autónoma constituição normativa por um regime de favor imposto pelo legislador. Dito de outro modo, como interpretar o regime legal disponibilizado?

Para maiores desenvolvimentos sobre o estado da questão em França, veja-se, no relatório citado, p. 107 e ss.

Cf., ainda, acerca da problemática da qualificação da responsabilidade do médico que actua no SNS, em Portugal, ANA RAQUEL MONIZ, “Aspectos processuais da responsabilidade médica: as questões colocadas pelos Hospitais S.A. quanto ao âmbito da justiça administrativa”, *Separata de Responsabilidade Civil dos Médicos*, Coimbra Editora, 2005, p. 320 e 321; ID., *Responsabilidade civil extracontratual por danos resultantes da prestação de cuidados de saúde: o acesso à justiça administrativa*, Coimbra Editora, Coimbra, p. 36 e ss.; FREITAS DO AMARAL, “Natureza da Responsabilidade Civil por Actos Médicos praticados em Estabelecimentos Públicos de Saúde”, *Direito da Saúde e Bioética* (OLIVEIRA ASCENSÃO et. al.), Lex, Lisboa, 1991, p. 125 e ss.; VAZ SERRA, “Responsabilidade civil do Estado e dos seus órgãos ou agentes”, *Boletim do Ministério da Justiça*, nº85, p. 450 e ss.; ID., “Anotação ao Acórdão do STJ de 19-10-1975”, *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, 110º, p. 308 e ss.; MARGARIDA CORTEZ, *Responsabilidade Civil da Administração por Actos Administrativos Ilegais e Concurso de Omissão Culposa do Lesado*, Coimbra Editora, Coimbra, 2000, p. 21; ANTUNES VARELA, *Das obrigações...* cit., I, p. 648 e ss.; MARIA DA GLÓRIA GARCIA, *A responsabilidade civil do Estado e demais pessoas colectivas públicas – Parecer à Comissão Permanente de Concertação Social sobre a figura da responsabilidade civil, contratual e extracontratual do Estado e demais pessoas colectivas públicas*, Lisboa, 1997; FIGUEIREDO DIAS e SINDE MONTEIRO, “Responsabilidade médica em Portugal”, *Boletim do Ministério da Justiça*, ... cit., p. 45 e ss.; MAFALDA MIRANDA BARBOSA, “Responsabilidade civil do médico que actua no SNS e responsabilidade civil do médico que exerce uma profissão liberal. A determinação do regime legal concretamente “aplicável” Anotação ao Acórdão de 20 de Abril de 2006 do Tribunal da Relação de Lisboa”, *Lex Medicinæ*, ano 5º, nº10, p. 161 e ss.

O que aqui fica dito implica, num prolongamento discursivo, que não se pode aceitar, como regra, um sistema securitário que obnubile o sentido de responsabilização intrínseco à personalidade. Por isso, e no tocante à responsabilidade médica – onde face às dificuldades que o paciente/lesado enfrenta se tem colocado a questão com alguma acuidade –, importa vincar a ideia de que um sistema como o escandinavo, que afasta a culpa como requisito da compensação e apaga toda a litigiosidade, não pode ser aceite de forma isolada. Melhor serviço parece, pois, ter prestado o ordenamento jurídico francês, ao instituir um modelo dualista. Sobre a questão, cf. RUI CASCÃO, *Prevention and compensation of treatment injury: a roadmap for reforme*, 2005. Refira-se, ademais, a propósito daquele sistema escandinavo, que, prescindindo do requisito da culpa, mas exigindo a prova do nexo de causalidade, ele nem sequer logra satisfazer cabalmente o interesse da vítima. Nesse sentido, cf. cap. 3, RUI CASCÃO, *op. cit.*

¹⁶⁴⁴ Rejeitando posições extremas de tematização da relação entre o direito e a sociedade, cf. REIS MARQUES, *Introdução ao Direito...* cit., p. 19 e ss.

porquanto a complexidade fenoménica impede – a par de uma estrutura valorativa que se projecta na compensação de danos – que nos contentemos com essa certeza¹⁶⁴⁵.

Ou seja, pragmaticamente a conceptualização da sociedade do risco justifica, embora não fundamente, a inversão no tratamento do problema da causalidade por nós operada. E faz-nos perceber como é inviável continuar preso a uma visão tendencialmente determinista do problema. Mostrando, concomitantemente, não ser viável permanecer no primeiro ponto abordado.

¹⁶⁴⁵ O risco surge como a potencialidade objectiva, a possibilidade ou probabilidade de desembocar num dano. Cf. DEUTSCH, *Allgemeines Haftungsrecht...* cit., p. 128 (apresentando o risco como um conceito cognitivo, elenca alguns dos problemas que se colocam quando se enfrenta o conceito: qual o ponto de referência da expectativa, a lesão ou o dano?; qual a base do juízo de possibilidade? Qual o critério desse mesmo juízo: possibilidade, probabilidade, probabilidade qualificada?)

Sobre o modo como deve ser compreendido o conceito de risco, cf. SUEEN OVE HANSSON, “Risk”, *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, www.plato.stanford.edu/entries/risk, 2007. São palavras da autora: “em sentido não técnico, o risco representa a situação na qual é possível mas não certo que algum evento desagradável venha a ocorrer. Pode também designar a causa de um evento não desejado e ainda a probabilidade de um evento não desejado que pode ou não emergir. Ou então identifica a estatística expectativa de um evento não desejado que pode ocorrer ou não, e aqui temos em conta não só a probabilidade de ocorrência, como também a medida da sua gravidade. E por fim, pode representar uma decisão tomada num cenário de probabilidades conhecidas, diferentemente de num cenário de incerteza”. Mas acrescenta que há significações específicas para o risco. Assim, entre outras: 1) *epistemológica* (o risco, nesta acepção, implica algo desconhecido ou algo que tem um resultado desconhecido, pelo que o seu conhecimento há-de, paradoxalmente, comutar-se em não conhecimento, sem que se identifique com a incerteza, porquanto uma apresente uma dimensão subjectiva – a última – e outro uma componente objectiva – o primeiro. É esta a acepção do risco ao nível das teorias da decisão, quando se afirma que a decisão é tomada sob risco, dado que isso traduz que as probabilidades relevantes são avaliadas num contexto de incerteza); 2) *ética*, mostrando a simbiose entre os problemas atinentes ao risco e à filosofia moral. A teoria ética do risco há-de distinguir as situações de exposição intencional e não intencional ao risco, as situações de imposição do risco a uma pessoa que o aceita e a outra que o não faz, não podendo isto conseguir-se num contexto que trata o risco como uma mistura probabilística de resultados, a não ser que estes sejam definidos de modo tão vago que incluam todas as considerações morais relevantes. Questiona a autora, *in fine*, se existe um direito à não exposição do risco e conclui que ele não pode ser concebível quando o aumento de probabilidades de surgimento do dano seja muito diminuto, na medida em que tal poderia redundar numa impossibilidade de edificação de uma comunidade de humanos. A linha de fronteira há-de passar pela noção de risco razoável e risco não razoável, aduzindo a autora que tal limbo pode apelar a uma ideia de probabilidade. Se as teorias contratuais apelam a uma ideia de consenso para resolver a dificuldade, HANSSON adverte que, e ainda que as situações de incerteza do dia a dia não sejam muito diversas da hipotética situação de ignorância de que falava RAWLS, a solução dispensada pelo autor não se pode aplicar a situações como aquelas com que agora se lidam, até porque cada um leva a cabo a sua acção com efeitos marginais mas aditivos sobre inúmeras outras pessoas.

Afastando-nos, agora, do verbo da autora para deixarmos inscrito o nosso próprio testemunho, pensamos ser importante frisar alguns pontos não despendidos na economia da nossa dissertação. Em primeiro lugar, cremos que tal como o recurso à ideia de consenso se afigura imprestável, também a chamada à liça da probabilidade desenraizada acaba por não dar resposta satisfatória ao nosso problema de base. A convocação da probabilidade, se valiosa, só o é quando ancorada no pólo de fundamentação da pessoalidade. É o cuidado com o outro no encontro potenciado por uma comunidade ética que permite inteligir um filão de cisão entre o domínio do risco permitido e do risco proibido. Em segundo lugar, isto torna-se inquestionavelmente importante para mostrar que a ideia de risco no solipsismo criteriológico nada nos comunica, impondo, outrossim, que se estabeleça o diálogo entre este plano ôntico e o plano axiológico, e confirmando, assim, a linha de argumentação que *ab initio* temos vindo a expender.

Dito ainda de uma forma mais simples, o domínio da fonte de risco ou perigo, sendo o ponto de partida, não nos satisfaz plenamente, tendo de se juntar a ele outros dados.

Dois tipos de riscos são permanentemente tidos em conta: riscos naturais, mais controláveis hoje do que ontem¹⁶⁴⁶; e riscos induzidos por um comportamento humano. Temos de indagar até que ponto esse risco, assumido pelo comportamento culposo e indiciado pelo resultado lesivo constatado, confluindo presuntivamente na imputação delineada, pode ou não ser controlável e até que ponto é exigível esse controlo. Ao que acresce a necessidade de abandonar uma visão atomizada do problema para o enfrentarmos dialogicamente. Isto é, conscientes que estamos do imbricamento condicional, da presença instante e constante de fenómenos de sobredeterminação causal, importa levar a cabo uma tarefa de cotejo de esferas de risco^{1647 1648}.

¹⁶⁴⁶ Sobre o ponto, cf. GOTTWALD, “Kausalität und Zurechnung – Probleme und Entwicklungstendenzen des Haftungsrechts”, ... cit., p. 3 e ss., aqui p. 11 e ss., evidenciando a mudança sociológica que permite hodiernamente controlar muitos dos riscos outrora remetidos exclusivamente para o domínio da natureza. Para uma caracterização do risco, v., também, DEUTSCH, *Allgemeines Haftungsrecht*... cit., p. 129, distinguindo o perigo e o risco e mostrando que sociologicamente os dois conceitos são diversos (o perigo seria atribuível a algo externo; o risco seria atribuído a decisões humanas); FARIA COSTA, *O perigo em direito penal*... cit., p. 321 e 345; MÜLLER-ERZBACH, “Gefährdungshaftung und Gefahrtragung”, ... cit., p. 309 e ss.; ROTHER, “Der Begriff der Gefährdung im Schadensrecht”, *Festschrift für Karl Michaelis*, Göttingen, 1972, p. 250 e ss.

¹⁶⁴⁷ Cf., quanto ao ponto, HANS-JOACHIM MUSIELAK, “Beweislastverteilung nach Gefahrenbereichen. Eine kritische Betrachtung der Gefahrenkreistheorie des Bundesgerichtshofs”, *Archiv für die zivilistische Praxis*, 176, 1976, p. 475 e ss. Pese embora se debruce sobre o problema da repartição do ónus da prova ao nível da responsabilidade civil e deixe enervar a sua posição por considerações atinentes ao domínio contratual, MUSIELAK alicerça a crítica à doutrina que erige como critério guia de solução do problema anunciado a polarização do dano numa dada esfera de risco no facto de poder existir uma interpenetração de zonas de perigo. Não bastaria, pois, que o acidente tenha ocorrido no espaço do devedor, dado o dano poder radicar na esfera de risco do próprio credor.

Para uma crítica da desvelação do nexos de causalidade a partir da noção de esfera de risco, veja-se, ainda, entre nós, RIBEIRO DE FARIA, “Da prova na responsabilidade civil médica...”, ... cit., p. 163, nota 98. Considera o autor que “uma coisa é a esfera de riscos em si (por definição capaz de gerar ou conter uma quantidade porventura grande de riscos) e outra o nexos causal concreto (por definição também uma relação individualizada de causa e efeito)”, pelo que sustenta não se poder estabelecer essa relação concreta a partir da mera possibilidade geral da sua existência.

Notando que o autor se debruça sobre o problema da prova e mais concretamente indaga a possibilidade de, no âmbito da responsabilidade médica, se lançar mão de uma presunção de causalidade que não se esgote numa mera presunção *prima facie*, mas inverta o encargo probatório, importa não deixar passar em claro duas notas que, indo contra o depoimento do insigne jurista, acabam por secundar o que por nós foi escrito em texto. Na verdade, como bem se poderá constatar pelo acompanhamento pormenorizado do pensamento do autor, do que se trata ali é da definição do grau de probabilidade – certeza da causa do dano, lidando-se, então, com a *vexata quaestio* da correspondência entre o plano da validade e o plano do ser. Ora, sendo certo que nenhuma certeza advém da polarização do dano na esfera de risco do pretensão lesante, sempre se dirá que aquilo que o autor apelida de fórmula vazia, quando se dirige ao conceito de zona de perigo, permite, como o próprio regista, “havendo sinais concludentes de que a causa se localiza ou situa num certo âmbito de poder ou em alguma organização”, edificar um “ponto adicional de suporte (...) que legitime a inclusão ou subsunção do facto ao círculo de perigos do devedor” (cf, nota 99 e nota 100). É bem que o pensamento sufragado não permite individualizar a causa real do dano. Mas também é certo que esse não era o propósito da doutrina da causalidade adequada. E se isso se repercute em sede probatória, como teremos oportunidade de salientar, não mais o fará se fizermos acompanhar a

Ponto fulcral do desenvolvimento das nossas ideias será, portanto, a edificação de critérios de concretização dessa empreitada¹⁶⁴⁹ ¹⁶⁵⁰. Antes, porém, um alerta, para

determinação da esfera de risco do necessário cotejo de outras esferas, naturais ou humanas, que confluem potencialmente na determinação do dano.

Mais se dizendo que, e fora do quadro médico-sanitário, em geral, porque a imputação assim pensada bebe a intencionalidade de uma ideia maior de responsabilidade, a refração do modelo edificado em sede probatória acaba por se fazer sentir, com a admissibilidade aqui negada da inversão do ónus que a acompanha. Ou dito de um modo mais directo, como veremos, porque o estabelecimento da causalidade apresenta um cunho ético-axiológico, não serão só argumentos de índole processual a justificar uma solução de todo mais favorável para o lesado e dignificante para o lesante. Sobre o ponto, e porque ele contende com a própria definição da certeza que se exige, maiores considerações serão expandidas *infra*.

¹⁶⁴⁸ Cf. STEPHEN R. PERRY, “Risk, harm and responsibility”, ... cit., p. 321-345. Considera o autor que o risco constitui um dos conceitos centrais do moderno direito delitual. Distinguindo duas concepções de risco, uma objectiva e uma epistémica, sustenta que o risco em si mesmo não pode ser considerado como um dano, e questiona se o sujeito que, através da sua conduta arriscada, causa um dano não intencional a outrem deve ou não ser por ele responsabilizado. É nesse ponto que enfrenta duas posições díspares: a *libertarian perspective*, a apontar no sentido da responsabilidade absoluta, ancorada na simples causação do dano; a perspectiva do *outcome responsibility*, que, alicerçando-se numa noção epistémica e não objectiva de risco, apela a uma ideia de negligência. Sobre o ponto, e com mais desenvolvimento, cf. p. 339 e ss.

¹⁶⁴⁹ Apelando à noção de risco para dar resposta a alguns problemas colocados em sede de causalidade, cf. HANS STOLL, *Haftungsfolgen im bürgerlichen Recht...* cit., p. 403 e ss. Fala o autor de uma responsabilidade pela interferência com o círculo de direitos, a qual pode incluir, em certa medida, a imputação de lesões subsequentes. Designadamente naqueles casos em que estas apenas aprofundem ou estendam a injustiça da lesão preteritamente perpetrada. Considera, então, as situações em que a lesão primária criou um especial perigo, que transcende o risco normal da vida. Segundo o seu depoimento, seria insignificante saber em que medida essa lesão secundária ou a possibilidade de ela ocorrer foi ou não prevista, devia ou não ter sido, porquanto quem actua ilicitamente no núcleo de um direito tem de assumir as consequências geradas pelo seu comportamento. Redunda isto na aceitação da assunção pelo autor da primeira lesão do risco de uma especial susceptibilidade da vítima, sem que se considere a cognoscibilidade ou não da predisposição.

Note-se que aqui o autor estende as suas lucubrações a um momento ulterior, atinente às consequências secundárias do evento lesivo.

Mas note-se, igualmente, a cautela – denotadora do rigor e riqueza dogmática a que nos foi habituando – com que lida com o quadro imputacional delineado. Assim, alerta-nos para o facto de “a imputação das lesões subsequentes através do pensamento do risco requer[er] frequentemente uma subtil diferenciação tendo em conta as circunstâncias do caso. O perigo de lesão – ou o aumento dele por referência ao risco geral da vida – tem apenas valor heurístico e requer uma concretização” (p. 404).

É que, na verdade, STOLL não ignora a problematicidade que muitas situações encerram. Chega mesmo, pelo contrário, a enunciar algumas, quais sejam todas aquelas em que se constata o condicionamento da lesão subsequente pela deficiência de que a vítima padece em virtude de uma prévia lesão; problemas relativos à sobredeterminação causal e ao próprio contributo da vítima.

Conclui, por isso, ser determinante uma apropriada distribuição dos riscos (p. 406). *Infra*, teceremos novas considerações acerca deste posicionamento do autor, até porque, definido que seja o nosso critério de distinção entre a imputação e o cálculo da indemnização – colimado na descoberta de um pólo de desvelação da ilicitude, v.g, a violação de um direito absoluto – estaremos em condições de perceber que os dados por si comunicados devem ser interpretados no sentido imputacional que tenha que lidar com um duplo delito ou um agravamento dele. Isso mesmo se torna claro com a cisão que faz entre as lesões ou danos subsequentes e os danos consequenciais, tratados a partir da página 425.

¹⁶⁵⁰ Cf. ANA PERESTRELO OLIVEIRA, *Causalidade e imputação...* cit., p. 70. Afirma a autora que “uma solução dogmática dos danos ambientais deve, a nosso ver, partir do conceito ou ideia central de risco. Para além de especialmente adaptada ao domínio ambiental – porque mais flexível – longe está de ser estranha à imputação dos danos”. Na base da asserção está a consciência da impossibilidade de se alterarem – como vem fazendo a jurisprudência, sobretudo além-fronteiras – as regras atinentes ao domínio probatório no âmbito da responsabilidade ambiental única e exclusivamente pelo acréscimo de dificuldade com que a vítima se confronta. E na demanda de uma justificação materialmente densificada para se lançar mão do ou dos expedientes, a autora chama à liça o princípio da precaução. Imbuído pela ideia de risco, ele traça o seu curso, derramando a sua influência na solução do problema que *ab initio* a

sublinhar que as esferas de risco devem ser entendidas num duplo sentido. Porque não conformadas exclusivamente pelo dado ôntico, mas animadas pela pressuposição axiológica, importa perceber que elas não resultam somente da adopção de um comportamento perigoso, mas que se consubstanciam também no risco de suportar um prejuízo, tendo em conta uma ideia personalística de responsabilidade e de auto-responsabilidade. O apelo à conformação societária como uma comunidade de risco serve menos para evidenciar a perigosidade de cada acto concreto – ou actividade encabeçada – do que para mostrar que, sendo aquele risco imanente ao *modus vivendi*, não será possível ajuizar causalmente abstraindo do contexto relacional de esferas que se cruzam. É, aliás, este o único recorte compaginável com a noção de acção em que iremos estruturar o nosso delito.

41. A justa distribuição do risco como critério imputacional ao nível do direito civil. A intencionalidade problemática do artigo 570º CC e o argumento que daí se pode extrair.

Fulcral em termos imputacionais parece ser, portanto, a ideia de justa distribuição do risco (a convocar-nos para o cotejo de esferas de responsabilidade). No ponto expositivo que agora se inicia, teremos oportunidade de perceber em que medida o nosso ordenamento jurídico já acolhe a perspectiva. Para tanto importa compreender alguns tópicos colhidos da interpretação do artigo 570º CC.

A noção de risco está presente ao nível de certos entendimentos da doutrina da causalidade adequada¹⁶⁵¹. Contudo, ela galvaniza-se quando se perspectiva o problema

autora abraça, levando-a a concluir da pertinência de aí especificamente se flexibilizarem os critérios de determinação da causalidade.

Apresenta-se, *prima facie*, o recurso ao risco imbuído da dimensão de especialidade, se bem que não excepcionalidade, porque a autora acaba por reconhecer a importância dialógica e criteriológica da categoria ao nível da responsabilidade, quer civil, quer penal (cf. p. 72-73). Cremos, contudo, que a visão sincopada que nos é transmitida se explica pela direcção do pensamento no sentido do bem jurídico que se quer proteger. Outra poderia ser a nossa conclusão se, em detrimento do enfoque no lesado, optássemos, na linha de fundamentação axiológica personalista, por considerar igualmente a posição do lesante, para cujo traçado em concreto concorrem elementos atinentes aos deveres solidarísticos que o unem aos demais.

¹⁶⁵¹ Cf., nesse sentido, ERWIN DEUTSCH, *Allgemeines Haftungsrecht...* cit., p. 132.

Também outros posicionamentos acerca da temática causal, afastando-se da tradicional ideia de adequação, nos mostram a penetração da ideia de risco na dogmática civilística. Pensemos, por exemplo, na proposta de TRIMARCHI. Isto vem evidenciar que não é o risco – em si mesmo – que dá a resposta para o nosso problema, mas a adequada compreensão dele à luz da pessoalidade livre e responsável. Ora, tal,

da imputação objectiva – enquanto complemento àquela outra subjectiva – sob a óptica da autoria. O risco aqui não é apenas definido segundo o aumento de probabilidades de ocorrência da lesão, mas de acordo com a ideia de responsabilidade pessoal, enquanto responsabilidade pelo outro e enquanto auto-responsabilidade.

No fundo, o que se pretende perceber é em que medida o sujeito que actua de forma culposa é ele próprio autor do dano cujo ressarcimento se procura obter. O mesmo é dizer que se busca imputar um dano à conduta do agente pretensamente responsável. E, porque o domínio telúrico está eivado por uma complexidade crescente, não será possível resolver o problema *sub iudice* sem apelo a um cotejo comparativo de esferas de risco.

Este dado, que pode ser intuído pela contemplação de alguns exemplos, parece ser assumido do ponto de vista normativo no quadro da doutrina do concurso de culpas do lesado. Torna-se, portanto, urgente a reflexão em torno da *quaestio*, não sem antes rememorarmos determinados nódulos problemáticos que tornam clara a necessidade.

Sublinhe-se, desde logo, e mantendo-nos fiéis à dicotomia estabelecida *ab initio*, que o dano que aqui se tem em conta é o dano primário, traduzido, afinal, na lesão do direito que subjaz à ilicitude. Não curamos, por ora, dos danos subsequentes, cujo tratamento diz respeito à delimitação do ressarcimento, para o que se convocarão outros critérios de resolução do problema, segundo a intencionalidade a que aí acedermos. Tal não invalida que possam emergir na realidade situações em que, posteriormente a uma primeira lesão do direito, se desvele um outro dano. Ainda que literalmente se trate aí também de um dano subsequente, a verdade é que não podemos deixar de constatar a diferente estrutura valorativa dos problemas em apreço.

Dois exemplos ajudar-nos-ão a estabelecer a distinção.

Imagine-se, primeiro, que o senhor A desfere contra B um tiro, lesando-o com isso na sua integridade física. B padece de fortes dores, a que se alia a impossibilidade de laborar. Acresce que, ficando com uma incapacidade permanente parcial para trabalhar, não só perde a possibilidade de progredir na carreira, como tem de contratar uma governanta que efectue as tarefas domésticas. Há ainda a considerar todas as despesas médicas e bem assim os eventos sociais a que, pelo internamento experimentado, não pode comparecer, causando-lhe forte sofrimento.

em termos dogmáticos, pode traduzir-se numa ponderação comparatística de esferas de risco. A ideia só será devidamente entendida *infra*.

Qualquer destas hipóteses surge como um dano subsequente – ainda sem expressão patrimonial – encarado como refracção da lesão perpetrada: a violação da integridade física.

Não negamos que, relativamente a eles, profundos níveis de problematicidade possam ser enfrentados. Designadamente, os problemas a resolver sempre que se constata que o mesmo dano teria sido vivenciado independentemente da lesão. Pense-se, por exemplo, que a progressão na carreira poderia de igual forma não se verificar.

Não obstante, casos haverá em que a repercussão do comportamento do lesante na esfera alheia se poderá traduzir ou no agravamento do primeiro dano evento, ou na emergência de uma nova lesão. Em todas essas hipóteses é um novo pólo de desvelação da ilicitude com que se há-de lidar. O senhor A desfere um tiro contra o senhor B que, em virtude disso, é internado no hospital x onde vem a contrair uma infecção bacteriana da qual resulta a sua morte. Ou, outro tanto, o senhor A é agredido pelo senhor B, vindo a morrer, sem que consiga discernir se a morte resultou daquela lesão ou se foi condicionada, pelo menos, em parte pela fragilidade física que caracterizava a vítima. Ou, derradeiro exemplo, o senhor A, ferido na sua integridade física por B, é incapaz de fugir de um incêndio que deflagra na sua habitação um tempo depois, vindo a morrer por isso.

A perda da vida é condicionada pelo evento primário. Mais do que isso, num certo sentido, ela pode também – de acordo com a linguagem corrente – ser entendida como um dano subsequente. Mas, ao contrário da primeira *fattispecie* delineada, só o pode ser segundo um juízo consequencial próprio da linearidade condicional determinista. Pois que não só se desvela, ulteriormente, a violação de um outro direito absoluto, como, no agravamento da lesão prévia ou no condicionamento daquela, urge ponderar o contributo causal de terceiros, do próprio lesado ou da fisicidade natural. O dano subsequente assume uma feição particular a este nível, podendo falar-se de dano agravado ou de outro dano lesão ulterior¹⁶⁵².

¹⁶⁵² É claro que o sobrecondicionamento a que se alude também pode existir no primeiro caso apresentado. Simplesmente, aqui encontramos um outro ponto de referência: a lesão de um direito absoluto. Ou seja, existe um outro resultado ilícito e, como tal, o jurista decidente há-de orientar-se por esse pólo.

Já anteriormente tínhamos postulado a cisão entre estes dois tipos de danos subsequentes: os danos consequenciais e aqueles que podem configurar, por si, um resultado ilícito. Repare-se que a bipartição, fazendo apelo à separação entre o dano evento/lesão e o dano consequencial, não se confunde, entre nós, com a divisória entre o dano real e o dano patrimonial.

Mais se refira que ela não equivale à que, no quadro da doutrina germânica, certos autores – cf. DEUTSCH, *Allgemeines Haftungsrecht...* cit., p. 503; LARENZ, “Die Berücksichtigung hypothetischer Schadensursachen bei der Schadensermittlung”, *Neue Juristische Wochenschrift*, 50, p. 490 e ss.;

Como se intuirá as questões a resolver são aí outras. Verdadeiramente importa saber em que medida ele pode ou não ser imputado ao eventual lesante. Com isto aproximamo-nos daquele feixe de problematicidade que tinha sido já abraçado quando nos detivemos no tratamento da causalidade dita psicológica. Também aí a questão era essa: em que medida um sujeito pode ou não vir a ser considerado responsável por um dano – um dano lesão – quando concorre para a sua produção o comportamento do lesado ou de um terceiro?

Em qualquer das hipóteses avançadas denota-se a insuficiência criteriológica da causalidade adequada. Na verdade, ainda que ela não se detenha na indagação da causa real do dano, mas tão-só se preocupe em perscrutar se o comportamento do lesante teria sido em geral e abstracto idóneo a produzi-lo, sempre teremos de concluir que, na sua formulação negativa mais ampla, nunca ou quase nunca poderemos excluí-la pela impossibilidade de constatar a indiferença do comportamento do lesante para a produção dele, e, na sua formulação positiva, somos condenados a aporeticamente lidar com uma realidade probabilística que, não só quadra mal com a intencionalidade especificamente jurídica, como não permite, de modo algum, esclarecer todas as dúvidas, fazendo o intérprete resvalar, as mais das vezes, num decidir com base no justo intuir.

Dir-se-ia, portanto, que, se no quadro de relevância tratado pelos autores que anteriormente visitámos se justificava, em certa medida, o recurso a uma ideia de risco, aqui ele afigura-se imprescindível. Assim secundamos prático-doutrinalmente a defesa da assunção não atomística mas dialógica do risco anteriormente apresentada. É que não basta mostrar que o comportamento do lesante é potencialmente perigoso, isto é, que encerra a probabilidade de gerar um dano daquele tipo, sendo por isso, em abstracto, causa adequada a produzi-lo. Há que, em concreto, saber se na confluência de outras esferas de risco a lesão pode ou não ser imputada ao pretense lesante¹⁶⁵³.

NEUNER, “Interesse und Vermögensschaden“, ... cit., p. 277-314 – estabelecem entre o *Rechtsgutsschaden* e o *Folgeschaden*. Na verdade, aí o que parece relevar é unicamente a diferença entre a lesão de um bem jurídico e outros prejuízos que só indirectamente a pessoa sofre. DEUTSCH, na obra citada, dá como exemplo do primeiro as despesas médicas; e do segundo as perdas de rendimentos, e problematiza a relevância da dicotomia, sobretudo no cotejo com aquela outra atinente aos danos directos e indirectos. Por nosso turno, a distinção que estabelecemos – com impacto no modo como vão compreendidos os termos unidos pelo que tradicionalmente era entendido com nexo de causalidade – passa sobretudo pela divisória entre a lesão do direito e a repercussão negativa que ela tem na esfera do lesado.

¹⁶⁵³ É claro que tradicionalmente o problema não seria descurado, lidando-se, para lá da formulação genérica da causalidade adequada, com nichos problemáticos concretos atinentes às situações de sobredeterminação causal. O que procuramos sublinhar, sobretudo depois do contacto com o dado ontológico, é que só academicamente é possível configurar uma hipótese em que aquela

HANS STOLL di-lo explicitamente¹⁶⁵⁴. Já tínhamos, aliás, tido oportunidade de o esclarecer. Retomamos agora a acutilante lição do insigne jurista para, com ele, afirmarmos ser determinante uma apropriada distribuição dos riscos, sem a qual não é viável resolver o problema da imputação¹⁶⁵⁵.

Exemplifica o autor a índole problemática das situações de que cura com apelo àquilo que se pode designar por exemplo de escola e que, no nosso tempo, avulta com particular importância diante da autonomização do subsistema de responsabilidade médica, unificada pelo conceito de acto médico e preenchida por todas as complexas questões suscitadas pela prestação de cuidados de saúde¹⁶⁵⁶. Pense-se, v.g., naquilo que no quadro da ciência é conhecido por infecção *nosocomial*¹⁶⁵⁷.

sobredeterminação condicional e/ou causal esteja ausente. Na verdade, de uma dada perspectiva, pode, como já se viu anteriormente, mesmo dizer-se que o próprio lesado há-de ser sempre condição para a ocorrência do dano.

¹⁶⁵⁴ Cf. HANS STOLL, *Haftungsfolgen im bürgerlichen Recht...* cit., p. 403 e ss.

¹⁶⁵⁵ Cf. HANS STOLL, *Haftungsfolgen im bürgerlichen Recht...* cit., p. 406. O autor identifica alguns nichos problemáticos onde tal urgência se denota. A saber: casos em que se aprofunda ou estende a injustiça da lesão primariamente cometida; casos de especial susceptibilidade da vítima; casos em que se desvele a contribuição de uma ulterior causa, entre a qual pode figurar o próprio comportamento da vítima ou um evento de terceiro. Quanto às últimas hipóteses, salienta STOLL que a problematidade que elas encerram só pode ser solucionada com apelo a critérios de distribuição do risco. A pergunta que orienta o autor a páginas 406 é: em que medida o risco da intervenção deliberada de um terceiro pode ser vista como controlável pelo primeiro lesante?

Se a perspectiva pode ser comum, é ainda prematuro afirmar a adesão incondicional aos critérios predispostos pelo autor para a resolução da inquirição formulada. Na verdade, louva-se em STOLL o apelo à ideia de distribuição de riscos e bem assim a recusa do atomismo que contemple na exclusividade a conduta censurável do agente. Remetemos para mais tarde a viabilidade de, com ele, adoptarmos como critério a imputação paralela da lesão subsequente e dos custos do dano. Para STOLL, a imputação da lesão subsequente há-de obedecer a critérios idênticos (paralelos) aos que funcionam para responder ao problema das despesas que o lesado levou a cabo após a primeira lesão e do reembolso delas (cf. HANS STOLL, *Haftungsfolgen im bürgerlichen Recht...* cit., p. 408). Uma palavra para mostrarmos que STOLL acaba por estabelecer a diferença entre a fundamentação da responsabilidade e o preenchimento da obrigação de indemnização. Cf. p. 393 e, ainda, na sistematização da sua obra, a bipartição de temáticas entre a *Haftungstatbestand* e a *Schadenstatbestand* (p. 393 e ss e p. 419 e ss.). A páginas 424, o autor mostra explicitamente a diferença entre o dano subsequente e o dano consequencial, cindindo os critérios de tratamento dos dois de forma clara. Serve isto para dizer que nem sempre o ponto dialógico é coincidente, ou seja, alguns dos ensinamentos do civilista concentram-se no preenchimento da indemnização e não na fundamentação dela, o que não obsta a que não possam ser tidos em conta se devidamente transpostos para outro plano. Uma segunda nota para chamar a atenção para o facto de anteriormente termos mencionado, a propósito da intencionalidade específica da responsabilidade civil, o problema da distribuição do risco. Há que, de facto, aqui como ali ser cauteloso com os termos em que a mesma é entendida, não se podendo, com ela, abrir as portas a considerações espúrias à juridicidade.

¹⁶⁵⁶ Salientando a importância de se repensarem os problemas da causalidade no seio da responsabilidade médica, cf., novamente, CARNEIRO DA FRADA, *Direito civil. Responsabilidade civil. O método do caso*, ... cit., p. 100 e ss.

Sobre o agigantamento da problematidade da questão dita causal no seio da actividade médica, cf., também uma vez mais, ANTONY HONORÉ, "Principles and values...", ... cit., p. 6. Rememore-se que o autor salienta que o conceito de causalidade pressupõe que o mundo em que vivemos tem limites objectivos, é regular e compreensível pelo conhecimento. Simplesmente, os seres humanos não reagem sempre uniformemente, pelo que no campo social os problemas patenteiam-se outros. Do mesmo modo, o organismo humano, biologicamente considerado, reage de múltiplas formas. A inexistência de doenças,

A, tendo necessidade de efectuar uma operação cirúrgica considerada pela comunidade científica rotineira, contrai, durante o internamento, uma infecção, vindo a falecer por virtude dela. Ainda que, através da peritagem, se possa concluir qual a concreta causa da morte (e casos haverá em que tal pode ser dubitativo), sempre ficará por esclarecer se foram condições endógenas ou exógenas que motivaram o contágio. Mais do que isso, debate a doutrina e a jurisprudência aspectos particulares como a inevitabilidade ou não do resultado morte, consoante a infecção tivesse sido atempadamente diagnosticada e tratada ou nada tivesse sido feito.

Repare-se como, mesmo chegando à conclusão que a perda da vida avulta como uma dimensão inexorável da condição humana concretizada em face da factualidade em apreço, dúvidas restarão quanto a dilucidar se a doença foi contraída por debilidade da vítima ou por falhas detectáveis no serviço hospitalar demandado.

Por outro lado, de nada adianta, contra o que parece fazer parte da nossa jurisprudência, alicerçarmo-nos cegamente num eventual relatório pericial para, com base nos dados percentuais por ele fornecidos, concluirmos se se firma ou não o exigível nexos de causalidade entre o comportamento do agente (amplamente compreendido como acção ou omissão) e o resultado lesivo sobrevindo ou agravado.

Conclui-se que, uma vez contraída uma determinada bactéria, a possibilidade de morte avulta provável em 30% dos casos. Como decidir se ela foi ou não causa da morte? Pode o juiz basear-se num dado científico para ajuizar uma questão valorativa? Não corremos o risco de, presos a uma racionalidade espúria à intencionalidade especificamente jurídica, proferirmos decisões que só formalmente são justas, não o sendo na sua materialidade?

Mais ainda. De que serve verdadeiramente discutir essa questão, deixando em aberto aquela outra da distribuição do risco? Bem se compreenderá que contra a bactéria não vai ser oposta nenhuma pretensão indemnizatória. O nosso propósito é tão-só o de

mas de doentes, postulada pela ciência médica actual, é disso expressão bastante, tornando por si só dubitativa uma ancoragem tendencialmente determinista da *quaestio*.

Sublinhe-se, ainda, que a emergência de muitos problemas a envolver a causalidade no âmbito da responsabilidade médica parecem lidar com aquilo que tradicionalmente ficou conhecido por causalidade de facto ou condicionalidade. Sobre o ponto, veja-se *infra* alguns aspectos relativos à chamada perda de chance.

Inter alia, cf. BASIL MARKESINIS, ANGUS JOHNSTON e SIMON DEAKIN, *Markesinis and Deakin's Tort Law*, ... cit., p. 250.

¹⁶⁵⁷ Uma infecção nosocomial é uma doença provocada por micro-organismos e contraída num estabelecimento de saúde. Segundo a definição do Programa Nacional de Prevenção e Controlo da Infecção Associada aos Cuidados de Saúde, de Março de 2007, é “uma infecção adquirida pelos doentes em consequência dos cuidados e procedimentos de saúde prestados e que pode, também, afectar os profissionais de saúde durante o exercício da sua actividade”.

saber se a morte por ela produzida pode ou não ser imputada ao serviço hospitalar no seio do qual se deu o contágio. Para o que há que indagar acerca do carácter culposo da acção ou omissão concretamente tida em conta e, a partir daí, orientarmo-nos pelo cotejo de esferas de risco.

Este mostrar-se-á sobretudo imprescindível naqueles casos em que o paciente foi reconduzido ao hospital, não por uma doença naturalmente contraída ou originada, mas em virtude de uma lesão induzida por um terceiro.

Relativamente a situações com uma estrutura valorativa análoga, STOLL oferece uma solução inovadora. Contrapõe à impositação tradicional do BGH na matéria, a fazer apelo à doutrina da causalidade adequada, o critério do paralelismo entre a resolução deste problema e aquele atinente às despesas com o dano. O cerne da questão passa, portanto, por saber que específicos riscos devem ser suportados pelo lesante e pelo lesado. Fará parte da esfera de riscos que irradia a partir da primeira lesão a responsabilidade pelos danos materialmente causados pelas medidas necessárias e apropriadas ao restabelecimento do lesado? A resposta, que leva ínsito o recorte do problema *sub iudice* – v.g. caso da pessoa que morre por ter contraído, no hospital onde foi internado depois de sofrer um violento ataque por parte do seu inimigo, uma gripe fatal –, implica, aos olhos do autor germânico, que se conclua pelo incremento ou não do risco a partir da primeira conduta danosa^{1658 1659}.

¹⁶⁵⁸ HANS STOLL, *Haftungsfolgen im bürgerlichen Recht...* cit., p. 411.

¹⁶⁵⁹ Não se confina a este ponto o contributo do autor em matéria de imputação. Outro dos problemas por si tratados diz respeito à lesão subsequente sofrida por um terceiro. Adiante teremos oportunidade de justificar por que razão, verificando-se um comportamento ilícito, não tem direito a uma indemnização o terceiro que sofra as repercussões de tal facto. Para STOLL uma possível forma de resolver o problema é tentar ponderá-lo do ponto de vista desse terceiro, iluminando-o com um determinado *tatbestand* de responsabilidade. No fundo, seria a hipótese comparável a um duplo delito (*Doppeldelikt*) contra a mesma pessoa – cf. HANS STOLL, *Haftungsfolgen im bürgerlichen Recht...* cit., p. 411. Em referência ao *Doppeldelikt*, vide, igualmente, ERWIN DEUTSCH, *Allgemeines Haftungsrecht...* cit., p. 206.

Explicitando um pouco mais, agora de acordo com os quadros dogmáticos tradicionais portugueses, ter-se-ia de ver do prisma do terceiro se o comportamento do lesante pode ou não ser considerado ilícito. É essa ilicitude – a desvelar-se – que vai constituir o ponto de referência da imputação objectiva que se busca.

Para STOLL, o terceiro seria incluído nos efeitos de protecção em relação a outro quadro fundamentador da responsabilidade, só nesse sentido se podendo perscrutar em relação a ele a relevância das lesões subsequentes. Com base nestes dados, STOLL procura oferecer critérios de solução dos casos de *Schockschäden* (p. 412-415). Não sendo nosso propósito desenvolver a questão, sempre se indicarão alguns pontos charneira com que nos confrontamos quando acompanhado o pensamento do autor. Assim, há que ter em conta que o facto de o choque nervoso ter sido causado indirectamente não exclui por si a responsabilidade, dado ser a integridade física absolutamente protegida (p. 413). A construção de um ilícito independente vai permitir superar algumas fragilidades do tradicional recorte com que eram apresentados os casos. De um lado, ele permitirá saber em que medida o dito choque nervoso é ou não um anexo da primeira lesão e, sendo-o, quando é que o lesante deve por ele responder, já que é responsável pela lesão inicial. De todo o modo, fica esclarecido que a ancoragem na culpa não logra dar uma resposta satisfatória à inquirição inicial. Não porque a sua assunção falha quando o lesante esteja onerado por uma

hipótese de responsabilidade independentemente de culpa; não porque, ainda que assim não seja, os efeitos da primeira lesão podem ir muito além do previsível por ele.

Sobre o dano do choque nervoso, cf., ainda, para maiores desenvolvimentos e para além das indicações já referidas (v. cap. I), sobretudo no seio da *Common Law*, MICHAEL JONES, “Liability for Psychiatric Illness – more principle, less subtlety?”, 4 *Web Journal of Current Legal Issues*, 1995, 4 (www.webjcli.ncl.ac.uk/article4/jones4.html); RAMANAN RAJENDRAN, “Told nervous shock: has the pendulum swung in favour of recovery by television viewers?”, *Deakin Law Review*, 31, 2004 (www.ausflit.edu.au/journals/DeakinLRev/2004/31.html). V., também, PAOLO FORCHIELLI, *Il rapporto di causalità...* cit., p. 128 e ss., nota 2, lidando com os casos de emoções violentas na sequência de um acidente, a propósito dos quais considera que a estrita aplicação da doutrina da *conditio sine qua non* levaria ao reconhecimento da indemnizabilidade de tais danos e adianta que houve quem defendesse o ressarcimento do dano resultante do trauma que aquele que assiste, num lugar público, a um acidente rodoviário sofre (o responsável pelo acidente deveria, então, indemnizar esta vítima, não relevando o grau de parentesco e proximidade entre os dois lesados), embora considere tratar-se de uma solução aberrante; e ERWIN DEUTSCH, *Allgemeines Haftungsrecht...* cit., p. 438.

Para uma análise da jurisprudência sobre a matéria, *vide, inter alia*, os precedentes *Victorian Railways Commissioners v. Coultas* (1888); *Alcock v. Chief Constable of South Yorkshire Police* (1992); *Page v. Smith* (1996) [cf. www.publications.parliament.uk/pallid199899/djudgmt/jd981203/white01.htm]. Cf., ainda, MARTIN EBERS, “Austrian Case note on Hoge Raad, Judgmente of 22 February 2002 – On compensation for psychiatric injury and emotional distress suffered by close relatives”, ... cit., p. 460-465. Os casos baptizados pelo epíteto acima referido podem exemplificar-se com apelo à seguinte factualidade: A assiste à morte de B, provocada por C. Gera-se em A um estado de ansiedade acrescido a culminar numa patologia psíquica, restando saber se terá, por isso, direito a uma indemnização. O agigantamento da problematidade resulta do facto de o dano moral ser suportado por um terceiro que não aquele a quem foi infligida a lesão do direito absoluto – vida.

Cf., ainda e novamente, ANDRÉ JANSSEN, “German Case note on Hoge Raad, Judgmente of 22 February 2002 – On compensation for psychiatric injury and emotional distress suffered by close relatives”, ... cit., p. 433-441; GAËLLE MEILHAC-REDON, « French Case note on Hoge Raad, Judgmente of 22 February 2002 – On compensation for psychiatric injury and emotional distress suffered by close relatives”, ... cit., p. 441-448; KATARZYNA MICHALOWSKA, “Polish Case note on Hoge Raad, Judgmente of 22 February 2002 – On compensation for psychiatric injury and emotional distress suffered by close relatives”, ... cit., p. 472-476; BARBARA PASA, “Italian Case note on Hoge Raad, Judgmente of 22 February 2002 – On compensation for psychiatric injury and emotional distress suffered by close relatives”, ... cit., p. 448-460; ARIANNA PRETTO, “English Case note on Hoge Raad, Judgmente of 22 February 2002 – On compensation for psychiatric injury and emotional distress suffered by close relatives”, ... cit., p. 425-432; HORST ZINNEN, “Belgian Case note on Hoge Raad, Judgmente of 22 February 2002 – On compensation for psychiatric injury and emotional distress suffered by close relatives”, ... cit., p. 412-424. O cotejo entre os critérios maioritariamente seguidos pela jurisprudência da *Common Law* e a solução predisposta por HANS STOLL mostra-nos a importância da posição previamente assumida pelo autor.

Ali, deparamo-nos com regras como a proximidade física do terceiro em relação ao evento, a determinar, por exemplo, que a pessoa tenha de ter assistido àquele; a relação estreita entre a primeira vítima e aquele que passa a sofrer a perturbação psicológica (*close tie of love and affection*); previsibilidade da lesão; ausência de uma especial susceptibilidade da vítima.

No pensamento do autor que trazemos a lume, há que chamar à colação a ideia de um duplo delito. Isto é, para que o lesante seja responsável perante o lesado psiquicamente, o *tatbestand* de responsabilidade tem de cumprir-se por referência a ele. Mais concretamente, temos de saber até que ponto o lesante tem ou não um dever de comportamento que se estenda à prevenção do choque nervoso (p. 414).

Quer isto dizer que, se os dados fornecidos pelos tribunais ingleses relevam, eles só fazem sentido no quadro de exigibilidade traçado a montante. Não há verdadeiramente duas visões antagónicas, mas complementares. (cf., ainda, p 415).

Outro momento especialmente problemático assumido por HANS STOLL prende-se com as lesões sofridas por todos aqueles que prestam o seu auxílio à vítima do dano primário. Sobre o ponto, e o desenvolvimento do autor relativamente a ele, cf. o que *supra* indicámos.

Estes particulares problemas, atinentes também à questão da causalidade dita psicológica, serão objecto de maiores e posteriores desenvolvimentos, bem como de ulteriores referências doutrinárias.

O apelo a uma ideia de risco não é, portanto, estranho aos quadros hodiernos do pensamento jurídico^{1660 1661}. Porém, em vez de escarpelizarmos a ressonância que ela assume ao nível dogmático, importa, neste momento, perscrutar pela existência de algum ponto de apoio positivo que sustente o arrimo que se ensaia.

Para tanto, e como anunciado, confrontar-nos-emos *brevi momenta* com a temática do concurso de culpas do lesado. Do ponto de vista estrutural, tal justifica-se pela analogia de situações: também nas hipóteses assimiladas pelo âmbito de relevância do artigo 570º CC junta-se ao comportamento do lesante uma acção ou omissão que, sendo protagonizada pelo lesado, vai influir nos termos da responsabilidade. Designadamente, a indemnização pode ser excluída ou atenuada.

Não nos podemos, contudo, ater a este nível de análise. Para além do plano estrutural, haveremos de indagar o plano intencional e fundacional. Na verdade, só assim estaremos aptos a dar resposta a algumas das dúvidas que, neste quadro, assaltam o jurista: estaremos a esse nível a lidar tão-somente com o cálculo da indemnização ou ainda se resolvem, por via do preceito, questões imputacionais? Estará em causa o dano lesão ou apenas os danos subsequentes? Contende o preceito com o que tradicionalmente era visto como causalidade ou diz respeito à culpa? Pressuporá ele ou não que a responsabilidade já tenha sido atribuída ao lesante^{1662?}

O esclarecimento destas interrogações¹⁶⁶³ permitir-nos-á chegar a uma de duas conclusões: se o problema puder ser analisado do ponto de vista imputacional e se se lidar, ainda, com a própria fundamentação da responsabilidade (ou seja, com o dano lesão), então podemos extrair da disciplina um argumento no sentido da distribuição do risco; se, ao invés, o preceito se escorar na culpa e atender unicamente ao dano subsequente, então nenhum argumento pode ser colhido para sustentar a posição de que partimos.

¹⁶⁶⁰ Repare-se que, porque o nosso campo temático se encontra há muito circunscrito, deixaremos de lado todas as nervuras que apenas digam respeito ao mundo contratual.

¹⁶⁶¹ Para uma síntese das funções que o risco pode ser chamado a desempenhar no quadro delitual, cf. ERWIN DEUTSCH, *Allgemeines Haftungsrecht...* cit., p. 131 e ss.

¹⁶⁶² Tendo em conta a inserção sistemática do artigo 570º CC, poder-se-ia supor que o problema deveria ser exclusivamente tratado sob a égide do cálculo da indemnização, não contendo com a questão da determinação da responsabilidade. Não cremos, porém, que o argumento seja decisivo. Não só o peso dele, no seio de um pensamento jurídico que superou o positivismo legalista, é pequeno, como veremos que o mesmo é contrariado por uma panóplia de tópicos situados a outros níveis.

¹⁶⁶³ As diversas questões formuladas podem ser reduzidas a dois pólos de problematicidade. De facto, o que se questiona é se a disciplina diz respeito à culpa ou à causalidade; e se contende com o próprio fundamento da responsabilidade ou se, ao invés, é apenas relativa aos danos subsequentes. Sobre o ponto, cf. ERWIN DEUTSCH, *Allgemeines Haftungsrecht...* cit., p. 363, distinguindo, no seio da *Mitverschulden*, a *Mithaftungsbegründendes Verschulden* da *Mithaftungsausfüllendes Verschulden*.

No seio do ordenamento jurídico italiano, somos confrontados com o artigo 1227¹⁶⁶⁴, nos termos do qual “se il fatto colposo del creditore ha concorso a cagionare il danno, il risarcimento è diminuito secondo la gravità della colpa e l'entità delle conseguenze che ne sono derivate”, ao que acrescenta que “il risarcimento non è dovuto per i danni che il creditore avrebbe potuto evitare usando l'ordinaria diligenza”. Na interpretação que faz do preceito, ROSSELLO afasta-se de uma visão causalista estrita, sem que deixe, contudo, de relevar o âmbito imputacional do problema decidido pela norma^{1665 1666}.

¹⁶⁶⁴ Cf., no mesmo contexto, os artigos 1221° (Causalidade hipotética); 1223° (restrição da indemnização às consequências imediatas e directas); 1225° (previsibilidade dos danos), *inter alia*.

¹⁶⁶⁵ Segundo o autor, “a previsão do artigo 1227° permite uma distribuição do risco segundo uma lógica e termos diferentes da causalidade jurídica” – cf. CARLO ROSSELLO, *Il danno evitabile...* cit., p. 63, nota 66.

Em sentido diverso, cf. SALVI, “Responsabilità extracontrattuale (dir. vig.)”, *Enciclopedia del Diritto*, XXXIV, 1988, p. 1254; BUSNELLI, “Illecito civile”, *Enciclopedia Giuridica Treccani*, XV, 1991, p. 16-17.

¹⁶⁶⁶ Para uma ideia geral do problema ao nível dos sistemas de *Common Law*, e sem embargo de ulteriores especificações, cf., *inter alia*, W.V.H. ROGERS, *Winfield and Jolowicz ...* cit., p. 247 e ss. A primeira posição destes sistemas acerca do problema foi considerar que, nessas hipóteses, decairia a responsabilidade do lesante. Rapidamente, a jurisprudência passou a amenizar a *defence*, considerando que ela não teria aquela eficácia exoneratória se no momento do acidente o lesante o pudesse ter evitado e o lesado não. Com o *Act of 1945*, considera-se que, se uma pessoa sofre danos que resultem em parte da actuação de um terceiro e em parte da sua própria actuação, ela não perde o direito à indemnização, mas esta deve ser reduzida de acordo com um juízo de equidade. Note-se que o mesmo, não se aplicando a “intentional interference with goods, deceit, other claims based upon dishonesty, whether framed as conspiracy inducing breach of contract” (cf. p. 249), embora se aplique a “cases of intentional trespass to a person”, lida com o problema da causalidade. Assim, afirma ROGERS que, se na maioria dos casos a negligência do lesado terá contribuído para o acidente do qual resultou a lesão, tal não é necessário para se estar diante de uma hipótese de *contributory negligence*, porque “what is essential is that the claimant’s conduct contributes to his damage” (cf. p. 251). Acrescenta que é essencial que a falta de cuidado do lesado seja um *contributory factor to his damage*, o que significa que a sua culpa deve ser a causa de facto do seu dano e que este se integre na esfera de risco criada por aquela culpa (cf. p. 252). O resultado da aplicação do *Act* é o *apportionment of damage*, nada impedindo, contudo, que em concreto se chegue à conclusão de que o lesado contribuiu de forma plena para a emergência da globalidade do dano. No juízo de equidade a entretecer pelo Tribunal, deve atender-se tanto à culpa como à causalidade (cf. p. 258).

Veja-se, ainda, W.V.H. ROGERS, “Multiple Tortfeasors under English Law”, ... cit., p. 77, considerando que no tocante à *contributory negligence*, em Inglaterra, estão em causa ponderações que misturam quer a causalidade, quer a culpabilidade.

Cf., igualmente, ANNICK ACHTARI, *Le devoir du lésé de minimiser son dommage, Étude en droit des obligations*, thèse Fribourgeoise, Schulthess, 2008, p. 188 e ss. Explicita a autora que, “contrariamente à solução que a *Law Reform (Contributory Negligence) Act (1945)* consagra para a *faute* concomitante do lesado, o juiz não pondera as partes de responsabilidade de cada um para fixar a indemnização no caso de uma *faute* posterior ao evento lesivo”, considerando a maioria da doutrina que o problema se relaciona com a questão da ruptura do nexo de causalidade e que o comportamento do lesado deve ser considerado como única causa do dano evitável. No que toca ao direito norte-americano, ter-se-ia de ter em conta a evolução da *contributory negligence* para a *comparative negligence* (sobre o ponto, v., também, JOHN FLEMING, “Foreword: comparative negligence at last – by judicial choice”, *California Law Review*, vol. 64, nº2, 1976, p. 239 a 283). De acordo com o primeiro regime, o lesado que comete uma *faute* fica privado de toda a indemnização. No entanto, porque a regra era considerada muito severa e poderia pôr em causa o princípio da responsabilidade, começam a abrir-se excepções (não se considera a *faute* do lesado quando o agente actuou intencionalmente, nem quando o lesante poderia ter evitado o dano mesmo depois da vítima ter agido com culpa – *last clear chance* – ou quando o sujeito tem de proteger a vítima contra o seu próprio comportamento) – cf. p. 190. A *contributory negligence* cede, portanto, lugar à

O entendimento não colhe, porém, unanimidade¹⁶⁶⁷. Ademais, o grau de problematidade que a disciplina normativa encerra não se esgota neste ponto

comparative negligence, que vem reduzir a indemnização na proporção dos factos imputáveis a cada parte. Repare-se que a autora distingue um e outro regime do problema da violação do dever de minorar o dano, que, uma vez ocorrida, gera a redução da indemnização na medida do dano evitável. O problema passa, a este ensejo, pelo critério temporal do comportamento do lesado – sendo ele concomitante à actuação do lesante o problema resolver-se-ia de acordo com um dos regimes acima mencionados; estando em causa uma conduta contrária ao que seria exigível para não agravar o dano, o problema apresentaria uma outra índole. Nota, no entanto, para a questão que lança no que tange à *faute* posterior ao evento danoso: deve ser sancionada como a *faute* concomitante, recorrendo-se às regras da *comparative negligence* ou mobilizam-se os critérios respeitantes à violação daquele concreto dever? Refira-se, *in fine*, que o *Restatement (Third) of Torts* consagra a regra do *apportionment of liability*, independentemente do momento em que ocorre a conduta do lesado. [Para outras referências ao ordenamento jurídico norte-americano, cf. GERT BÜGGERMEIER, *Haftungsrechts...* cit., p. 596].

A propósito da *last clear chance*, cf. CHRISTOPHE QUÉZEL-AMBRUNAZ, *Essai sur la causalité...* cit., p. 51. Vista como um correctivo à *contributory negligence*, a *last clear chance* aparece como uma ideia bebedora de influência da doutrina da causa próxima. Sobre o ponto, cf. o que se disse *supra*.

No quadro do ordenamento jurídico alemão, veja-se, *inter alia*, e sem embargo de ulteriores referências, GERNHUBER, “Die Haftung für Hilfspersonen innerhalb des mitwirkenden Verschuldens”, *Archiv für die civilistische Praxis*, 152, p. 69 e ss.; REINHARD GREGER, “Mitverschulden und Schadensminderungspflicht – Treu und Glauben im Haftungsrecht?”, *Neue Juristische Wochenschrift*, 85, p. 1130 e ss.; ROTH, “Anspruch auf Rechtsfortsetzung und Mitverschulden”, *Archiv für die civilistische Praxis*, 180, p. 263; LARENZ, *Lehrbuch...* cit., I, p. 539 e ss.; DIRK LOOSCHELDERS, *Mitverantwortlichkeit des Geschädigten im Privatrecht*, Tübingen, 1999; GERT BRÜGGEMEIER, *Haftungsrecht...* cit., p. 594; HERMANN LANGE/GOTTFRIED SCHIEMANN, *Handbuch des Schuldrechts...* cit., p. 532 e ss.; DEUTSCH, *Allgemeines Haftungsrecht...* cit., p. 359 e ss.; DUNZ, “Eigenes Mitverschulden und Selbstwiderspruch”, *Neue Juristische Wochenschrift*, 86, p. 2234 e ss.; ID., “Wesen und Grenzen des eigenen Mitverschuldens”, *Juristenzeitung*, 61, p. 406 e ss.; BÖHMER, “Zum Begriff der Umstände i.S. des § 254 BGB”, *Monatsschrift für Deutsches Recht*, 1962, p. 442 e ss.; ESSER, « Die Verantwortlichkeit des Verletzen für mitwirkendes Verschulden seiner Hilfspersonen », *Juristenzeitung*, 9, 1952, p. 257-261

Para uma visão do problema no seio do ordenamento jurídico francês, cf. CHRISTINE CHAPPUIS, “La faute concomitante de la victime”, *La fixation de l’indemnité, Colloque de la responsabilité civile*, FRANZ WERRO (ed.), Berne, 2004, p. 29 e ss. e atente-se no Anteprojecto de reforma do direito das obrigações (artigo 1373°).

No quadro do ordenamento jurídico espanhol, cf. RICARDO DE ANGEL YAGÜEZ, *Tratado de responsabilidad civil*, ... cit., p. 814 e ss.

¹⁶⁶⁷ Cf., a este ensejo, RANIERO BORDON, *Il nesso di causalità...* cit., p. 145. Diz-nos o autor que o artigo 1227°, nº1 CC, apesar de fazer referência à culpa do lesado e do lesante, diz respeito ao efeito do cumprimento do lesado na série causal originária, disciplinando uma hipótese de concurso causal juridicamente relevante, pelo que a referência à culpa tem sentido a-técnico (“não identifica o elemento subjectivo do ilícito, mas uma noção objectivada de culpa que pode considerar-se equivalente à da eficácia causal na produção do evento”). A interpretação legítima, aliás, a aplicação do preceito aos casos de responsabilidade objectiva e às situações em que o lesado é um incapaz. Cf., também, p. 142 e ss. Explica o autor que o nº1 do artigo 1227° trata do concurso culposo do lesado na produção do evento que qualifica o incumprimento (ou, no caso da responsabilidade extracontratual a que o preceito se aplica, o dano); já na hipótese normativa do nº2 daquele artigo, o dano é imputável ao lesante, mas a consequência danosa podia ser impedida ou atenuada por um comportamento diligente do lesado. V. p. 144 e a referência a *Cass. civ. 11.3.2004*. Note-se que o autor esclarece que, no quadro do ordenamento jurídico italiano, se o facto do lesado for culposo, é dispensado um tratamento diferente relativamente às outras concausas. Partindo-se do princípio que o lesante não deve responder pelas consequências do comportamento culposo do lesado, exige-se que ele tenha relevância causal para se aplicar o regime em questão (requisito que não se cumpre, por exemplo, nos casos de provocação). Se o comportamento da vítima tiver uma incidência causal autónoma e exclusiva na verificação do evento danoso, há que aplicar a regra condicionalística do artigo 41°/2 CP, excluindo-se a responsabilidade. Se a conduta do lesado avultar apenas como causa parcial do dano, então haverá exclusão parcial da responsabilidade nos termos do artigo 1227°/1 CC.

Vide, igualmente, DE CUPIS, *Il danno...* cit., p. 129, considerando que, por via do artigo 1227° CC, se diminui a indemnização, o que implica que se diminua a entidade do dano juridicamente relevante. Ora,

específico. A simples articulação entre a primeira e a segunda parte da fórmula legal suscita dúvidas, que não poderão senão projectar-se em sede de determinação do pólo de referência do concurso, ou seja, condicionar a resposta ao problema de saber se, a este nível, lidamos com o conceito de dano lesão, de dano consequencial ou com os dois¹⁶⁶⁸.

Diz-nos ROSSELLO que, se o segundo parágrafo do citado preceito é mobilizável depois da produção do evento danoso, o primeiro diz respeito àquilo que autonomiza como sendo a atribuição do dito evento lesivo ao sujeito, isto é, à individualização do responsável¹⁶⁶⁹.

sendo esta função da causalidade, pode, segundo o ensinamento do autor, concluir-se que diminui a entidade do dano que o direito considera resultar causalmente do facto pelo qual se responde. V., também, p. 250 e “In tema di concorso del fatto colposo del danneggiato”, *Foro italiano*, I, p. 966 e ss. Para outros desenvolvimentos, CESARE SALVI, *Il danno extracontrattuale...* cit., p. 53 e ss.; BIANCA, *Dell' inadempimento delle obbligazione*, Commentario al codice civile, a cura di SCIALOJA-BRANCA, Bologna-Roma, 1979 cit., p. 430 e ss. [todos considerando que se lida aqui com um problema atinente à causalidade]; TRIMARCHI, *Causalità e danno...* cit., p. 129; CATTANEO, “Il concorso di colpa del danneggiato”, *Rivista Diritto Civile*, 1967, p. 437 e ss. [sustentando que em causa não estaria a causalidade propriamente dita, mas uma ideia de auto-responsabilidade].

O ponto controverso na doutrina italiana merece também a reflexão de BUSNELLI, ELENA BARGELLI e GIOVANNI COMANDE, “Contributory negligence under Italian Law”, *Unification of Tort Law: Contributory negligence...* cit., p. 119 e ss. Consideram os autores que a contribuição negligente da vítima deve ser vista como um elemento do delito, atinente à causalidade do dano.

¹⁶⁶⁸ Cf., quanto ao ponto, FORCHIELLI, “Anatomia dell'illecito civile”... cit., p. 604. Adianta o autor que, na doutrina e jurisprudência italiana, se defende a aplicação do segundo parágrafo do artigo 1227º CC ao dano evento e do primeiro número ao dano consequência. Relembre-se, contudo, a crítica do autor à dicotomia que assim se traça.

Cf. HERMANN LANGE/GOTTFRIED SCHIEMANN, *Handbuch des Schuldrechts...* cit., p. 575, considerando, a propósito do § 254 BGB, que a distinção entre o I e o II parágrafo não reside na distância que separa o *haftungsbegründenden Vorgang* (fenómeno de fundamentação da responsabilidade) e o *Verletzungserfolg* (resultado da violação). Para os autores, enquanto o § 254 I prevê a responsabilidade concorrente (*Mitverantwortung*) através de acções, o § 254 II trata da *Mitverantwortung* através de omissões. Em termos práticos, o § 254 I conduz à repartição do dano, enquanto o § 254 II leva a que a parte evitável da totalidade dos danos não seja indemnizada.

Cf., igualmente, Schiemann, “§§ 249-254 BGB”/J. v. Staudinger, *Kommentar zum BGB*, 13. Auflage Neubearbeitung, De Gruyter, 2005

Veja-se, ainda, CARNELUTTI, “Perseverare diabolicum...”, ... cit., p. 100 e ss. e ANNICK ACHTARI, *Le devoir...* cit., p. 83 e ss. A autora distingue claramente diversos problemas: a) *faute* concomitante do lesado, ou seja, aquela que concorre com o facto gerador de responsabilidade. É um comportamento que se insere na série causal e está numa relação de causalidade natural e adequada com o dano e contribui para o nascimento do dano; b) dever de minorar o dano, que avulta quando o facto gerador da responsabilidade já existe, não gerando, mas agravando o dano.

É claro que, e como também admite ACHTARI, a distinção, na prática, nem sempre é simples. Contudo, e como veremos mais detidamente ao longo da nossa exposição, o critério de distinção não pode quedar-se numa noção temporal ou, sequer, causal. Isto é, é perfeitamente concebível que o comportamento do lesado, posterior à emergência do evento danoso, venha agravar o dano-lesão, colocando-se, novamente, o problema da imputação objectiva dele ao agente.

¹⁶⁶⁹ Sobre o ponto, cf. CESARE SALVI, *Il danno extracontrattuale...* cit., p. 54, nota 44 (dando conta da posição segundo a qual o nº2 do preceito citado não releva para fins de construção do facto danoso idóneo a fundar a responsabilidade); FORCHIELLI, *Il rapporto di causalità...* cit., p. 59 e ss. (afirmando entendimento contrário, em sintonia com a sua lição acerca da causalidade); DE CUPIS, *Il danno...* cit., p. 259 (cf., ainda, p. 132 e ss., considerando que o artigo 1227º/2 CC se aplica mesmo aos danos em relação aos quais o ilícito inicial seja condicionante).

Enquanto alguns olham para o problema na senda da causalidade jurídica, ROSSELLO, como referido, afasta-se deles para matizar a dita causalidade com a materialidade da imputação¹⁶⁷⁰. Ao afirmar que o dano evitável não é ressarcido, estamos – ao contemplar judicativamente o citado artigo – diante de uma projecção normativa do critério de interrupção do nexu etiológico ou a descobrir na equidade a *ratio* da disposição^{1671 1672}? E as consequências da opção assumida são claras. Como ROSSELLO explicita, “se aceitarmos a primeira interpretação, então o artigo 1227° surge como corolário do princípio da causalidade jurídica”¹⁶⁷³. Ou seja, e continuando a

¹⁶⁷⁰ Cf. CARLO ROSSELLO, *Il danno evitabile...* cit., p. 36 e 14.

¹⁶⁷¹ Cf. CARLO ROSSELLO, *Il danno evitabile...* cit., p. 47.

¹⁶⁷² Cf., a este ensejo, FORCHIELLI, *Il rapporto di causalità...* cit., p. 59: o artigo 1227° CC apresenta uma influência romana na sua génese (Cf. POMPONIO, D. 50, 17, 203, *apud* nota 6), ao mesmo tempo que se mostra próximo da argumentação causal de POTHIER.

¹⁶⁷³ Cf. CARLO ROSSELLO, *Il danno evitabile...* cit., p. 49.

Nesse sentido, cf. FORCHIELLI, *Il rapporto di causalità...* cit., p. 57 e ss.. A diferença entre o n°1 e o n°2 do artigo redundaria, afinal, na particularidade de aquele contender com um concurso de causas concomitantes, enquanto este diria respeito a um concurso de causas sucessivas. E o problema viria resolvido em termos causalistas puros: exclusão da responsabilidade quando houver interposição de um comportamento negligente do lesado ou outro sujeito, porquanto tal equivaleria à assunção destes como causas próximas do dano.

Criticando este entendimento, cf. CARLO ROSSELLO, *Il danno evitabile...* cit., p. 51.

Para maiores desenvolvimentos, acompanhe-se o pensamento de FORCHIELLI sobre a matéria. Segundo o autor, indirectos e mediatos são todos os danos a respeito dos quais a conduta humana imputável foi condição, mas que, sem essa conduta, teriam podido ser evitados, se não tivesse intervindo a conduta de um segundo sujeito, à qual o inteiro dano deve ser imputado. Encontrando no artigo 1223° a consagração de tal doutrina, o autor não deixa de chamar à atenção para outro preceito – o artigo 1227° CC – que bebe inspiração no referido princípio. Segundo ele (cf. p. 61, nota 12), a evitabilidade do dano representa a justificação e o limite do princípio em apreço. Mais aprofundadamente, diz-nos FORCHIELLI que o dano indirecto e mediato é aquele em cuja génese causal está inserida a conduta consciente e voluntária de um outro sujeito. Identificando a vontade com a liberdade, chega à conclusão que a dicotomia entre os danos directos e indirectos corresponde à antítese entre liberdade e necessidade. Dá-se, portanto, relevo interruptivo à conduta voluntária e consciente de um sujeito intermédio – cf. p. 62. Note-se, ademais, que, de acordo com os ensinamentos do autor, para que o problema avulte a este nível, importa que haja duas causas humanas imputáveis, a título de dolo ou de culpa. Perante este conflito, opta-se pela mais próxima, atribuindo-se-lhe relevância jurídica exclusiva. Veja-se, também, nota 17, onde o autor especifica que a responsabilidade por furto daquele que tinha o dever de guarda da coisa não contraria a disciplina explicitada, uma vez que aí somos confrontados com as regras próprias do depósito. Para mais desenvolvimentos, cf. p. 66 e ss. Acompanhemos, então, FORCHIELLI de perto. Se se aplicar a regra da *conditio sine qua non*, teríamos de concluir pela relevância indiscriminada de toda a causa humana imputável, porque condicionante. A pluralidade de causas determinava, portanto, uma hipótese de concurso, disciplinada pelo artigo 1227°/1 CC. Falar-se-ia de interrupção do nexu causal na hipótese na qual a causa menos próxima fosse não condicionante por referência ao dano provocado pela causa próxima (conduta imputável do lesado). Assim, FORCHIELLI conclui que o artigo 1227°/2 CC representa uma relevante limitação (ou mesmo desvio) ao princípio da *conditio sine qua non*, que impunha que se atribuisse relevância também às causas condicionantes mais remotas. Coloca-se, então, um problema, qual seja o de conciliar o que se acaba de afirmar com a possibilidade de concurso de causas subjectivas imputáveis (de acordo com o artigo 1227°/1 e do artigo 2055° CC) – cf. p. 70. O preceito prevê, de facto, a hipótese em que a culpa do credor exclui a culpa do devedor (n°2) e a hipótese em que a culpa do credor concorre com a culpa do devedor (n°1). Diz-nos FORCHIELLI que a regra da causa próxima implica um antes e um depois entre as várias causas, pois sem esta ordem não é possível determinar qual é a mais próxima. Por isso, entende o autor que o n°1 da citada norma se aplica aos casos de concorrência de causas imputáveis condicionantes contemporâneas. Excluem-se da causa próxima exclusiva as situações de cumplicidade, mesmo que haja uma sucessão cronológica de factos, porque aí não se pode falar,

acompanhar a explicitação que o autor faz da problemática, ele “cumpriria o seu desiderato ao excluir a ressarcibilidade de qualquer dano que se reconduza de maneira autónoma ao comportamento do lesado. Tal dano, tendo uma conexão etiológica com a conduta da vítima que interrompe o nexo de causalidade com o comportamento ilícito, resulta por isso como mediato e indirecto em atenção ao primeiro acto danoso”¹⁶⁷⁴.

A bifurcação da disciplina normativa teria como consequência só integrar no conceito de dano evitável aquele que fosse consequência de um agravamento etiologicamente reconduzível a uma autónoma conduta do lesado¹⁶⁷⁵.

Este agravamento é entendido na sua estreiteza causalista pela doutrina tradicional e é amplificado por ROSSELLO como poderemos constatar de ora em diante. Tal, adiantando aquela que pode ser a conclusão posterior ao diálogo com ele encetado, permite encontrar outro ponto importante de incidência da ideia de risco no tratamento de uma questão tida por causal e autoriza-nos, na concatenação entretecida com o pensamento ímpar anteriormente chamado à colação, uma extrapolação desse critério imputacional, matizando-o com foros de generalidade.

Voltemos, então, a ROSSELLO. O autor não poupa críticas à visão tradicional do problema. Já porque ela denota o arreigamento a um critério inadequado e obsoleto da causalidade, já porque falha na conformidade desejável com os dados sistemáticos, já porque seria desmentida pelos antecedentes históricos dele, já ainda porque remeteria o preceito em análise para o limbo pleonástico da inutilidade¹⁶⁷⁶.

Para o autor, nunca o artigo 1227º CC se poderia referir aos danos que sejam vistos como um agravamento autonomamente conexionado com a conduta do agente, porquanto tal irressarcibilidade resultaria *a priori* do artigo 1223º do mesmo diploma.

verdadeiramente, de uma pluralidade de causas (cf. p. 73/74). FORCHIELLI contesta, assim, a ideia da existência de um ónus de mitigar o próprio dano – para ele a disciplina codicística na matéria representa apenas um corolário do critério causal adoptado pela lei para resolver o conflito entre concausas humanas imputáveis não contemporâneas. Não é, para o jurista, exacto considerar que o preceito encerra a consagração da causalidade adequada, do mesmo modo que não é correcto sustentar que o nº2 do preceito em análise se aplica exclusivamente ao fenómeno do agravamento do dano. De acordo com FORCHIELLI, integram-se no seu âmbito de relevância também as hipóteses nas quais a conduta do primeiro lesante, sozinha, não produz qualquer dano.

Veja-se, também, THOMAS RAISER, “Adäquanztheorie und Haftung nach dem Schuldzweck der verletzten Norm”, ... cit., p. 462 e ss., considerando que o § 254 BGB introduz uma excepção ao princípio da indemnização integral dos danos (*vollständigen Interesseersatzes*), consagrado no § 249 BGB.

¹⁶⁷⁴ Cf. CARLO ROSSELLO, *Il danno evitabile...* cit., p. 55.

¹⁶⁷⁵ Cf. CARLO ROSSELLO, *Il danno evitabile...* cit., p. 52.

¹⁶⁷⁶ Cf. CARLO ROSSELLO, *Il danno evitabile...* cit., p. 51, 55, 56.

Antes ele intenciona as consequências que, integradas numa série causal imputável ao lesante, podiam ser evitadas pelo lesado¹⁶⁷⁷.

Mais importante, porém, do que a concreta interpretação dispensada à norma, que, porque inserida num sistema diverso do nosso, não nos vincula, é olhar atentamente para a fundamentação encontrada por ROSSELLO¹⁶⁷⁸.

Tradicionalmente, via-se no comportamento relevante do lesado uma actuação omissiva. A tarefa judicativa quedar-se-ia, portanto, na determinação dos parâmetros segundo os quais a inacção daquele deixava de ser um nada para ganhar contornos juridicamente precisos¹⁶⁷⁹.

A resposta polizar-se-ia na descoberta de uma norma que, impondo um dever, pudesse operar a equiparação entre aquela omissão e a comissão. Simplesmente, conforme explicita ROSSELLO, a evolução das relações sociais faz emergir um âmbito mais lato do dever que se busca encontrar. Designadamente, chama-nos à atenção para o surgimento de inúmeros deveres de atenção e cuidado relativamente à esfera jurídica alheia, cuja exigibilidade resulta de princípios de índole geral. E é exactamente neste ponto que ancora a interpretação do citado artigo 1227º do Código Civil italiano, porque ele mais não faria do que impor um dever ao lesado de conformar o seu comportamento segundo um padrão activo que viabilizasse a circunscrição do dano o mais possível. A conduta inerte, fatalista seria imbuída de uma nota de desvalor antijurídico¹⁶⁸⁰.

Situa-se, portanto, a lição longe do postulado causalista estrito.

Contudo, chegados a este ponto e se quisermos ser concludentes na mobilização do pensamento do autor, algumas notas se afiguram pertinentes.

Antes de mais, importa salientar que o quadro traçado é primacialmente pensado no âmbito contratual. E se neste domínio algumas explicações dogmáticamente densificadas se perfiguram no horizonte discursivo como fundamentadoras do posicionamento – *v.g.* o princípio da boa fé, a ideia do lesado como gestor de boa fé dos interesses do autor do dano ou a analogia com o papel de gestor do dano segurado,

¹⁶⁷⁷ Cf. CARLO ROSSELLO, *Il danno evitabile...* cit., p. 59, que continuamos a acompanhar de muito perto. O que o autor aqui sustenta parece afastar, por completo, a pertinência das suas palavras no seio da economia da nossa dissertação. No entanto, como veremos, a possibilidade de, por um comportamento do lesado, ser agravado o dano não afasta que, nesse momento, ainda haja uma questão imputacional a ser esclarecida. Rememoremos a este ensejo, aliás, a lição colhida no norte-americano *Restatement (Third) of Torts*, já citada anteriormente.

¹⁶⁷⁸ Cf. CARLO ROSSELLO, *Il danno evitabile...* cit., p. 60.

¹⁶⁷⁹ Cf. CARLO ROSSELLO, *Il danno evitabile...* cit., p. 60.

¹⁶⁸⁰ Cf. CARLO ROSSELLO, *Il danno evitabile...* cit., p. 62.

consideração dos deveres de protecção^{1681 1682} –, ganha problematidade crescente o tratamento da questão em sede delitual. É o próprio autor quem o reconhece e claramente deixa transparecer: “de um lado, é a enorme variedade de possíveis comportamentos ilícitos; de outro, é a diminuição do ónus de intervenção do lesado no confronto com a responsabilidade contratual, pela ausência de uma relação precedente entre as partes)”^{1683 1684}. Sem que isso o condene ao abandono da posição anteriormente firmada. E, curiosamente, no desenvolvimento argumentativo dela acaba por entroncar numa situação prático-normativa com uma estrutura valorativa que apresenta pontos de contacto com aquelas, enquadráveis no seio da responsabilidade médica, a que já fizemos referência.

Olhemos para o exemplo que alicerça a exposição de ROSSELLO¹⁶⁸⁵. A é lesado na sua integridade física. Será que sobre ele recai um ónus de recorrer a um tratamento médico-cirúrgico que evite o agravamento da lesão¹⁶⁸⁶? O mesmo é indagar se esse

¹⁶⁸¹ Cf. CARLO ROSSELLO, *Il danno evitabile...* cit., p. 64-65, em apelo directo ao pensamento de outros autores que, oportunamente, tivemos o cuidado de consultar.

Saliente-se, ainda, a mobilização que ROSSELLO faz de alguns dados atinentes à racionalidade económica que subjaziria ao mundo contratual. No fundo, tratar-se-ia de evitar uma ineficiente utilização da riqueza, quando o esforço exigível segundo a comum diligência teria evitado o agravamento do dano – cf. p. 71. Não será preciso dizer, depois de tudo o que consideramos a propósito das correntes consequencialistas, o quanto nos situamos longe deste quadro justificativo da solução. Para maiores desenvolvimentos acerca do papel que a *Law and Economics* pode cumprir a este nível, cf. p. 195 a 243. Veja-se, igualmente, p. 218. ROSSELLO explica o seu êxito pela maior flexibilidade a que conduz desde que não sejam aplicados os critérios de custo marginal acriticamente (cf. p. 233), não deixando de salientar as críticas que lhe são dirigidas, sobretudo aquelas que sublinham a recondução do sistema a uma *pandectística algébrica*, e bem assim o seu irrealismo, ao estribar-se no *homo oeconomicus*, que não encontraria paralelo na realidade (p. 218).

Sobre a possibilidade de o problema do concurso de culpas do lesado ser captado à luz da análise económica do direito, veja-se, igualmente, BRANDÃO PROENÇA, *A conduta do lesado...* cit., p. 136.

No fundo, mais do que criticar a impostação – que se arreda liminarmente do espectro de possibilidades discursivas derramadas sobre a temática em face do que genericamente sobre ela dissemos – importa-nos a este nível mostrar como a mesma realidade, se percepcionada por diferentes racionalidades, pode conduzir a resultados divergentes. O nosso propósito é meramente axiológico e não tecnocrático.

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

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

¹⁶⁸² A propósito dos fundamentos do regime do concurso de culpas do lesado, cf. HERMANN LANGE/GOTTFRIED SCHIEMANN, *Handbuch des Schuldrechts...* cit., p. 547 e ss., falando do princípio do *casum sentit dominus*, da proibição do *venire contra factum proprium* e do princípio da responsabilidade.

¹⁶⁸³ Cf. CARLO ROSSELLO, *Il danno evitabile...* cit., p. 167.

¹⁶⁸⁴ Cf, novamente, REINHARD GREGER, “Mitverschulden...”, ... cit., p. 1132, falando de uma ideia de auto-responsabilidade.

¹⁶⁸⁵ Cf. CARLO ROSSELLO, *Il danno evitabile...* cit., p. 168.

¹⁶⁸⁶ Sobre o ponto, com amplo desenvolvimento, cf. ANNICK ACHTARI, *Le devoir...* cit., p. 219 e ss.

Veja-se, igualmente, HANS STOLL, *Haftungsfolgen im bürgerlichen Recht...* cit., p. 218, considerando que, se o acto do lesado aumenta os efeitos do evento danoso sobre o bem jurídico lesado, é necessário repartir a responsabilidade.

agravamento, a traduzir-se, por exemplo, na sua morte, pode ou não ser imputado ao comportamento do lesante.

A hipótese concita-nos inúmeras dúvidas. E nesse duvidar de sentido, se bem que longe da impositação criticista com cunho filosófico, encontramos a âncora que viabiliza o salto dialógico.

Atentemos em alguns pontos específicos, repartidos por intencionalidades díspares.

A fundamentação de ROSSELLO entronca, em última instância, no carácter solidarístico do interagir humano. Como tal, não podemos deixar de louvar a intencionalidade que o orienta, sem que tal implique uma adesão incondicional à sua lição.

Por um lado, não se confunde o cuidado com o outro informador da personalidade com o altruísmo moralmente louvável. Pelo que não cremos ser plausível fazer impender sobre o lesado um concreto dever de prover pela protecção do património do lesante^{1687 1688}. Verificada a ilicitude e a culpa, o momento juridicamente

¹⁶⁸⁷ Acerca da questão do dever de minorar o dano, vejam-se maiores desenvolvimentos *infra*.

Cf. ANTUNES VARELA, *Das Obrigações...* cit., I, p. 935.

Sobre o ponto, referindo-se à *obligation pour la victime de réduire au minimum les conséquences dommageables de la faute*, a que somos conduzidos no âmbito dos precedentes jurisdicionais da *Common Law*, cf. ANDRE TUNC, «Les récents développements des droits anglais et américain ...», ... cit., p. 29 e ss. Segundo explicita o autor, a ideia é aquela segundo a qual o lesado não pode assistir passivamente ao decurso dos acontecimentos, mas deve reagir com todo o seu vigor contra as consequências ou o agravamento do dano, a partir do que sustentam alguns precedentes anglo-saxónicos ser viável a defesa da ideia da reparação integral dos danos produzidos, desde que confinados nos estritos limites comunicados por esta restrição. Numa perspectiva crítica, que incide mais sobre o monopólio restritivo com que a questão é abordada naquele ordenamento jurídico, à época do escrito do autor, do que propriamente sobre a bondade ou não do princípio chamado à colação, cf. p. 30.

Salienta TUNC, neste ensejo, a confluência não simplista de múltiplas determinantes do dano, a reclamar a consciencialização de ulteriores critérios de delimitação do dano ressarcível para lá da obrigação a que se alude. No fundo, realça o autor que a noção de *dano que não teria sido sofrido sem a faute* nos remete para uma hipótese a implicar uma comparação entre o estado em que efectivamente a vítima se encontra e aquele em que se encontraria se não tivesse ocorrido o evento lesivo.

Com o que vem afinal o autor depor no sentido da não solução do problema causal por via da imposição de um ónus de redução da danosidade verificada sobre o lesado. Mais do que isso, parece apartar tais considerações do estrito sentido causalista..

Veja-se, ainda, ANNICK ACHTARI, *Le devoir ...*cit., p. 71 e ss., considerando existirem três condições para que se possa falar de um dever de minorar o dano: a) o lesado tem de ser vítima de um facto gerador de responsabilidade; b) tem de exercer uma pretensão indemnizatória contra o responsável; c) tem de poder razoavelmente actuar no sentido de minorar o dano. Com isto percebemos claramente o que separa a questão do dever de minorar o dano do problema por nós abraçado. O que não invalida que algumas das situações ponderadas pelos autores a esse ensejo, porque envolvem hipóteses em que o primeiro dano foi agravado, gerando-se uma nova ou pelo menos diferente lesão, não interessem directamente para o tema que ousamos tratar. Designadamente, porque a partir daí podemos constatar, cremos que sem dificuldade, não ser viável ponderar determinados casos à luz de uma posição causalista.

Para percebermos o dado, ilustremos a *nuance* com dois exemplos: 1) A aluga um automóvel de luxo enquanto o seu veículo, danificado por B, está a ser consertado; 2) A recusa-se submeter a uma intervenção cirúrgica ou adia a consulta num médico especialista depois de B ter lesado a sua integridade

relevante patenteia-se antagónico, litigioso. É claro que, sendo a responsabilidade civil uma fonte de obrigações, desencadeadora de uma relação especial entre sujeitos certos e determinados, a boa fé marcará o seu trilho, impondo deveres de lealdade e correcção. Simplemente – e nessa medida distancia-se a responsabilidade delitual da sua congénere contratual –, estamos a reportar a nossa valoração a um momento prévio. Ou dito de outro modo, se o que queremos determinar é a concreta conformação do pressuposto imputacional gerador da obrigação de indemnização, não podemos ainda orientar-nos segundo o critério de aferição do comportamento de um credor honesto. Não ignoramos que – entre nós – o momento relevante para o cálculo indemnizatório é o último momento processualmente possível, discernindo-se por isso um hiato temporal entre o surgimento da pretensão e o cálculo da indemnização. Todavia, se aí o princípio da boa fé pode ter alguma influência, ao colocarmos a questão sob a óptica da imputação, estamos longe dessa intencionalidade^{1689 1690}.

física e daí resulta a sua morte. No primeiro caso, não restam dúvidas que a solução deve encontrar-se ao nível da determinação do *quantum* indemnizatório. Na segunda hipótese, porque um outro direito absoluto é lesado, há que questionar se a perda da vida é ilícita ou se, pelo contrário, se reconduz ao comportamento do lesado. Há, portanto, um segmento imputacional que não pode ser olvidado.

¹⁶⁸⁸ Sobre o ponto, cf., ainda, KOZIOL, *Österreichisches Haftpflichtrecht*, Band I, *Allgemeiner Teil*, 3. Neubearbeitete Auflage, Manz Verlag, Wien, 1997, p. 366, falando do dever de prevenir o agravamento do dano, mas negando (cf. p. 414) o dever de minimizar o próprio dano, o qual, quanto a si, não está coberto pela previsão do § 1304 ABGB, e apenas pode emergir no seio de uma relação contratual entre as partes. Para o autor, o problema deve ser solucionado unicamente dentro das possibilidades comunicadas pela norma citada, para cuja interpretação concorre uma ideia de alocação do risco.

Cf. LANGE/GOTTFRIED SCHIEMANN, *Handbuch des Schuldrechts...* cit., p. 577, ensinando que, de acordo com a opinião prevalecte, embora controversa, estamos diante de uma expressão do pensamento contido no § 254 I BGB. Consideram que, tal como no caso do dever previsto no § 254 I, também ao nível do § 254 II não se pode captar o dever de afastar ou minorar segundo uma regra geral. Por isso, os autores analisam diversos grupos de casos, apresentando, para o efeito, alguns exemplos: a vítima de uma lesão corporal deve, se a lesão não for insignificante, recorrer a um tratamento médico, tomar a medicação prescrita, seguir a dieta e fazer o exercício aconselhado; a omissão de um tratamento psicoterapêutico medicamente ordenado não é culposa quando o lesado pela consideração das suas condições teme prejuízos profissionais; a vítima não tem de optar pelo tratamento mais barato, mas também não é legítimo que opte por um mais caro do que aquele que, na sua posição, sem a existência do responsável, escolheria; uma operação deve ser levada a cabo pelo lesado se houver perspectivas de ser bem sucedida, for segura e não estiver associada a uma grande dor; não podendo continuar a exercer a sua antiga profissão, deve procurar, dentro de um quadro de razoabilidade, uma alternativa, tendo em conta a idade, a experiência educacional, a gravidade da lesão, a natureza do trabalho, as necessidades familiares, a residência, as eventuais taxas de deslocação, entre outras (cf. p. 578 a 590).

A este propósito, cf., ainda, JENS GÖBEN, *Das Mitverschulden des Patienten im Arzthaftungsrecht*, Thèse Frankfurt-am-Main, 1998.

¹⁶⁸⁹ No fundo, estamos a tornar relevante, uma vez mais, a distinção entre a causalidade fundamentadora da responsabilidade e a causalidade preenchedora da responsabilidade. O cálculo da indemnização reporta-se ao último momento processualmente possível, havendo, portanto, um hiato temporal entre a constituição de uma relação de tipo obrigacional – emergente quando se dilucida a eficácia de todos os pressupostos ressarcitórios – e a quantificação do seu objecto, no qual poderá relevar, enquanto princípio estruturante das relações especiais entre sujeitos determinados ou determináveis, o princípio da boa fé.

¹⁶⁹⁰ Sobre o ponto, veja-se, ainda, FRANCISCO SOTO NIETO, “La llamada compensacion de culpas”, *Revista de Derecho Privado*, 1968, p. 412.

E se, outrotanto, o princípio solidarístico não pode ser obnubilado, não menos seguro é haver uma disfuncionalidade no tocante ao ponto de referência do mesmo. Isto é, a liberdade pessoal tal como a concebemos não implica, unicamente, a assunção de deveres de respeito para com o outro, mas para conosco mesmos. Situando-nos longe daqueles que olham para a autodeterminação sobre o próprio corpo como um direito ilimitável de infligir a si mesmo qualquer lesão¹⁶⁹¹, a omissão do lesado ou a recusa de tratamento que lhe poderia ser ministrado apresenta os laivos de desvalor a sustentar uma possível autoresponsabilidade^{1692 1693}.

A autoresponsabilidade^{1694 1695}, apresentando denominadores comuns com a ideia de responsabilidade corolário da liberdade, justificará, portanto, a solução do autor. Explicitada no campo pessoal, pode ser, *mutatis mutandi*, prescrita no domínio patrimonial.

E com isto é, afinal, o apelo ao esquema de cotejo de esferas de risco se torna incontornável para a resolução do problema^{1696 1697 1698}.

¹⁶⁹¹ Cf., sobre o ponto, para maiores desenvolvimentos, DIOGO LEITE CAMPOS, “A relação da Pessoa consigo mesma”, *Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da Reforma de 1977*, volume II, *A parte geral do Código Civil e a Teoria Geral do Direito Civil*, Coimbra Editora, Coimbra, 2006, p. 139 a 145

¹⁶⁹² Cf., quanto ao ponto e no âmbito da análise do problema do concurso de culpas do lesado, BRANDÃO PROENÇA, *A conduta do lesado...* cit., p. 96 e ss. Referindo-se à ligação entre a ideia de não ilicitude da conduta contra si próprio e o problema do agravamento do dano por acção ou omissão, veja-se p. 100.

Note-se que este desvalor não se conecta com uma qualquer subjectividade, mas tão só com a ideia de ilicitude a partir da qual se erigiria a esfera de risco assumida por cada um dos intervenientes no tráfego jurídico.

Do autor, veja-se, ainda, *Direito das Obrigações – Relatório...* cit., p. 105 e ss., falando do princípio da heteroresponsabilidade (a responsabilidade perante os outros ou a imputação danosa por facto livre responsabilizante, a determinar “o critério geral da responsabilidade civil subjectiva, a progressiva extensão do círculo de responsabilidade sem culpa e o menor relevo da responsabilidade por factos lícitos”) e do princípio da autoresponsabilidade (a responsabilidade perante si mesmo, “na articulação com a culpa do lesado, a assunção de risco, as condutas voluntárias com risco de dano e as predisposições para o dano ou para o maior dano”). Cf., também, p. 147 e ss.

Vide, a este respeito, SALVATORE PUGLIATTI, “Autoresponsabilità”, *Enciclopedia del diritto*, IV, Giuffrè Editore, 1959, p. 452 a 465.

¹⁶⁹³ Não está, ainda, suficientemente resolvida neste excuro a questão de saber se o comportamento do lesado há-de ser ou não culposo para se poder aplicar a disciplina.

¹⁶⁹⁴ Aqui desnudada, como bem se compreenderá, de qualquer sentido individualista.

¹⁶⁹⁵ Cf. HEINRICH EWALD HÖRSTER, “Esboço esquemático sobre a responsabilidade civil de acordo com as regras do Código Civil”, *Estudos em comemoração do 10º aniversário da Licenciatura em Direito da Universidade do Minho*, Almedina, Coimbra, 2004, p. 323 a 338, aqui p. 324. O autor, mais do que de um princípio de responsabilidade, fala de um princípio de auto-responsabilidade, pretendendo com a precisão salientar que a actuação livre implica a assunção de riscos e as consequências dos actos praticados, como decorrência de uma concepção eticamente informada do ser humano (p. 327), mas também que, em regra, quem suporta um prejuízo é o titular da esfera jurídica em que o mesmo se produz (p. 324).

¹⁶⁹⁶ Parece ser essa a posição defendida por VON BAR (cf. CHRISTIAN VON BAR, *The Common European...* cit., p. 476). A propósito da causalidade e da *contributory fault*, o autor considera que nenhuma solução pode aflorar se não se tiver em conta o tipo de danos gerados e o dever concretamente violado pelo lesado. Chega, mesmo, a sublinhar que este critério terá sido positivamente acolhido na Irlanda (cf. Secção 34, 2, c) *Civil Liability Act 1961*: “the plaintiff’s failure to exercise reasonable care for

Ora, se tal se justifica quando o lesado – cuja tutela polariza um dos pontos da tensão que perpassa toda a dogmática do instituto – com a sua acção ou inacção interfere com o dado exterior, interagindo com o próprio lesante, por maioria de razão, parece ser justificável no comum cenário de concurso do comportamento do autor com outros eventuais autores ou com factores naturais^{1699 1700 1701 1702 1703}.

his own protection shall not amount to contributory negligence in respect of damage unless that damage results from the particular risk to which his conduct has exposed him, and the plaintiff's breach of statutory duty shall not amount to contributory negligence unless the damage of which he complains is damage that the statute was design to prevent" – cf. nota 361).

¹⁶⁹⁷ Cf. RIPSTEIN, *Equality, Responsibility and the Law*, ... cit., p. 49, falando na ideia de *risk ownership* como critério de prossecução do equilíbrio entre os interesses da liberdade e da segurança que se pretende atingir com a disciplina da responsabilidade. Veja-se, ainda, p. 57, onde o autor afirma que, quando alguém falha nas medidas de precaução que lhe eram exigíveis, o novo risco pertence-lhe, de tal modo que a medida dos danos corresponde à extensão da lesão que resulta da criação ilícita daquele risco.

¹⁶⁹⁸ Cf., quanto ao ponto, novamente, ARTHUR RIPSTEIN, *Equality, Responsibility and the Law*..., cit., p. 111, considerando que as regras atinentes à *contributory negligence* podem ser compreendidas à luz da ideia de *risk ownership*. Tal enquadramento viabilizaria, ademais, a adequada resposta para as situações em que o concurso de culpas implica o cotejo da conduta do lesante com a de uma criança ou um incapaz – cf. p. 112 e nota 27.

¹⁶⁹⁹ Porque nos movemos, incidentalmente, no âmbito do ordenamento jurídico italiano, veja-se, a propósito do comportamento concorrente do lesado, o testemunho de CESARE SALVI, *Il danno extracontrattuale*... cit., p. 55; RUFFINI, "Il concorso di colpa e di caso fortuito nella produzione del fatto dannoso", *Rivista di Diritto Commerciale*, 1964, p. 39 e ss.

Em debate, sobretudo, a questão de saber se o concurso do lesado apenas releva em caso de actuação culposa ou, ainda e sempre, independentemente da natureza do seu comportamento.

Maiores desenvolvimentos serão tecidos *infra*. Na verdade, sentir-se-á a necessidade de tratar o problema de forma mais ou menos sistemática, embora não exaustiva.

¹⁷⁰⁰ Veja-se, quanto ao ponto, CHRISTIAN VON BAR, *The Common European Law of Torts*... cit., p. 462.

¹⁷⁰¹ Sobre o ponto, embora com um âmbito diverso do que vai implícito em texto, cf. JÖRG FEDTKE e ULRICH MAGNUS, "Contributory negligence under German Law", *Unification of Tort Law: contributory negligence*... cit., p. 85, no tocante ao ordenamento jurídico alemão e à consideração dos limites de operacionalidade do § 254 BGB. Entendeu-se, na verdade, que o regime do concurso de culpas do lesado não deveria ser aplicado quando o acidente resultasse de um evento inevitável (*unabwendbares Ereignis*).

¹⁷⁰² O argumento carece de ulteriores explicitações. Não obstante, apenas acederemos a elas quando dispusermos de outros dados que só subsequentemente podem ser sistematizados. Por ora, importa, portanto, frisar que, do mesmo modo que, na confluência de actuações do lesante e do lesado, a solução aporta por via de uma ideia de cotejo de esferas de risco, também quando concorre com aquela conduta uma causa natural ou um acto de um terceiro só a ponderação judicativa desses âmbitos é de molde a garantir a solução imputacionalmente justa.

¹⁷⁰³ Não ignoramos que a intencionalidade de cada uma das situações pode não ser a mesma. Na verdade, existindo um comportamento da vítima, sempre se poderá aventar que a ponderação da responsabilidade, no sentido da redução da indemnização, resulta do desvalor com que surge matizada a violação do dever a que os autores aludem. Porém, há que considerar alguns pontos que tornam plausível o salto argumentativo que aqui protagonizamos. Assim, em primeiro lugar, importa não esquecer que já explicámos devidamente que a cisão entre o dever de mitigar o dano e a concorrência culposa do lesado para a produção daquele não pode estribar-se em critérios temporais ou causais. Aliás, em rigor, no ordenamento jurídico português, o problema aparece tratado de modo uniforme, não havendo um preceito que se refira explicitamente à questão. A univocidade da disciplina do artigo 570º CC permite-nos, ademais, transpor algumas das considerações aqui tidas em conta para o tratamento do fundamento da responsabilidade, isto é, para, sempre que com a conduta ilícita e culposa do lesante concorra o agir do próprio lesado, saber a quem ou em que medida deve ser imputado o dano. Ora, com isso, percebemos da inviabilidade de se resolver o problema à luz de critérios estritamente causais. E se fundadamente concluirmos que o sentido do desvalor a que se alude anda longe de uma concepção de culpa, então, não sobram dúvidas acerca da possibilidade de estender as nervuras cotejadoras das esferas de risco que cada um erige aos casos em que é um facto natural ou o comportamento de um terceiro a entrar em cena.

Tal, aliás, acaba por vir a coincidir com o pensamento dos autores a que anteriormente nos referimos¹⁷⁰⁴.

Não há na atribuição do dano ao pretense lesante um raciocínio de cariz naturalista, consequencialista ou causalista. Nem pode havê-lo. Voltemos ao exemplo fornecido por ROSSELLO e tentemos compreendê-lo à luz da doutrina da causalidade adequada. Ao dizermos que A morreu porque não foi submetido ao tratamento médico recomendado na sequência da lesão perpetrada por B, estamos, no fundo, a afirmar que o comportamento deste foi condição sem a qual aquela morte não teria ocorrido e que a morte é consequência adequada dele. A solução situar-se-ia, do ponto de vista causal, nos antípodas daquilo a que poderíamos ser conduzidos pelo regime do concurso de culpas do lesado. Contudo, parece colher-se intrassistematicamente a base de apoio suficientemente firme que dê eco ao sentimento de justiça, posto não ser porventura, em alguns casos, materialmente justo não valorar a recusa do paciente.

E se olharmos para o comportamento do lesado para vermos nele um factor interruptivo da causalidade, falece a utilidade do preceito, por ser redundante em relação ao disposto no artigo 1223º do mesmo diploma. Ademais, o critério de ajuizamento estriba-se numa ideia de exigibilidade. Ora, este está longe de um traçado causalista. A (in)evitabilidade do dano seria valorada segundo aquele padrão. A fazer, portanto, rememorar a culpa. Ou seja, será que aqui chegados somos forçados a concluir que se fechou o círculo argumentativo e que, afinal, a lição de ROSSELLO mais não adianta do que polarizar a solução interpretativa dispensada ao artigo 1227º CC italiano num juízo de culpa e já não de causalidade que, desta feita, ficaria intocável?

Não cremos, porém, que tal seja o melhor entendimento. Desde logo porque, ao nível jurídico, a culpa tem uma conotação precisa, tecnicamente conformada, que não se compadece com a sua mobilização não rigorosa. Ela é aferida em abstracto e isso torna, em teoria, cogitável uma situação em que, segundo o padrão de diligência média, estaria

¹⁷⁰⁴ Cf., *inter alia*, e novamente, HANS STOLL, *Haftungsfolgen im bürgerlichen Recht...* cit., p. 218.

Embora referindo-se, nesse ponto, exclusivamente ao problema da determinação da extensão da responsabilidade, cf. ANNICK ACHTARI, *Le devoir...* cit., p. 209. Diz-nos a autora que, uma vez que o facto gerador de responsabilidade emerge e o atentado é inteiramente consumado, as esferas de influência do autor e da vítima modificam-se. A partir de certa altura, o lesado é o único que pode controlar o dano e a cadeia causal, agindo sobre a extensão do dano. Seria, no fundo, uma ideia de reprovação do comportamento do lesado que avultaria a este ensejo. Sem embargo da distância que separa o discurso da autora do foco de problematização que nos tem ocupado, é uma ideia de repartição de esferas de risco que parece estar em causa. No mesmo sentido, v. DIRK LOOSCHELDERS, *Mitverantwortlichkeit des Geschädigten ...* cit., p. 562.

presente sem que, contudo, haja, no cotejo com a esfera de risco potenciada pelo agente lesante, justificação para o afastamento da imputação objectiva que se busca^{1705 1706}.

Já estará, no entanto, presente, nesse cotejo, como factor de ponderação, o grau de censurabilidade que possa ser derramado sobre o agente^{1707 1708}.

¹⁷⁰⁵ Acresce que, segundo o testemunho de parte da doutrina, não é possível falar verdadeiramente de culpa quando em causa esteja a valoração de um comportamento próprio. Nesse sentido, veja-se, entre nós, a posição de MENEZES CORDEIRO, *Da boa fé...* cit., p. 768 e *Direito das Obrigações*, II, cit., p. 409; BRANDÃO PROENÇA, *A conduta do lesado...* cit., p. 127-128.

Veja-se, sobre o ponto, FRANCISCO SOTO NIETO, “La llamada compensacion de culpas”, ... cit., p. 411 e ss. [o autor considera que é impróprio falar de culpa do lesado. Adianta, ainda, que outra seria a perspectiva se encarássemos o problema tendo em conta, não a existência de um lesante e um lesado, mas de dois sujeitos que assumiriam o duplo papel de responsáveis pelos danos infligidos mutuamente, sem que, contudo, aceite sem críticas a ideia de *compensação de culpas*, que daí poderia resultar, porquanto o que verdadeiramente se compensa são pretensões com significado económico evidente]; BETTI, “Sui limiti giuridici della responsabilità aquiliana”, *Nuova Rivista di Diritto Commerciale, Diritto dell’Economia, Diritto Sociale*, vol. IV, 1951, p. 143; VON TUHR, *Tratado de las Obligaciones* (trad. de ROCES), vol. I, Reus, Madrid, 1934, p. 78.

Cf. LARENZ, “Die Prinzipien...”, ... cit., p. 379, considerando o problema da aplicação do § 254 BGB aos casos de responsabilidade objectiva, diz-nos que o problema se torna complexo, porque temos de comparar grandezas incomparáveis: de um lado a culpa; do outro lado o perigo de uma coisa ou actividade. Mas acrescenta que uma reflexão acerca da causalidade não ajuda, porque a causalidade é um conceito neutro, não se podendo falar de níveis de causalidade, em sentido estrito.

Veja-se, ainda e novamente, SALVI, *Il danno extracontrattuale...* cit., p. 55; RUFFINI, “Il concorso di colpa...”, ... cit., p. 39 e ss.

¹⁷⁰⁶ Sobre o ponto, cf. ANNICK ACHTARI, *Le devoir...* cit., p. 110 e ss. Considera a autora que as razões para a defesa de uma concepção objectiva de *faute* (os critérios subjectivos podem introduzir a arbitrariedade e podem mostrar-se contrários aos princípios da igualdade de tratamento, porque, sendo os agentes ignorantes, a vítima tornar-se-ia mais frágil; a concepção objectiva mostra-se mais consonante com a função reparadora da responsabilidade civil e garante melhor a segurança das transacções) não colhem em matéria de avaliação do comportamento do lesado. Designadamente, aduz que este deve poder prevalecer-se da sua incapacidade de discernimento para justificar o facto de não ter adoptado as medidas de mitigação do dano. Acresce que muitas das medidas em causa podem implicar uma ingerência na personalidade do lesado, tendo de se ponderar o papel que os direitos fundamentais desempenham ao nível da apreciação do dever de mitigar o dano (cf. p. 117 e ss.)

¹⁷⁰⁷ A nota inserida em texto tornaria pertinente o diálogo com o sistema móvel erigido por WILBURG. Relegaremos, contudo, para momento posterior a conexão argumentativa anunciada.

Um breve apontamento para considerar as situações em que há dolo da parte do lesante. Importará o dado, por si só, a exclusão da operacionalidade do concurso de culpas do lesado? Em sentido negativo, invocando uma série de decisões jurisprudenciais quanto ao ponto e remetendo para o critério da provocação, cf. MONIKA HINTEREGGER, “Contribution negligence under Austrian Law”, ... cit., p. 14. Curiosamente, acrescenta que, havendo um comportamento intencional da parte da vítima, em comparação com a negligência leve do lesado, será negada a repartição de responsabilidades.

Num dos exemplos que nos reporta, refere o caso de um indivíduo, morto intencionalmente pelo marido da sua amante, que sabia que o marido sofria severamente com a situação, e a quem foi concedido 1/3 do valor da indemnização total.

Sobre o ponto, veja-se, ainda, JÖRG FEDTKE e ULRICH MAGNUS, “Contributory negligence under German Law”, *Unification of Tort Law: contributory negligence...* cit., p. 83, considerando que, embora focando-se primeiramente na causalidade, a ponderação do concurso de culpa do lesado implica também uma série de regras de assento jurisprudencial que têm em conta os diversos graus de culpa de ambos os lados: 1) intenção da parte do lesante em geral exclui a consideração da contribuição negligente da vítima; 2) intenção da parte, tendo em vista o dano em si mesmo, do lado da vítima exclui, em regra, a indemnização; 3) se ambos actuaram intencionalmente ou negligentemente, o dano é distribuído igualmente.

Como podemos constatar da nossa exposição, a aplicação automática dos referidos critérios não é possível, excepto se prescindirmos de uma valoração axiologicamente valiosa e materialmente consentânea com os dados do caso concreto.

Pense-se, por exemplo, no caso de o paciente A ser crente de uma dada religião cuja teologia impede a sujeição ao tratamento em causa. Do ponto de vista judicativo, a estrutura valorativa com que nos preocupamos não altera substancialmente. O agravamento da primeira lesão poderia ser evitado pelos cuidados médicos atempados. Se deixarmos de lado a questão de saber se é ou não viável existir culpa contra si próprio, sendo o padrão de diligência definido segundo o prisma do homem médio, sempre se dirá que aquela é discernível – enquanto desvio do comportamento diligente no sentido de evitar o dano. Mas, verdadeiramente, não se pode exigir a adopção de tais medidas ao lesado. Não só entra em cena uma dimensão fundamental da sua personalidade, que não pode ser descurada, como está em causa um expediente de salvaguarda do lesante¹⁷⁰⁹. Ora, este assume, previamente um risco, e pode, inclusivamente, ter agido intencionalmente no sentido de infligir a morte^{1710 1711 1712}.

¹⁷⁰⁸ Cf., a este ensejo, CHRISTIAN VON BAR, *The Common European ...* cit., p. 461, considerando que na responsabilidade civil, a ilicitude, o dano e a causalidade são conceitos normativos inter-conexos (*interwined normative concepts*), o que explica a constante sobreposição destes elementos e o facto de os graus de causalidade serem variáveis.

Cf., também, GINO GORLA, “Sulla cosiddetta causalità...”, ... cit., p. 407, considerando que a causalidade não pode ser separada da ilicitude; e ERWIN DEUTSCH, *Allgemeines Haftungsrecht...* cit., p. 19.

¹⁷⁰⁹ Diferente pode ser a ponderação dos bens jurídicos envolvidos se tivermos de ajuizar o comportamento do médico que, contra a indicação do paciente crente de uma determinada religião, intervém no seu corpo para salvaguarda da vida do segundo.

¹⁷¹⁰ Questionável é, ainda, se o lesante, no caso de o lesado se submeter ao tratamento médico que contraria a sua religião, deverá ou não ser responsável por isso. Em cena entrarão, então, questões como a determinação da culpa no caso concreto e, bem assim, problemas relacionados com a imputação do dano.

¹⁷¹¹ Veja-se JÖRG FEDTKE e ULRICH MAGNUS, “Contributory negligence under German Law”, *Unification of Tort Law: contributory negligence...* cit., p. 78, considerando tratar-se aí de uma obrigação de mitigar o dano que deve ser exigível ao lesado: “obrigação de procurar auxílio médico e de seguir os conselhos deste em casos de lesão pessoal”, incluindo aqui “o consentimento para operações simples que não sejam muito dolorosas e ofereçam boas possibilidades de recuperação total”, e, dando conta da evolução jurisprudencial francesa na matéria, ANNICK ACHTARI, *Le devoir...* cit., p. 249 e ss. (num primeiro momento, admitia-se que o lesado teria cometido uma *faute* ao recusar submeter-se a um tratamento quando este não acarreta perigo especial, não envolve sofrimento importante e contribuirá para a melhoria do seu estado de saúde. Dever-se-ia, ainda, ter em conta a situação financeira e o estado psicológico da vítima. Posteriormente, passou a considerar-se, de acordo com o artigo 16º/3 CC francês, que ninguém pode ser obrigado a suportar uma intervenção cirúrgica, pelo que o lesado não poderia ser sancionado por este seu comportamento. V. o aresto da *2ème chambre de la Cour de Cassation* de 19 de Junho de 2003. Cf., igualmente, GENEVIÈVE VINEY/PATRICE JOURDAIN, *Traité. Les conditions de la responsabilité...* cit., p. 338, considerando que o fundamento do acórdão pode ser generalizado, em nome da não reprovação da vítima e citando, também, o aresto da Civ. 1^{re}, 3 mai 2006 – cf. nota 416, p. 339, problematizando a diferença entre as situações de *refus de soins* às de indemnização por um agravamento do dano).

Atente-se nos outros exemplos de *Schadensminderungspflichten* fornecidos pelos autores, tendo como base de investigação arestos dos tribunais tudescos.

Assim: a) obrigação de fazer uso da capacidade de trabalho que resta, no sentido de minimizar a perda de lucros, incluindo a participação em sessões de requalificação profissional, que viabilize encontrar um novo emprego; b) obrigação de procurar a reparação ou a substituição do objecto danificado a um preço razoável (incluindo a rapidez da decisão) e de fazer uso de tecnologia capaz de diminuir o dano; c) a obrigação de procurar as melhores taxas de crédito nas diversas instituições bancárias; d) a obrigação de adoptar todas as medidas legais contra terceiros ou o Estado.

Acerca dos exemplos vertidos, duas breves palavras. A primeira para frisar que muitos deles respeitam mais à extensão da indemnização do que à fundamentação da responsabilidade, estando, portanto,

arredadas do núcleo de problematização aqui tido em conta; a segunda para sublinhar o nosso desacordo relativamente a alguns dos pontos focados, porquanto impliquem quase que o lesado assuma um ideário de protecção dos interesses do lesante. Sobre o ponto, outras considerações serão expendidas.

A este propósito, retome-se, novamente, a lição de LARENZ, *Lehrbuch...* cit., I, p. 540, nota 2, falando de uma *Obliegenheit*, que não deve ser entendida como uma obrigação de menor intensidade – *Pflicht minderer Intensität*. Sobre o conceito, veja-se, igualmente, LANGE/SCHIEMANN, *Handbuch des Schuldrechts, ...* cit., p. 552 e 576; ERWIN DEUTSCH, *Allgemeines Haftungsrecht...* cit., p. 361 e ss.; e, falando da *incombance*, ANNICK ACHTARI, *Le devoir...* cit., p. 57 e ss.

Cf., também, OLAF HENSS, *Obliegenheit und Pflicht im Bürgerliches Recht*, Frankfurt am Main, Berne, New York, Paris, 1988, para a distinção entre o conceito de *Obliegenheit* e o conceito de obrigação.

V., em geral sobre a obrigação de minorar o dano, HELMUT KOZIOL, “Die Schadenminderungspflicht”, *Juristische Blätter*, 1972, p. 225 e ss.; YANNICK DAGORNE-LABBE, “Existe-t-il une obligation pour les victimes de limiter leur préjudice? Cass. Civ. 2e., 19 juin 2003, 2 arrêts”, *Les Petites Affiches*, 2003, p. 13 e ss.; JEAN-LUC AUBERT, “La victime peut-elle être obligée de minimiser son propre dommage?”, *Revue de jurisprudence de droit des affaires*, 2004, p. 355 e ss.; GERT BRÜGGERMEIER, *Haftungsrechts...* cit., p. 552 e ss. e p. 600 e ss. (v., especialmente, p. 602, estabelecendo a dicotomia entre o *Schadensminderung* e a *Mitverschulden*, alicerçada em quatro pontos: a) *Zeitpunkt*: enquanto a *Mitverschulden* se refere ao comportamento anterior à lesão, o *Schadensminderung* reporta-se a um momento temporal posterior; b) *Gegenstand* (propósito): a *Mitverschulden* refere-se em primeira linha à consumação da violação do interesse, estando em causa o dano directo – dano primário/dano lesão [*Primär-/verletzungsschaden*], enquanto o *Schadensminderung* lida com a limitação do dano primário e a prevenção dos danos subsequentes; c) *Rechtsfolge* (consequência jurídica): enquanto a *Mitverschulden* conduz à repartição dos danos conjuntos, a omissão da obrigação de redução dos custos implica a não indemnização dos danos subsequentes evitáveis; d) os custos da *Schadensminderung* são para ser indemnizados pelo lesante; S. PIMONT, “Remarques complémentaires sur le devoir de minimiser son propre dommage”, *Revue Lamy Droit Civil*, nº9, 2004, p. 15 e ss.; GENEVIÈVE VINEY/PATRICE JOURDAIN, *Traité. Les conditions...* cit., p. 337 e ss. (considerando que é demasiado gravoso para a vítima adoptar uma posição intransigente relativamente a uma obrigação de moderação do dano, ao mesmo tempo que é demasiado rígido sustentar que a vítima se pode manter passiva, deixando agravar o seu dano em detrimento do responsável. A solução proposta pelas autoras passa, portanto, pela responsabilização do lesado sempre que o seu comportamento se possa considerar *fautif*, em sintonia, aliás, com o que o novo projecto de reforma do direito das obrigações prevê, ao introduzir no CC uma disposição que “sanciona a abstenção *fautive* da vítima no que respeita às medidas de moderação do dano, ao menos fora dos casos onde tais medidas seriam de molde a poder atentar contra a sua integridade psíquica” – cf. artigo 1373º *nouv. C. Civ.*); CHRISTOPHE ANDRÉ, “L’obligation de modérer le dommage en droit interne. Note à la décision de la Cour d’Appel de Douai, 15 mars 2001”, *Recueil Dalloz*, 2002, p. 307 e ss.; MICHAEL G. BRIDGE, “Mitigation of damage in contract and the meaning of avoidable loss”, *Law Quarterly Review*, 1989, p. 398 e ss.; DOMINIQUE GENCY-TANDONNET, “L’obligation de modérer le dommage dans la responsabilité extracontractuelle”, *Gazette du Palais*, 2004, p. 1485 e ss.; REINHARD GREGER, “Mitverschulden und Schadenminderungspflicht – Treu und Glauben im Haftungsrecht?”, ... cit., p. 1130 e ss.; ANNE METTETAL, “L’obligation de modérer le préjudice en droit privé français”, *Revue de la Recherche Juridique, Droit Prospectif*, 2005, p. 1889 e ss.; DE CUPIS, *Il danno...* cit., p. 132; TUNC, «Les récents développements des droits anglais et américain ...», ... cit., p. 29 e ss.; ANNICK ACHTARI, *Le devoir ...* cit., p. 71 e ss.; KOZIOL, *Österreichisches Haftpflichtrecht...* cit., p. 366; ANTUNES VARELA, *Das Obrigações...* cit., I, p. 935; RICARDO DE ANGEL YAGÜEZ, *Tratado de responsabilidad civil, ...* cit., p. 845.

¹⁷¹² Sobre o problema da actuação da vítima que falha no dever de mitigar o dano com fundamento na sua religião, cf. LARENZ, *Lehrbuch...* cit., I, p. 539 e ss.; ARTHUR RIPSTEIN, *Equality, Responsibility and the Law...* cit., p. 128 e ss. Saliente-se, sobretudo, a orientação geral da jurisprudência norte-americana, de que aí se dá conta, segundo a qual o lesado não tem o dever de se desviar dos ditames da sua religião em ordem a salvaguardar patrimonialmente o lesante. Mas a solução está longe de gerar consenso. Analisemos alguns dos dados chamados à colação pelo autor. Assim, se o lesado A retarda a ida ao médico, que deveria consultar na sequência da lesão que sofreu, porque pretende ir de férias, há um risco inerente a essa decisão pessoal que deve ser suportado pelo próprio. Simplesmente, o autor considera que o peso específico do sentimento religioso torna o comportamento do lesado razoável. Ora, tal, na esteira do modelo erigido por RIPSTEIN, e de que damos conta ao longo da nossa dissertação, parece ser suficiente para afastar qualquer risco da sua esfera, fazendo-o impender sobre o primitivo lesante. [A este propósito, cf. a solução pensada por BRÜGGERMEIER, *Haftungsrecht...* cit., p. 601, considerando que o problema deve ser pensado à luz das regras que disciplinam o problema da predisposição constitucional

Com o que se mostra que, afinal, é a ideia de contribuição do comportamento do lesado, e não de culpa, que está em discussão, a aproximar-nos mais da perspectiva causal¹⁷¹³, mas sem que, verdadeiramente, esta consiga desvelar o sentido da solução que se pretende obter. E não o consegue exactamente porque a omissão, sendo um nada, só pode ser tida em conta no percurso causal se e na medida em que a nota do dever ser a matizar¹⁷¹⁴.

do lesado, porquanto a ligação de uma pessoa a Deus não resulta de uma escolha pré-deliberada, mas configura um estado pré-existente].

Note-se que o autor salienta ser este um exemplo de fronteira que evidencia de forma clara como o modelo ressarcitório se desenha com base numa ideia de justa interacção e de um equilíbrio entre a segurança e a liberdade, Na verdade, se não se invocasse o sentimento religioso, mas uma crença racista (geradora de medo de contaminação com sangue de uma raça diversa), a solução não poderia ser a mesma, devendo a escolha racista ser tratada como uma idiossincrasia individual.

Cf. , ainda, sobre a invocação de motivos religiosos pelo lesado para se opor a um tratamento médico que poderia mitigar o dano causado por um terceiro, ANNICK ACHTATI, *Le devoir...* cit., p. 244 e ss. (dando conta da posição dos tribunais austríacos – a OLG d’Innsbruck reconheceu uma protecção absoluta da liberdade de crença e de consciência do lesado, pelo que este pode recusar, com esse fundamento, uma intervenção médica sem que haja lugar a uma redução da indemnização –, franceses – para os quais, a recusa de sangue por motivos religiosos constitui uma *faute* imputável ao lesado –, e americanos – os quais entendem, maioritariamente, que a situação deve ser valorada de acordo com a razoabilidade da crença. Assim, os motivos religiosos têm de assentar numa das principais religiões; a vítima tem de crer sinceramente em tais princípios; e um crente razoável de tal religião teria de ter agido como a vítima – cf. p. 246, nota 969); ANNE LOOMIS, “You shall take the victim as you findest him: religious conviction as a pre-existing state not subject to the avoidable consequences doctrine”, *George Mason Law Review*, nº14, 2007, p. 483 e ss.; JEREMY POMEROY, “Reason, Religion and Avoidable Consequences: When Faith and the Duty to Mitigate Collide”, *The New York University Law Review*, 1992, p. 1111 e ss.; BEN RITTERSPACH, “Refusal of medical treatment on the basis of religion and an analysis of the duty to mitigate damages under free exercise jurisprudence”, *Ohio Northern University Law Review*, nº25, 1999, p. 381 e ss.

A este propósito, veja-se, também, CHRISTOPHE QUÉZEL-AMBRUNAZ, *Essai sur la causalité...* cit., p. 294 e L. GAUDINO, “Brevi appunti in tema di suicidio post-traumatico”, *Danno e responsabilità*, nº11, 1999, p. 1076 a 1087, em especial p. 1087, considerando que nos casos em que as consequências do ilícito são agravadas na sequência de uma particularidade religiosa, ideológica, filosófica, económica ou existencial da vítima, o princípio da autorresponsabilidade e a regra acerca do dano evitável vão resolver o problema, devendo aplicar-se o artigo 1227º CC italiano.

¹⁷¹³ Cf., a este propósito, M. RÜMELIN, “Die Verwendung der Causalbegriffe...”, ... cit., p. 307, onde o autor trata do problema da causa predominante do § 254 BGB.

¹⁷¹⁴ A dificuldade de compreensão dos problemas à luz de uma ideia causalista estrita parece ganhar maior clareza se nos detivermos, *brevis momenta*, na ponderação dos dados colhidos nos ordenamentos jurídicos da *Common Law*, em especial no ordenamento jurídico inglês e estadunidense.

Sobre o ponto, cf. BASIL MARKESINIS, ANGUS JOHNSTON e SIMON DEAKIN, *Markesinis and Deakin’s Tort Law*, ... cit., p. 203.

Os autores sublinham a diferença entre duas situações: a) a ocorrência de um acto do lesado (*act of the claimant*), susceptível de interromper o nexo de causalidade; b) *contributory negligence*. Ora, como os próprios evidenciam, deparamo-nos com um aparente paradoxo na disciplina normativa. É que enquanto o segundo, envolvendo a *failure to take due care for one’s own safety*, é apenas a *partial defence* que pode conduzir a uma redução da indemnização, a verificação de um *novus actus* configura, ou pode configurar, uma *complete defence*, susceptível de interromper o nexo de causalidade e, assim, determinar a falência da obrigação.

Não se percebe, porém, em que medida a falha no cuidado exigível, ainda que de uma omissão se trate, não pode ser visto como um comportamento do lesado, conduzindo ou podendo conduzir a análoga solução. É que, ainda que nos deixemos mergulhar em alguns casos versados pelos autores (v.g. *Emeh v. Kensington, Chelsea and Fulham AHA* – cf. p. 204 – no qual se debatia o direito à indemnização de uma senhora que, tendo-se submetido a uma esterilização mal realizada, acabou por engravidar novamente

Ou seja, só normativamente podemos perceber qual o papel desse nada no esquema imputacional do dano ao pretense lesante¹⁷¹⁵. Ao mesmo tempo que não é

[note-se que o problema envolveria outras considerações, espúrias para este ponto expositivo. Na verdade, importa focar, ainda que perfunctoriamente, que, por um lado, estamos aí no domínio contratual e que, por outro lado, avulta, do circunstancialismo concreto, uma miríade de problemas que a outro ensejo mencionaremos]), o que aí parece debater-se é em que medida deve ser exigido ao lesado um comportamento activo que contribua positivamente para a redução do dano.

Vista como uma *parcial defence*, a *contributory negligence* anda próxima da concretização das regras causalmente relevantes (cf. p. 204) e não se esgota naqueles casos de escola. Tal legitima-nos a adiantar uma conclusão: ou bem que o comportamento do lesado se mostra em concreto apto a interromper o nexo de causalidade, ou bem que o decidente o relevará em sede de determinação do *quantum indemnizatório*. Ora, adequadamente compreendidas as coisas, seremos conduzidos à conclusão segundo a qual não é possível naturalisticamente resolver a equação enunciada. Como notam os autores (cf. p. 205), são múltiplos os *policy factors* que são chamados à liça a este propósito. E, se assim é, então o problema que se resolve tem uma matriz imputacional, a coenvolver o cotejo de esferas de responsabilidade do lesante e do lesado. Donde a conclusão pode ser a da repartição de responsabilidade entre ambos, para o que se convoca a negligência do lesado como índice mínimo de relevância.

Sobre a distinção entre a *contributory negligence* e a *comparative negligence*, cf. o que se disse sobre o ponto.

Frise-se, apenas, em jeito de alerta, não ser, as mais das vezes, esta a intencionalidade informadora do discurso do decidente na *Common Law*, quer porque a argumentação surge matizada por considerações atinentes à eficácia, quer porque o pendor naturalista da abordagem causal nem sempre fica arredado do horizonte discursivo.

¹⁷¹⁵ Cf. § 254 BGB, que estabelece como critério a predominância da causa – *vorwiegende Verursachung* [V., porém, TRAEGER, *Kausalbegriff...* cit., p. 335 e ss., considerando que os critérios aplicáveis não permitem que se determine qual é a causa preponderante. Concordando com a asserção, não podemos deixar de sublinhar que ela constitui um argumento de peso para mostrar que a adopção da doutrina da adequação é improcedente, pelo menos a este nível. Do mesmo modo que demonstra, inequivocamente, a impossibilidade de se aderir à teoria da *conditio sine qua non*. Considerando que em apreço está muito mais do que a mera causalidade, mas um factor jurídico de imputação, cf. LOOSCHELDERS, *Mitverantwortlichkeit...* cit., p. 575. Veja-se, ainda, a posição do BGH – *apud* HERMANN LANGE/GOTTFRIED SCHIEMANN, *Handbuch des Schuldrechts...* cit., p. 611: a graduação da causa predominante implica que se mostre se o comportamento de uma parte não só possibilita, mas também que com maior probabilidade, comparado com o comportamento do outro sujeito, possa ter causado o dano. Segundo os autores, “trata-se de uma ponderação similar à que ocorre ao nível da adequação, só que aí trata-se de eliminar os danos que se encontram fora de toda a probabilidade, enquanto que aqui temos uma valoração gradual da causa e efeito. Note-se que os autores, neste ponto concreto, lidam com as consequências práticas do concurso de culpas e não com a sua determinação em concreto]. Ou seja, entrando em cena, num caso concreto, o comportamento do lesado, haveria lugar a uma *compensação de culpas* para o que se teria de ponderar até que ponto o dano foi predominantemente causado por uma ou outra parte. Ora, como bem se compreenderá, não pode ser esta causação avaliada em termos naturalistas, até porque o preceito contempla, ainda, as situações em que o lesado omite a conduta necessária para diminuir ou evitar o dano, podendo esta situar-se, temporalmente, a jusante do comportamento do lesante. Segundo o § 254 BGB, a indemnização pode ser diminuída ou excluída se o lesado também tiver contribuído para o dano. A responsabilidade pode traduzir-se, então, numa de duas formas: a) o lesado contribuiu para o surgimento dos danos de um modo que lhe é imputável (§ 254 Abs.1); b) o lesado falhou a prevenção diante da ameaça do dano ou não adoptou medidas tendentes à sua redução efectiva (§ 254 Abs. 2) – sobre o ponto, cf. LARENZ, *Lehrbuch...* cit., I, p. 539. Veja-se, ainda, na obra citada, p. 543, onde o autor explicita alguns deveres de prevenção ou redução dos danos (dever de advertir contra um grau invulgarmente elevado de danos; dever de evitar um dano iminente ou de atenuar um dano) e p. 550, onde, refere, a propósito das consequências do concurso de culpas, que a situação parece ser outra “ao nível da obrigação de mitigar os danos”. Na verdade, segundo o seu testemunho, “não está em causa a repartição total do dano, mas a dedução de uma parte dos danos que poderia ter sido evitada com um comportamento razoável do lesado”, como por exemplo na situação em que ele rejeita uma oferta de trabalho que é razoável. Sublinha, contudo, que “pode acontecer que o comportamento do lesado contribua para agravar o montante dos danos”, como no caso em que, “se A tivesse seguido as indicações do seu médico, a gravidade da lesão teria sido menor”, pelo que também aqui “se tem (...) de recorrer a presunções e juízos probabilísticos, considerando-se o grau de culpa.”

viável situarmos a problemática ao nível da culpabilidade estrita. Ela quedar-se-á, outrossim, na imputação objectiva. De forma imagética, e reportando-nos ainda ao ordenamento italiano, diremos que a evitabilidade sem a exigibilidade não é nada, até porque, como a objectivação absoluta daquela nos faz resvalar para o mundo das hipóteses, só no cotejo de esferas de risco, delineadas a partir da pressuposição de sentido dos deveres que sobre cada um recai, logramos chegar a alguma conclusão. E a exigibilidade não se confunde, pela necessária ponderação da posição prévia assumida pelo lesante, com aquela outra que, identificada pelo mesmo epíteto, deixa a sua marca em sede de culpa.

Em nosso entender, a distinção entre os âmbitos de relevância hipotética do primeiro e do segundo parágrafos do artigo 1227º CC italiano não se queda num critério temporal. É certo que, segundo as categorias da inteligibilidade humana, radicando o conhecimento de uma dada factualidade na temporalidade sucessória de um antes e um depois, podemos dizer que o primeiro nos faz olhar para a contemporaneidade das acções, enquanto o segundo pressupõe que nos estribemos no depois. Sem que, verdadeiramente, se alterem os dados dos problemas. Pois, se assim é, tal deve-se unicamente à estrutura do comportamento subjacente a uma e outra hipótese, já que o segundo se caracteriza por ser uma omissão. Aqui ele omitiu quando devia ter agido; ali ele agiu quando devia ter omitido. Só que a relevância dita causal de uma ou outra situação não diferem substancialmente, porque, na ausência do determinismo, só com a predicação valorativa da conduta é possível apurar em que medida houve ou não uma contribuição relevante do lesado para o *status quo* danoso que emergiu ou o seu agravamento¹⁷¹⁶.

Concretizemos o nosso raciocínio. O segundo segmento do artigo 1227º CC italiano prevê a exclusão da indemnização quando o lesado tinha podido evitar o dano e não o fez; já a primeira parte do preceito conduz à diminuição da indemnização quando

Cf., igualmente, ANNICK ACHTARI, *Le devoir...* cit., p. 38, considerando que o § 254 BGB contempla três hipóteses: a) culpa concomitante; b) violação de um dever de avisar acerca de um perigo particularmente elevado; c) violação do dever de mitigar o dano; e HERMANN LANGE/GOTTFRIED SCHIEMANN, *Handbuch des Schuldrechts...* cit., p. 535, considerando que o § 254 II ordena a mitigação do dano, enquanto o § 254 I diz respeito à constituição do crédito. Veja-se, igualmente, p. 610 e ss., aflorando o problema das consequências do concurso de responsabilidades.

Por fim, cf. LOOSCHELDERS, *Mitverantwortlichkeit...* cit., p. 568

No quadro do ordenamento jurídico francês, cf. CHRISTOPHE QUÉZEL-AMBRUNAZ, *Essai sur la causalité...* cit., p. 294 e ss., distinguindo as hipóteses de agravamento do dano pelo lesado e de violação do dever de minorar o prejuízo.

¹⁷¹⁶ O relevo prático do problema tratado por ROSSELLO passa pela orientação da resposta à questão de saber se apenas fica por indemnizar o dano para o qual o lesado contribuiu ou, outrossim, também aquele que, tendo-se verificado, se ficou a dever ou foi agravado pela conduta dele.

para a emergência do dano tenha concorrido quer a acção do lesante, quer a acção do lesado. A mera literalidade do preceito – que nunca é critério hermenêutico bastante – mostra claramente que a solução legal envolve um juízo que ultrapassa a simples fisicidade do ser, ao apelar à dimensão de dever. Saber se era ou não exigível evitar o dano implica a contemplação da esfera de auto-responsabilidade, que deve ser comparada com a esfera de responsabilidade do lesante. Determinada a sua existência, considera-se amiúde que a relevância problemática da hipótese prevista no segundo parágrafo do artigo em análise se cinge às omissões. A estrutura do comportamento omissivo justificaria, aliás, o apelo à exigibilidade como forma de equiparação à acção. Não cremos, contudo, que a diferente solução predisposta pelo legislador para as duas hipóteses possa ser justificada pela distância que separa a acção da omissão. De facto, não haverá situações em que o lesado, através do seu comportamento activo, agrava o dano, omitindo os cuidados exigíveis para que tal não acontecesse? Não é verdade que, ao nível dos comportamentos negligentes, se torna mais ténue a fronteira entre comissão e omissão? E o que faz com que esta seja mais severamente sancionada do que a acção, ao ponto de se considerar que a primeira pode levar à exclusão da responsabilidade, enquanto o concurso alicerçado na segunda conduz a uma redução da indemnização? Dever-se-ia considerar que a diferença entre os dois segmentos do preceito passa a ser compreendida por referência à dupla concepção de dano? Dever-se-ia então sustentar que a redução da indemnização diria respeito aos danos consequenciais e que a exclusão da indemnização se referiria ao dano lesão?

A resposta a esta questão requer que, prejudicialmente, se reflecta sobre duas nervuras problemáticas. Como compatibilizar o artigo 1227º/2 CC com o artigo 1223º? Como tratar as situações em que o lesado contribui para o surgimento de um primeiro dano-lesão? A primeira interrogação foi amplamente respondida por FORCHIELLI¹⁷¹⁷. Contudo, os termos em que o solucionou distam daqueles que são por nós pensados. Também o autor olha para o artigo 1227º/2 CC como corolário do critério adoptado em termos causais. Simplesmente, como é diverso o entendimento acerca do requisito delitual, também são dissonantes os contornos que a disciplina assume.

Tal como FORCHIELLI, sustentamos que se torna claro, por via do artigo 1227º CC, que o ordenamento jurídico italiano impõe uma forte restrição ou mesmo um desvio à doutrina da *conditio sine qua non*. Não cremos é que o pressuposto possa, pelas

¹⁷¹⁷ Cf., novamente, FORCHIELLI, *Il rapporto di causalità...* cit., p. 57.

razões atrás expendidas, ser lido à luz de uma concepção naturalista, a impor a concomitância de causas como explicação para a solução predisposta ao nível do nº1. Na verdade, não é também a temporalidade da actuação – concomitância ou sucessão – que justifica a clivagem. O que o artigo 1227º CC nos mostra é que, através do cotejo comparativo de esferas de risco, podemos estabelecer um juízo imputacional, que redundará ou na exclusão da responsabilidade (quando o lesado deveria ter assumido o risco) ou na redução da indemnização quando haja uma co-titularidade de tais esferas. Tais hipóteses verificam-se quer no plano da fundamentação da responsabilidade, quer no plano da delimitação da indemnização.

Tempo agora para olharmos para a disciplina do concurso de culpas do lesado no nosso ordenamento jurídico^{1718 1719}.

Estando o problema resolvido legislativamente no artigo 570º CC, foi alvo da profunda atenção de juristas lusos, entre os quais salientamos, pelo peso monográfico do seu escrito sobre o tema, BRANDÃO PROENÇA¹⁷²⁰.

Chama-se, aí, *ab initio*, a atenção para as diversas possibilidades de abordagem do problema, a oscilar entre o apego à culpa¹⁷²¹, a visão causalista ou concausalista¹⁷²² e

¹⁷¹⁸ Importa salientar um dado não despidendo. Na verdade, a extensão da relevância do comportamento do lesado de forma a abarcar as suas omissões poder-nos-ia levar a ponderar, no meio bosquejo argumentativo, a relevância de uma causa hipotética ou virtual. Isto porque, sendo aquela um nada que se transmuta em algo por força da juridicidade que sobre si se derrama, há, no fundo, que indagar o que poderia ter sido e não foi se a vítima tivesse adoptado outra conduta.

Só que a aparente semelhança não logra suprir as dessintonias detectáveis. Primeiro porque o que nessa virtualidade vai pressuposta é a força causal de um facto que, não se tendo verificado, se teria produzido de todo o modo, desde que o lesante não alterasse o curso dos acontecimentos, gerando o dano. Aqui, pelo contrário, o dano polariza-se na conduta ilícita e culposa, produzindo-se sempre, excepto se o lesado tivesse obstado àquele resultado. O que implicará sempre a valoração da sua conduta.

Em segundo lugar, contra o que se poderia pensar, aqui está verdadeiramente em causa a individualização do agente. Entendemos todos aqueles que se posicionam no âmbito do problema do cômputo do dano ressarcível. Contudo, se pensarmos que a omissão só ganha sentido quando equiparada à acção, no fundo, o que estamos a questionar é a contribuição causal – entendida na esteira do cotejo de esferas de risco – do lesado para a produção do resultado lesivo. E se em determinados casos pode importar a tomada de consciência dos danos subsequentes, outras situações haverá em que o que entra em jogo não é mais do que o agravamento do dano primário, como na situação acompanhada em texto.

A seu tempo, teremos oportunidade de esclarecer a diferença que separa o comportamento lícito alternativo da causalidade virtual.

Salientando que ao nível do problema do concurso de culpas do lesado é a causalidade real e não virtual que está em causa, cf. BRANDÃO PROENÇA, *A conduta do lesado...* cit., p. 430 e ss.

¹⁷¹⁹ Para um panorama genérico do tratamento da questão ao nível do direito comparado, não esqueçamos a consulta de U. MAGNUS E MARTÍN-CASALS (ed.), *Unification of Tort Law: contributory negligence, Principles of European Tort Law*, vol. 8, European Centre of Tort and Insurance Law, Kluwer Law International, London, New York, 2004, que já parcialmente temos vindo a acompanhar.

¹⁷²⁰ Cf. BRANDÃO PROENÇA, *A conduta do lesado ...* cit.

No âmbito do ordenamento jurídico português, veja-se, ainda, VAZ SERRA, “Conculpabilidade do prejudicado”, *Boletim do Ministério da Justiça*, 86, 1959, p. 131 e ss.

¹⁷²¹ Cf. BORIS STARCK, *Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile ...* cit., p. 141 e ss.

bem assim a polarização dele na extensão da obrigação indenizatória¹⁷²³. No fundo, sistematiza-se tipologicamente a miríade de situações que hipoteticamente podem ser assimiladas pelo âmbito de relevância desenhado por uma disposição como a do artigo 570º CC e adiantam-se os entendimentos possíveis que sobre ele recaem ou podem recair. Em nada diferentes, saliente-se, daquelas que já tinham sido postas em diálogo¹⁷²⁴.

Suspendamos, portanto, o nosso percurso para darmos eco aos ensinamentos do jurista pátrio.

São-nos por ele apresentados três modelos de cogitação do problema. A saber: o modelo da igualdade geométrica, com a consequência da perda de autonomia valorativa do ajuizamento dirigido à conduta do lesado¹⁷²⁵, o modelo da diluição do dano pela

¹⁷²² Para além das referências anteriormente indicadas acerca da perspectiva, cf. FRANCISCO SOTO NIETO, “La llamada compensación de culpas”,... cit., p. 414. Entre os pressupostos de chamada *compensación de culpas*, o autor refere que o lesado, com o seu comportamento, deve ter contribuído de modo eficiente para a produção do dano, o que, não implicando a exclusividade, envolve a idoneidade ou aptidão para a geração do resultado, afigurando-se como uma verdadeira *concausa*. Mais acrescenta o autor (cf. p. 415) que o comportamento da vítima deve ser autónomo, isto é, não pode apresentar qualquer relação de necessidade com a conduta do lesante.

Veja-se, também, G. MARTY, “L’influence de la faute et du fait de la victime sur la responsabilité civile en droit comparé”, *Mélanges de droit comparé en l’honneur du doyen Ake Malmström*, Norstedt & Sönners, 1972, p. 177 e ss.

¹⁷²³ Cf. BRANDÃO PROENÇA, *A conduta do lesado...* cit., p. 20, nota 8.

¹⁷²⁴ O imbricamento a que se alude entre o problema do concurso de culpas do lesado e a temática da causalidade jurídica torna-se translúcido quando olhamos para a taxonomia de hipóteses traçadas por BRANDÃO PROENÇA, já porque elas o denotam na intencionalidade que levam implícitas, já porque anteriormente tínhamos feito mais ou menos superficialmente alusão a algumas ao – por referência a nichos concretos – darmos exemplos veiculados por outros autores – cf. BRANDÃO PROENÇA, *A conduta do lesado...* cit., p. 28.

Assim, e acompanhando o que aí surge inscrito, integram-se no campo de análise aberto pelo insigne jurista hipóteses como o concurso simultâneo de culpas, o concurso sucessivo de culpas, a conduta culposa do lesante e a conduta de um inimputável, o dano iminente e a inércia do potencial lesado para o evitar, a falta de aviso, a lesão consumada cujos efeitos danosos são agravados pelo lesado, a exposição ao risco de lesão ou assunção do risco, e a predisposição constitucional do lesado a concorrer causalmente para o agravamento daquele dano.

Sobre o ponto, veja-se, ainda, FRANCISCO SOTO NIETO, “La llamada compensación de culpas”, ... cit., p. 409 a 427. O autor torna, desde o início, claro que nunca o lesado pode ser considerado um estranho no processo de produção do dano. São suas as palavras: “generalmente los intervinientes en el malhadado suceso no protagonizan en toda su pureza los papeles de causante o agente y de receptor o víctima, sucediendo con harta frecuencia que el próprio perjudicado há intervenido de modo más o menos directo y más o menos eficientemente en la causación dl resultado lesivo sobre él recayente”. Simplesmente, sob pena de se resvalar num juízo condicionalista estrito, o que o autor procura relevar é o impacto dos comportamentos do lesado que, ainda que não rocem o limite da intencionalidade, podem ser vistos como, e segundo as suas palavras, “una aportación causal reproachable” (cf. p. 409).

¹⁷²⁵ Cf. BRANDÃO PROENÇA, *A conduta do lesado...* cit., p. 62. Segundo este modelo, colocam-se no mesmo plano a imputação do dano alheio e do dano próprio.

No fundo, estaria em causa um esquema intelectualivo de raiz individualista, a fazer apelo a uma ideia de autoresponsabilização. Segundo BRANDÃO PROENÇA, tal teria como consequências prático-normativas o afastamento da responsabilidade objectiva pela culpa do lesado ou por uma conduta que lhe seja atribuída e bem assim a preclusão da culpa presumida do lesante pela culpa efectiva daquele (cf. p. 61).

colectividade¹⁷²⁶ e, por fim, o modelo que, prescindindo da referência estrita à culpa, faz apelo a uma ideia de imputação objectiva.

Ao mesmo tempo, baliza-se o percurso argumentativo do autor por dois marcos antagónicos. A um posicionamento de índole objectivista^{1727 1728} opõe-se, portanto, um posicionamento de índole subjectivista¹⁷²⁹, sem que BRANDÃO PROENÇA se escore

V., a este propósito, GENEVIÈVE VINEY/PATRICE JOURDAIN, *Traité. Les conditions de la responsabilité...* cit., p. 340 e 344.

¹⁷²⁶ Cf. BRANDÃO PROENÇA, *A conduta do lesado...* cit., p. 62. De acordo com esta segunda impostação, tem-se em conta a repartição mais adequada do dano, diminuindo-se a indemnização na presença de um comportamento qualificado do lesado.

¹⁷²⁷ O cerne do problema seria a causalidade. Cf. MENEZES CORDEIRO, *Direito das Obrigações...* cit., II, p. 409, negando a ideia de censura ao lesado e considerando que o preceito não pode ser olhado do ponto de vista culpa, mas do ponto de vista da causalidade. Note-se que, como será explicado, a recusa de uma visão culpabilística não nos encaminha insofismavelmente para os antípodas de uma concepção causal estrita; DE CUPIS, *Il danno...* cit., p. 248-249; PESSOA JORGE, *Ensaio...* cit., p. 360

A esse propósito, e considerando a ideia de que não é possível falar verdadeiramente de culpa contra o próprio, v., novamente, MENEZES CORDEIRO, *Da boa fé...* cit., p. 768; FRANCISCO SOTO NIETO, “La llamada compensacion de culpas”,... cit., p. 411; BETTI, “Sui limiti giuridici della responsabilità aquiliana...”, ... cit., p. 143; SALVI, *Il danno extracontrattuale...* cit., p. 55; RUFFINI, “Il concorso di colpa...”, ... cit., p. 39 e ss. Veja-se, ainda, DEUTSCH, *Allgemeines Haftungsrecht...* cit., p. 360 e ss., considerando, no entanto, que não se pode falar de culpa no sentido próprio do termo (do autor, cf., ainda, *Unerlaubte Handlungen...* cit., p. 86, invocando a este propósito, a ideia de *venire contra factum proprium*. Opondo-se a tal entendimento, veja-se LARENZ, *Lehrbuch...* cit., I, p. 541 [do autor, cf., também, p. 540, onde o salienta que nem sempre é fácil levar a cabo a indagação da culpa no tocante ao próprio comportamento, porque o ordenamento jurídico não está predisposto para proteger as pessoas contra as consequências da sua imprudência, pelo que o comportamento que se valoriza a este nível não é ilícito e culposo no sentido estrito do termo. Acresce que a culpa contra si próprio poderia sugerir a violação de um dever legal contra si mesmo]; STOLL, *Handeln auf eigene Gefahr*, Mohr, Tübingen, 1961, p. 315 e ss.).

¹⁷²⁸ Sobre o efeito exoneratório parcial ligado ao concurso culposo da vítima no seio do ordenamento jurídico francês, cf. GENEVIÈVE VINEY/PATRICE JOURDAIN, *Traité. Les conditions de la responsabilité...* cit., p. 330, apreciando criticamente a jurisprudência saída do *arrêt Desmares (2^{ème} Chambre Civile de la Cour de Cassation du 21 juillet 1982)*, segundo o qual o *gardien* de uma coisa inanimada não tem a possibilidade de se exonerar parcialmente da responsabilidade ao invocar a *faute* da vítima. A solução foi estendida à responsabilidade pelo facto de um animal, tendo sido excluída do seu âmbito de aplicação a responsabilidade por factos pessoais fundada nos artigos 1382º e 1383º CC e a responsabilidade contratual. Em 6 de Abril de 1987, a *Cour de Cassation* operaria uma nova inversão jurisprudencial, considerando que o *gardien* de uma coisa instrumento do dano se exonera parcialmente da sua responsabilidade se provar que a *faute* da vítima contribuiu para o dano.

V., igualmente, p. 332, tecendo-se considerações acerca da influência do *fait non fautif* da vítima sobre o direito à reparação (a *Cour de Cassation*, em 17 de Dezembro de 1963, viria considerar que não é necessário verificar-se culpa na actuação da vítima. Bastaria que a conduta desta se apresentasse numa relação de causalidade com o dano, configurando uma *cause étrangère*. A solução seria restringida aos lesantes responsáveis de pleno direito. Em sentido crítico, cf. p. 334. Para as autoras a redução da indemnização deve ficar dependente da desvelação da culpa da vítima).

Cf., ainda, CHAPPIUIS, “La faute concomitante de la victime”, *La fixation de l’indemnité, Colloque de la responsabilité civile*, FRANZ WERRO (ed.), Berne, 2004, p. 29 e ss.

¹⁷²⁹ O acento tónico era, então, colocado na culpa do agente vs. culpa do lesado. Cf. RIBEIRO DE FARIA, *Direito das Obrigações*, I, ... cit., p. 524; ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações...* cit., p. 672-673; TRIMARCHI, *Causalità...* cit., p. 129 e ss.; B. STARCK, “La pluralité des causes du dommage”, *La Semaine Juridique*, 1970, I, 2339; B. PULL, “Gravité ou causalité de la faute de la victime en responsabilité civile”, *Recueil Dalloz*, 1984, Chr., p. 58.

A este ensejo, importa referir que alguns autores olham para o problema do ponto de vista da impossibilidade de, por razões de justiça, o lesado poder vir exercer o seu direito – v. PINTO MONTEIRO, *Cláusulas limitativas...* cit., p. 92; CHABAS, *L’influence de la pluralité de causes sur le droit à*

fielmente em qualquer deles, posto derramar sobre o artigo 570º CC uma interpretação que aproxima o conteúdo por ele dispensado de uma válvula de ponderação equitativa a mobilizar para efeitos delimitação do dano, à semelhança do que já autoriza o artigo 494º do mesmo diploma¹⁷³⁰.

Com o que acaba por olhar para o problema do prisma da limitação da indemnização e não da circunscrição dos danos a imputar ao lesante. Sem que, contudo, se possa dizer que obnubila as raízes fundacionais da solução por si apresentada. Pelo contrário, há uma incessante preocupação com o plano axiológico, perscrutando-se, passo a passo, a *ratio* da solução viabilizada, até porque tal metodologia se afigura ser a única pela qual se logra aceder à correcta interpretação do preceito, afastando dúvidas que em relação a ele sobejam¹⁷³¹.

Não são a isso estranhas indagações como aquelas com que nos deparamos ao longo da sua obra. Chamando à colação – se bem que de forma interrogativa – ideias como a autocolocação em risco, a heterocolocação em perigo consentida¹⁷³², a actuação por risco próprio ou a predisposição constitucional do lesado para a produção do dano¹⁷³³, BRANDÃO PROENÇA questiona “até que ponto o domínio do risco não justificará, por si só, uma imputação à esfera do assunto, por se entender que não há razões jurídicas ou outras para se deslocar o dano para outra esfera?”¹⁷³⁴.

De certo modo, rememorando quadros fundamentais de percepção do instituto da responsabilidade civil – risco geral da vida e desenho de uma zona de infortúnio, se bem que com tendência a decrescer pelo surgimento de deveres de segurança no tráfego,

réparation, ... cit., p. 159 e ss.; ID., “Fait ou faute de la victime”, *Recueil Dalloz*, 1973, Chr., p. 207; CALVÃO DA SILVA, *Responsabilidade civil do produtor...* cit., p. 733 e ss.; BRANDÃO PROENÇA, *A conduta do lesado...* cit., p. 414 (falando de um princípio valorativo de auto-responsabilidade. Pese embora a interpretação que o autor dispensa ao artigo, reconhece que ele não deixa de “reflectir um preceito que pretende repartir o dano resultante da conjugação de duas condutas culposas” e admite que, a existir uma lacuna na matéria, ela seria “preenchida pelo regime da hipótese que, do ponto de vista factual, mais se aproxima daquele”, o da compensação interna entre os vários devedores solidários). Cf., igualmente, GENEVIÈVE VINEY/PATRICE JOURDAIN, *Traité. Les conditions de la responsabilité...* cit., p. 326 e ss;

¹⁷³⁰ Cf. BRANDÃO PROENÇA, *A conduta do lesado...* cit., p. 71, nota 169.

Em termos práticos, o entendimento do autor viabiliza, por exemplo, que sejam ponderados todos os contributos causais do lesado, ainda que de meras condições se tratem (cf. p. 71). Ao mesmo tempo que garante a colocação da conduta do lesado inimputável no mesmo patamar de ponderação que a de um lesado não diminuído na sua vontade ou cognição.

¹⁷³¹ Basta pensar que, ainda que se abrace a ideia de autoresponsabilidade, sempre se terá de debater a fundo os predicados a que deve obedecer a conduta do lesado para que seja, a este nível, relevante. Ora, a resposta a esse sentido aporético da temática fica dependente do fundamento que se desvelar para a solução legislativamente consagrada.

¹⁷³² Cf., a este propósito, PAUL ESMEIN, “Le nez de Cléopâtre ...”, ... cit., p. 216 e ss.

¹⁷³³ Relacionando as duas problemáticas, v. BRÜGGEMEIER, *Haftungsrecht...* cit., p. 601 e HERMANN LANGE e GOTTFRIED SCHIEMANN, *Handbuch des Schuldrechts...* cit., p. 128 e ss.

¹⁷³⁴ Cf. BRANDÃO PROENÇA, *A conduta do lesado...* cit., p. 75-76.

a compatibilizar-se com aquela outra noção de responsabilidade geral pela própria conduta¹⁷³⁵, pelo modo de viver e pela própria existência¹⁷³⁶ –, o jurista adianta que, se o lesado suporta os danos que resultam do infortúnio, do acaso, por maioria de razão, deveria suportar aqueles que se relacionam com o seu agir^{1737 1738}.

No fundo, BRANDÃO PROENÇA olha para o artigo 570º CC no sentido de nele encontrar um critério de distribuição do dano, flexibilizando, por meio disso, a solução que o preceito nos disponibiliza¹⁷³⁹. Isto é, recusa o extremismo da responsabilização integral do lesante ou da autoresponsabilidade plena do lesado, a que seríamos, no último caso, conduzidos de acordo com uma visão causalista estrita que nos fizesse olhar para o vector em ponderação segundo a ideia de quebra do nexa a entretecer¹⁷⁴⁰. Nas suas palavras, ele “não exprime o resultado lógico de uma ponderação de condutas, ligadas entre si pela nota de censurabilidade, mas reflecte um critério que conduz a imputar ao lesado a sua contribuição culposa ou não culposa, em ordem à repartição justa e equilibrada do dano”^{1741 1742}.

¹⁷³⁵ Recusando uma ideia de responsabilidade pelo próprio acto, uma vez que a responsabilidade implicaria uma relação, cf. A. DUMERY, *La faute de la victime en droit de la responsabilité civile*, Aix-Marseille III, 2007, nº56.

No quadro do direito francês, veja-se, ainda, a este propósito, JOSSEAND, “La responsabilité envers soi-même”, *Recueil Dalloz*, 1934, chr., p. 73 e ss.; CHRISTOPHE QUÉZEL-AMBRUNAZ, *Essai sur la causalité...* cit., p. 314 e ss.; VINEY, « La faute de la victime d’un accident corporel : le présent et l’avenir », *La Semaine Juridique*, année 1984, 3155

¹⁷³⁶ Cf. BRANDÃO PROENÇA, *A conduta do lesado...* cit., p. 90.

¹⁷³⁷ Cf. BRANDÃO PROENÇA, *A conduta do lesado...* cit., p. 92.

¹⁷³⁸ Cf. FRANCISCO SOTO NIETO, “La llamada compensacion de culpas”, ... cit., p. 410, onde se sustenta que a autocolocação em perigo, sendo em regra irrelevante para o direito, deixa de o ser quando outro seja declarado responsável pelo dano sobrevivendo.

¹⁷³⁹ Desde logo, o autor anuncia que serão tidos em conta como factores de ponderação quer uma ideia de igual tratamento entre lesado e lesante, quer um princípio de confiança, quer um eventual direito a distração pessoal do lesado – cf. BRANDÃO PROENÇA, *A conduta do lesado...* cit., p. 103.

Falando também do princípio do igual tratamento do lesado e do lesante, cf., no quadro do ordenamento jurídico austríaco e com referência à decisão jurisprudencial do OGH [1979] ZVR 282, MONIKA HINTEREGGER, “Contributory negligence under Austrian Law”, *Unification of Tort Law: contributory negligence...* cit., p. 10.

¹⁷⁴⁰ Cf. BRANDÃO PROENÇA, *A conduta do lesado...* cit., p. 103.

Era essa, também, a solução dispensada pelo direito romano ao problema. Assim, D. 50, 17, 203 (*Quod si quis ex culpa sua damnum sentit, non intelligitur damnum sentire*).

¹⁷⁴¹ Cf. BRANDÃO PROENÇA, *A conduta do lesado...* cit., p. 143.

Seria essa a intencionalidade da consideração de aspectos como os actos de cortesia ou amizade da parte do lesante (*Gefälligkeiten*), relações familiares, capacidade financeira das partes, entre outras citadas por JÖRG FEDTKE e ULRICH MAGNUS, “Contributory negligence under German Law”, ... cit., p. 83 e BÖHMER, “Zum Begriff der Umstände i.S. des § 254 BGB”, *Monatsschrift für Deutsches Recht*, 1962, p. 442 e ss.

O ponto, merecendo atenção, parece não contender de forma directa com o que aqui vai defendido. Importa, contudo, alertar para a necessidade de revisitar o tópico, posteriormente.

¹⁷⁴² A este propósito, pense-se na proposta de LANGE, “Herrschaft und Verfall...”, ... cit., p. 134, falando da *Tatadequanz*, nos termos do que, se de um facto resultam danos insolitamente grandes e remotos e se a obrigação de indemnizar tais danos assume uma medida tão elevada que, pelo modo e circunstâncias do

Ou mais precisamente, contendo uma mensagem favorável ao lesante próxima da que inspira o artigo 494º CC¹⁷⁴³, o artigo 570º não fixaria uma norma rígida que apele unicamente à culpa, pese embora também não remeta exclusivamente para o domínio da equidade¹⁷⁴⁴, antes se configurando como um sistema móvel, no qual o elemento culpa deve ser temperado com a consideração da situação económica do lesado e do lesante e bem assim da existência ou não de um seguro de responsabilidade civil¹⁷⁴⁵.

No acompanhamento do pensamento do autor, algumas notas de esclarecimento se impõem, quer em nome do rigor, quer em nome do enfoque dialógico que aqui se privilegia.

Em primeiro lugar, convém sublinhar que a aproximação entre os dois preceitos que BRANDÃO PROENÇA entende ser o melhor sustentáculo de interpretação do artigo 570º não equivale a uma identificação estrita entre eles. Todavia, a semelhança encontrada pelo autor implica que remeta a indagação da conculpabilidade do lesado para o plano da delimitação da indemnização¹⁷⁴⁶. E com isso, na definição do âmbito efectivo de relevância do preceito – questionando se o mesmo incorpora as hipóteses de sobredeterminação causal em que o factor concorrente seja um mero facto natural ou uma predisposição constitucional do lesado¹⁷⁴⁷ –, remete para aquilo que identificámos como sendo o segundo momento causal os problemas referidos¹⁷⁴⁸.

facto lesivo e pela responsabilidade do lesado, se mostra insuportável, é possível diminuir adequadamente aquele ressarcimento.

¹⁷⁴³ Cf. BRANDÃO PROENÇA, *A conduta do lesado...* cit., p. 144.

¹⁷⁴⁴ Tendo em conta a ideia de equidade para explicar o sistema de “concorrência de culpas do lesado”, cf. FRANCISCO SOTO NIETO, “La llamada compensacion de culpas”, ... cit., p. 410.

¹⁷⁴⁵ Cf. BRANDÃO PROENÇA, *A conduta do lesado...* cit., p. 176.

Como se vê, o aproveitamento das virtualidades que um modelo de sistema móvel encerra anda longe daquele que, a ser aceite por nós, nos motivaria.

¹⁷⁴⁶ Percebe-se, por isso, em sintomia com a inserção sistemático-dogmática que aqui é feita, a chamada à colação para o cerne da problemática de questões como as referentes à relevância da causa virtual ou hipotética e bem assim a possibilidade de onerar o lesado com uma indemnização parcial. Cf. BRANDÃO PROENÇA, *A conduta do lesado...* cit., p. 184 e ss.

¹⁷⁴⁷ Sobre o problema da predisposição constitucional do lesado, cf., para além de apontamentos inseridos a outros ensejos, HERMANN LANGE e GOTTFRIED SCHIEMANN, *Handbuch des Schuldrechts...* cit., p. 128 e ss. (*Anfälligkeit oder Kraukheit des Verletzten*). Segundo o testemunho dos autores, quem tem especiais debilidades deve, no seu comportamento, tomar o perigo em especial consideração. Não se vai, porém, ao ponto de exigir que a pessoas se exclua do tráfego, especialmente quando o obrigado à indemnização poderia ter omitido um comportamento reprovável do ponto de vista do ordenamento jurídico. A imputação não é modificada, por exemplo, quando a morte do lesado se deveu a uma insuficiência cardíaca, a hérnia foi potenciada por uma falha na musculatura da parede abdominal. Adiantam, igualmente, os autores que “se a predisposição para o dano tivesse feito com que ele viesse a ocorrer de igual modo, então o problema deverá ser tratado de acordo com as regras orientadoras das decisões relativas à causalidade hipotética”.

Outros problemas se colocam – continuando a acompanhar os ensinamentos dos autores – ao nível da predisposição psíquica/mental (*psychische Konstitutionsmängel*) – cf. p. 129.

Ao fazê-lo, BRANDÃO PROENÇA mais não autoriza do que olhar para o artigo 570º segundo a lógica da equidade, embora ela surja matizada pela ponderação dos factores que se situam na esfera de vida do lesado. Por isso, recusa a relevância dos factos naturais a este nível, tal como de todas as características da pessoa do lesado que sejam juridicamente irrelevantes. E para as apartar daquelas que importem neste plano sustenta dever colocar-se o problema previamente em termos causais, corrigindo-se eventuais soluções pela aplicação do artigo 494º CC¹⁷⁴⁹.

Concita-nos dúvidas o resultado a que assim se chega. Por um lado, parece evidente haver uma analogia estrutural entre os vários problemas. O que, obviamente, não implica, *mutatis mutandi*, uma analogia judicativa, porquanto a intencionalidade deles possa absorver aspectos particulares que justifiquem a mobilização de um argumento *a contrario* ou pelo menos o afastamento da solução. Mas para isso importa que se aduzam argumentos que sustentem a sobrevalorização da eventual dissemelhança. Ora, é esse o ponto que julgamos não ter sido cumprido. Posto que o autor não restringe a aplicabilidade do artigo 570º à censurabilidade do comportamento

As restantes idiossincrasias do lesado devem ser suportadas pelo lesante. Falam LANGE e SCHIEMANN de situações em que ele afeite elevados rendimentos (lidando-se aí com o problema do preenchimento da responsabilidade). Veja-se, também, p. 131, onde se questiona o problema da vulnerabilidade dos bens materiais (se, numa colisão, um automóvel fica danificado e, em seguida, ocorre uma explosão porque existia um pacote carregado com explosivos, o responsável pela colisão não tem de responder por este dano. A mesma solução é dispensada pelos autores aos casos em que de uma particular vulnerabilidade de um bem material nasce uma lesão corporal).

Sublinhe-se, por último, que LANGE e SCHIEMANN relacionam esta temática com a questão do risco geral da vida.

Veja-se, ainda, PANTALEÓN, “Causalidad e imputación objetiva: critérios de imputación”, ... cit., p. 1572 e ss., considerando que a produção de um dano a que a vítima está particularmente sujeita, em face das suas debilidades constitucionais, não pode ser entendido como a realização de um risco geral da vida, tendente a excluir a imputação objectiva, excepto se o evento não distar substancialmente de outros muito frequentes na vida quotidiana; MARTÍN GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, *Imputación objetiva...* cit., p. 179 e ss., considerando que o relevo dado à predisposição constitucional do lesado pode mostrar-se um caminho perigoso, na medida em que as crianças e as pessoas mais velhas poderiam ver diminuído o seu direito à indemnização, ao mesmo tempo que tal nos levaria a ter de comparar “os obesos com os magros, os que padecem de lesões cardíacas com os sãos”. Note-se que a maioria da doutrina espanhola trata do problema não ao nível da imputação do resultado ao agente – e portanto ao nível da fundamentação da responsabilidade – mas no quadro da fixação da indemnização. Mais acrescenta MONTIJANO, em oposição ao que inscrevemos em texto, que este não é um problema comparável ao da chamada culpa da vítima, uma vez que tal culpa pressupõe que o seu comportamento não é adequado segundo um modelo ideal, nem envolve uma questão de causalidade. Admite, porém, que “casos há em que devemos ter em conta o estado físico/psíquico da vítima. A razão não é imputar a culpa à vítima, mas sim não tornar o lesante responsável senão onde chegue a ilicitude da sua conduta” (cf. p. 180). Nessa medida, sustenta o jurista que o critério da previsibilidade será determinante.

¹⁷⁴⁸ Note-se, aliás, que o autor recusa expressamente a possibilidade de tratamento analógico das situações de relevância condicional de um facto natural e as situações de causalidade mediata – cf. BRANDÃO PROENÇA, *A conduta do lesado...* cit., p. 188.

¹⁷⁴⁹ Cf. BRANDÃO PROENÇA, *A conduta do lesado...* cit., p. 192 e ss.

do lesado¹⁷⁵⁰. No fundo, a necessidade de recuar ao momento causal de predicção da imputação resulta, no percurso do autor, da dificuldade de distinção entre as circunstâncias constitucionais do lesado que possam ou não relevar a este propósito para, também aí, concluir, ao lançar mão da ideia de adequação, pela aspereza da tarefa do jurista no sentido de obter o ressarcimento do lesado pelo lesante. Ou mesmo impossibilidade¹⁷⁵¹.

Tornemos mais explícito o nosso raciocínio. BRANDÃO PROENÇA recusa a este propósito a distinção entre a causalidade fundamentadora da responsabilidade e a causalidade preenchedora da indemnização¹⁷⁵². Reservando para o artigo 570º um papel

¹⁷⁵⁰ Em oposição à primazia ético-subjectiva da culpa, BRANDÃO PROENÇA sustenta uma ideia de autoresponsabilidade a fazer apelo a uma acção livre e consciente do lesado. Cf. BRANDÃO PROENÇA, *A conduta do lesado...* cit., p. 555.

¹⁷⁵¹ Mais se diga que “se a predisposição for uma circunstância conhecida do lesante ou reconhecível por um observador experiente, a adequação existe e não se justifica uma posterior redução indemnizatória, desde que a imputação subjectiva revista certo grau de gavidade” – cf. BRANDÃO PROENÇA, *A conduta do lesado...* cit., p. 192-193

¹⁷⁵² Cf. BRANDÃO PROENÇA, *A conduta do lesado...* cit., p. 428. Entende o autor que o artigo 570º CC já pressupõe verificada a responsabilidade do lesante e a autoresponsabilidade do lesante.

Quanto ao ponto, veja-se, embora numa perspectiva diversa, GINO GORLA, “Sulla cosiddetta causalità giuridica: «fatto dannoso e conseguenze»”, ... cit., p. 407. Aborda o autor o problema da *suposta* interrupção do nexu causal pelo comportamento do próprio lesado ou de um terceiro. E afirma que “il carattere straordinario o anche strano dei mezzi adoperati e quindi il carattere straordinario delle conseguenze non escludono la responsabilità per dolo. Com'è noto, l'arte raffinata del delinquente nello scegliere vie e mezzi strani per cagionare un dato evento dannoso, no lo libera dalla responsabilità, quando sia accertato che l'há voluto com quei mezzi e com quei mezzi l'há cagionato”.

GINO GORLA pretende, com isto, demonstrar a impraticabilidade de ancoragem do conceito de causalidade jurídica na lição da causalidade directa e imediata. A crítica aqui assumida, verdadeiramente, não atinge hodiernamente o núcleo prático-normativo de mobilização da doutrina paralela da causalidade adequada. E não o faz na medida em que os autores que a ela aderem, conscientes da necessidade de buscar a justiça do caso concreto, a corrigem, defendendo que o ponto de referência da determinação da normalidade e probabilidade da consequência face ao comportamento do lesado há-de ser, não o do observador óptimo desarraigado do dado concreto, mas o do observador óptimo portador cognitivamente dos conhecimentos efectivamente detidos pelo lesante.

Contudo, alerta-nos o dado posto a nú por GORLA para outras fragilidades não supridas pelos defensores da causalidade adequada. De um lado, mostra inequivocamente o peso da subjectivação no seio de um critério que se pretendia, acima de tudo, objectivo. De outro, torna aporética a solução de determinados casos. Pensemos no seguinte exemplo. A actua dolosamente, procurando a morte de B. Para tanto, põe em marcha um dado processo tendente à obtenção daquele resultado, verificando-se a interrupção do mesmo por uma actuação da vítima, de todo inesperada, que vem a determinar a sua morte. Pela lição da adequação, excluir-se-ia a responsabilidade. No entanto, fica por saber, em concreto, se a esfera de risco lançada pelo autor pode ou não ser percebida no sentido de abarcar a dita contribuição do lesado. Exemplificando: A dispara vários tiros sobre B, que foge. Em pânico, resolve atirar-se de uma janela aberta, vindo a falecer como consequência da morte. O seu comportamento não era previsível, e interrompe o nexu de causalidade. Mas será que a esfera de risco criada pelo lesante não é de molde a suportar a conduta livre do agente?

E, assim sendo, não será aqui necessário cotejar – e depurando-nos agora de todo o sentido causal – à luz do artigo 570º CC a responsabilidade de A com a autoresponsabilidade de B? E com isso não estaremos nós a resolver um problema imputacional, muito mais do que a fazer apelo à equidade para delimitar a obrigação ressarcitória?

Exactamente porque, como pensamos ter ficado argumentado em texto, não cremos ter ainda aí um pólo de predicção da ilicitude tal como ela é por nós pensada. Se a morte a que nos referirmos for imputável objectivamente à vítima e não a A, destrói-se o ponto de ancoragem das lucubrações subsequentes.

residual de correcção das soluções a que se cheguem em sede ressarcitória¹⁷⁵³, compreende-se o posicionamento do autor em muitas matérias. Assim, seria a adequação a impedir a indemnização no caso de perigo inevitável ou fortuito, restringindo-se o preceito em análise para as hipóteses de acção livre e consciente do lesado.

Não se percebe, contudo, como se pode sustentar, nessas mesmas situações em que uma acção livre do lesado – ainda que não consciente – contribui realmente para a produção do dano, que se dá por resolvido, no momento relevante para a hipótese normativa, o problema causal^{1754 1755}. Tal entendimento só se afigura viável se

Ou seja, recusado o automatismo valorativo da lição da adequação e do funcionamento interruptivo do nexa a que por ela somos conduzidos, é a assunção concreta do comportamento do lesado que nos vai responder às inquietações formuladas.

¹⁷⁵³ Cf., do autor, *A conduta do lesado...* cit., p. 180 e ss.

¹⁷⁵⁴ Advirta-se, contudo, que isto não implica que o autor não valora a diferença entre as condutas relevantes e as que funcionam como meras condições. Ademais, exige a causalidade efectiva do facto do lesante e do lesado (cf. p. 427). Diz-nos o autor que “o enunciado do artigo 570º/1 CC não deixa dúvidas quanto à necessidade de uma indagação prévia relativa à concorrência, para o dano, do facto culposo do lesado. Se o nexa de causalidade entre o facto responsabilizante e o efeito danoso (...) é um dos pressupostos da responsabilidade civil, a partir do momento em que o legislador valora um dano, resultante de determinados comportamentos do lesante e do lesado, esse pressuposto perde a sua linearidade tornando-se mais complexo e passando a integrar a chamada concausalidade ou concorrência causal. (...) O entrelaçamento das duas condutas (...) verifica-se não apenas na produção do dano (...) mas também quando o facto do lesado agrava um efeito danoso causado exclusivamente pelo lesante ou derivado de uma actuação bilateral (...). A causa gerada no lesante pode situar-se antes ou depois da condição colocada pelo lesante”.

A argumentação do autor faz todo o sentido no quadro de pressuposição da intencionalidade do artigo 570º que o aproxima do mecanismo previsto na norma do artigo 494º CC. Contudo, concitam-se dúvidas que, se bem compreendidas, não nos podem senão encaminhar para a ponderação do problema em termos imputacionais, subvertendo, no fundo, aquela que é a lição do mestre. Na verdade, importa não esquecer que BRANDÃO PROENÇA recusa uma interpretação que aponte para a culpabilidade do lesado, ainda que clame, para que o preceito seja mobilizável, por uma nota de desvalor; do mesmo modo, há que recordar que, sendo a causalidade concorrente efectiva (e portanto, afastando-se qualquer resquício de uma pressuposição causal em termos de causalidade eficiente que leve a considerar que a causalidade do lesado afasta a do lesante), seria a equidade a ditar a exclusão da obrigação de indemnização em certos casos. Ora, a ponderação conjunta da gravidade das respectivas culpas e das consequências que delas resultaram implica que, em todas as situações em que está em debate a causação do dano ou o agravamento dele, não se possa dar por resolvido o problema da imputação objectiva. Na verdade, ou o autor considera que a maior gravidade da culpa do lesado absorve a responsabilidade do lesante (e sabemos não ser esse o seu ponto de vista); ou não há maneira de dar por estabelecida a causalidade concorrente efectiva, pois que, ainda que ela exista no plano puramente causal, sabemos não ser esse naturalismo consentâneo com a intencionalidade predicativa da juridicidade. Donde, o que afinal está em causa não é mais do que uma imputação do resultado aos sujeitos da relação, imputação essa que faz apelo a uma ideia de esferas de risco e responsabilidade.

É claro que BRANDÃO PROENÇA olha para o problema da óptica da repartição do dano do cálculo (resultante da contribuição causal do lesado e do lesante). E adianta que, porque é necessário tratar do problema da afirmação jurídica desse processo causal, indagando, *inter alia*, se aqui se podem usar os mesmos critérios que enquadram a conexão causal entre o facto lesivo e o dano, é insuficiente o critério da *conditio sine qua non*, porque a consequência lógica da identidade das condições não pode ser outra que não a da repartição igualitária desse dano, apesar de em concreto as condições poderem não ser iguais, do mesmo modo que não procedem as doutrinas selectivas (cf. p. 438). Parece, pois, apontar para uma repartição do dano segundo um critério não causal. Ou seja, o autor, embora dê por resolvido o problema causal, acaba por ter de o reponderar. E, ao fazê-lo, clama por um critério que mostra a

obnubilarmos as hipóteses de agravamento de um primeiro dano – que não verdadeiramente de um dano consequencial¹⁷⁵⁶ – ou se olharmos para o nexos entretecer de um prisma atomista que olvida a realidade circundante.

Ainda que o último aspecto careça de ulteriores considerações – a que aportaremos no decurso da nossa dissertação –, o primeiro dado é inegável, tendo em conta o que anteriormente sustentámos acerca da conformação do referido nexos como uma conexão de ilicitude, a apelar, por isso, à polarização em cada concreta lesão de um bem jurídico ou direito absolutamente protegido. E sendo-o permite afastar as dúvidas que sobre o segundo preciosismo eventualmente pudessem recair. Ou seja, parece falhar em certa medida o posicionamento de BRANDÃO PROENÇA na concepção de causalidade em que se estriba. E, assim sendo, vicia o percurso subsequente.

imprestabilidade das soluções tradicionalmente pensadas a esse ensejo. Ora, se assim é, não implicará isto o reconhecimento de que, afinal, o problema não está solucionado *a priori*, antes reclamando uma resposta simultânea à mobilização do preceito?

Afirma, ademais, o autor que “a não deslocação do dano para o lesante, dada a exclusão liminar da sua responsabilidade, é justificada tradicionalmente com a chamada interrupção do nexos de causalidade ou com a excepcionalidade – aferida pelos parâmetros inequívocos da inevitabilidade e da imprevisibilidade – da conduta, embora, quanto a nós, e como veremos, possa também ter (ou tenha mais) a ver com determinados critérios valorativos atinentes à particular intensidade da conduta autodanosa do lesado, à esfera do risco responsabilizante, à desnecessidade de uma maior tutela dos lesados, à hipersensibilidade”. Isto mostra que BRANDÃO PROENÇA, no fundo, acaba por ser sensível a argumentos que se afastam da estrita causalidade. A nossa divergência relativamente ao autor passa, pois, por dois pontos essenciais: a) não tratamento do dito problema causal em termos tradicionais; b) percepção de que o artigo 570º não se projecta apenas a jusante, no momento da determinação do montante ressarcitório, mas também a montante, no momento da fixação de critérios de imputação objectiva. Cf., aliás, p. 449 da obra citada, bem como p. 454 e 455.

Em suma, se BRANDÃO PROENÇA se orienta pelos danos subsequentes, considerando firmada a responsabilidade do lesante e do lesado, como explicar a exclusão do direito à indemnização? Não quererá isto dizer que a conduta do lesado tem repercussão na valoração da conduta do lesante, segundo um critério que apele ao fundamento responsabilizatório? Ou mais directamente, a conclusão acerca da concorrência ou da imputação unilateral do dano ao lesado ou ao lesante pressupõe a resposta a uma questão imputacional, pelo que, ainda que a “estatuição” do preceito possa remeter para o dano subsequente, a sua hipótese implica a ponderação causal. Ora, soa estranho que essa ponderação seja feita segundo os critérios tradicionais e que, posteriormente, se cotejem esferas de risco.

Cf., a este propósito, MENEZES CORDEIRO, *Direito das Obrigações...* cit., II, p. 409, explicitando sumariamente o regime dos artigos 570º e 572º CC e adiantando, a partir daí, que a) a culpa deve ser muito amplamente entendida (sendo que a indemnização é reduzida ou anulada sempre que os danos sejam provocados pelo lesado ainda que não voluntariamente ou licitamente); b) não está em causa uma limitação da indemnização, mas uma delimitação dos danos que ao agente devem ser imputados.

¹⁷⁵⁵ V., quanto ao ponto, GERT BÜGGERMEIER, *Haftungsrechts...* cit., p. 590 e ss., considerando que, quando a extensão do dano é influenciada pelo comportamento da vítima, entram em cena as duas face do juízo imputacional: *Haftungsgrund und Haftungsausfüllung* – o lesado pode, pela sua negligência (*Mitverschulden*), ou através de um perigo que controla (*Mitgefährdung*), participar na lesão ou, após a verificação desta, ampliar os danos que são imputáveis. Mais considera o autor que similar é a chamada conduta em seu próprio risco – *Handeln auf eigene Gefahr*. E adianta, ainda (cf. p. 590), que podem ser cogitadas três constelações de casos: 1) a violação do cuidado pelo lesado só é causal para o surgimento dos acidentes/lesões, não tendo qualquer impacto sobre o prejuízo; 2) o comportamento tem um impacto quer na causa da lesão, quer na extensão dos danos; 3) a violação do cuidado devido pelo lesado não influenciou o aparecimento do acidente, mas tão-só a medida dos danos.

¹⁷⁵⁶ Parece ser esse, aliás, o enfoque com que STOLL trata determinados casos a este propósito. Cf. HANS STOLL, *Haftungsfolgen im bürgerlichen Recht...* cit., p. 401.

Ora, se concludentemente aceitarmos não estar em causa a culpa no sentido estrito dela¹⁷⁵⁷; se aceitarmos a inviabilidade da assunção da adequação como o critério causal por excelência e compreendermos que em causa não pode deixar de estar um juízo de imputação de um dano ao lesante, então parece que encontrámos razões suficientemente fortes para tratarmos paralelamente as diversas situações de sobredeterminação causal a que somos condenados pela complexidade do fluir dos acontecimentos na realidade natural e social^{1758 1759}.

¹⁷⁵⁷ Cf. FRANCISCO SOTO NIETO, “La llamada compensacion de culpas”, ... cit., p. 411 (considera o autor que só “mal o inexactamente puede hacerse uso del concepto de culpa”); DEUTSCH, *Allgemeines Haftungsrecht*... cit., p. 320 e ss. (embora sublinhe que o regime do § 254 BGB envolve um juízo de censura ao lesado). Veja-se, ainda, BETTI, “Sui limiti giuridici della responsabilità aquiliana”, *Nuova Rivista di Diritto Commerciale, Diritto dell’Economia, Diritto Sociale*, vol. IV, 1951, p. 143; MENEZES CORDEIRO, *Direito das Obrigações*... cit., II, p. 409

Cf. GERT BÜGGERMEIER, *Haftungsrechts*... cit., p. 590, considerando que, no quadro da culpa contributiva, a apreciação da negligência da vítima é feita segundo os princípios gerais – um padrão objectivo que se baseie no papel, situação, idade, sexo, círculo de tráfego, mas que não tem em conta as especiais características individuais do agente. [Refira-se, igualmente, que, no tocante à apreciação da contribuição causal – *Mitursächlichkeit* –, se segue a fórmula da *conditio sine qua non*, segundo a posição ali expandida].

A este ensejo, v. GENEVIÈVE VINEY, “Responsabilité civile”, ... cit., p. 489, em comentário à decisão da 2^{ème} *Chambre civile de la Cour de Cassation* de 28 Fevereiro de 1996, que terá extraído as consequências do aresto *Derguini et Lamaire* de 9 de Março de 1984: uma criança de oito anos foi confiada por uma noite aos pais de uma colega, tendo ficado queimada quando bateu no amigo que carregava água a ferver num pote. A mãe da criança demanda a reparação da pessoa a quem o menor tinha sido confiada. A *Cour d’Appel* recusa a repartição de responsabilidade por a criança, em virtude da sua idade, não ser capaz de um comportamento *fautif*, sendo normal, dentro do contexto, que se pudesse produzir a lesão. A *Cour de Cassation*, em contraposição, afirma peremptoriamente que tal comportamento constitui uma *faute* que concorre com a realização do dano. Como teremos oportunidade de constatar, pelo desenvolvimento da nossa dissertação, não cremos que o cerne do problema se possa reconduzir à culpa, não podendo, também, analisar-se a questão à luz da causalidade. Ao invés, será a partir de uma ideia de imputação alicerçada na edificação de uma esfera de risco que a solução há-de ser pensada.

¹⁷⁵⁸ A este propósito, cf. BRANDÃO PROENÇA, *A conduta do lesado*... cit., p. 180-181. Considera o autor, como já salientámos, que o artigo 570º, nº1, do CC se aproxima do artigo 494º do mesmo diploma, e questiona qual destes “normativos atrai para o seu círculo de aplicação certas situações de concorrência em que o dano (agravado ou não) não deriva do concurso de condutas (culposas ou não) do lesante e do lesado”, mas em que o dano “é o resultado da concorrência efectiva da conduta culposa do lesante com uma circunstância exterior, imprevisível ou inevitável”. Mais concretamente, indaga se “poderá esta circunstância ser um dos factores a valorar pelo tribunal no quadro dos amplos poderes que lhe são conferidos pelo artigo 494º ou será viável defender-se uma aplicação analógica do artigo 570º/1 CC ou do seu critério de repartição?” e adianta que “a jurisprudência francesa, ou parte dela, passou a relevar o evento imprevisível como causa de exoneração parcial, admitindo um critério traduzido na *causalité partagée*”.

O problema concreto que aqui se aflora dista do que inscrevemos em texto. Na verdade, se aqui se perscruta a possibilidade de se conceder uma indemnização parcial tendo em conta uma ideia de “causalidade” também parcial, ali o que se aflora é a possibilidade de se abraçarem os mesmos critérios imputacionais em que parece assentar a repartição de responsabilidades de acordo com o artigo 570º CC para alicerçar o julgamento dito causal. Ainda que as duas questões se connexionem intimamente, ao ponto de poderem ser vistas como o verso e o reverso da mesma moeda, o certo é que não há uma relação de necessidade entre as duas. O ponto só poderá, contudo, ser explicitado *infra*, pelo que a ele retomaremos em momento oportuno.

¹⁷⁵⁹ Cf. JOACHIM GERNHUBER, “Die Haftung für Hilfspersonen ...”, ... cit., p. 77 e ss. O autor invoca o princípio da *Sachzuständigkeit*, segundo o qual cada um suporta os prejuízos fortuitos que ocorrem na sua esfera de domínio, e considera que, por isso, faz sentido onerar o lesado, pelo menos parcialmente, com os danos que resultem da conjugação da sua acção com a acção do lesante.

Saliente-se que a importância do dissenso sublinhado não se situa tanto na clivagem no tocante às soluções concretas para cada um dos nichos problemáticos em causa, mas outrossim na possibilidade de encontrarmos um ponto de apoio seguro para, positivamente, alicerçarmos o nosso entendimento acerca da causalidade no sentido imputacional¹⁷⁶⁰.

Entre nós, veja-se PESSOA JORGE, *Ensaio...* cit., p. 360 e ss., sustentando a aplicação do artigo 570º aos casos de concurso de culpa com um facto fortuito ou de força maior e justificando-o com a aplicação do princípio *casum sentit dominus*.

Cf., igualmente, ROTH, “Das selbst gesetzte Risiko als Argument im Schadensrecht – BGHZ 115, 84”, *Juristisch Schulung*, 1993, p. 716 e ss. (o autor considera que o risco geral da vida não pode restringir a responsabilidade excepto se aplicarmos analogicamente o § 254 BGB).

¹⁷⁶⁰ Importa, porém, salientar que serão diversas algumas soluções pontuais. Imagine-se que o lesado é um inimputável. Assumindo uma perspectiva culpabilística, nunca o seu comportamento seria de molde a excluir ou atenuar a responsabilidade do lesante; encabeçando uma perspectiva causalista, a solução seria diametralmente oposta. Do ponto de vista imputacional, pode a inimputabilidade do lesado – ou bem assim a mera diminuição das suas faculdades – não ser de molde a excluir ou atenuar a responsabilidade do lesante desde que a sua esfera de risco cubra o cuidado devido em atenção à idiosincrasia do caso, podendo, num esquema variável, verificar-se o oposto, desde que, por exemplo, aquele sobre quem impendam determinados deveres de vigilância sobre o lesado os tenham preterido em concreto.

Sobre o ponto, veja-se FRANCISCO SOTO NIETO, “La llamada compensacion de culpas”, ... cit., p. 413 (entende o autor que, ainda que não possa falar-se de culpa no tocante ao menor ou ao portador de uma deficiência mental, “partimos de una actividad culposa del causante, a la que sólo puede oponerse el contrapeso de outra actividad causal, pero no simplemente en un orden apreciativo material, sino en el más elevado y espiritualista de una causalidad responsable: habrá que examinar si, pese a las limitaciones psíquicas del incapaz, puede acusarse en él una mera capacidad de entender y prever la producción de unos efectos dañosos en general”). No fundo, o autor entende que os mesmos factores que podem conduzir à responsabilidade dos inimputáveis devem ser tidos em conta para este efeito, considerando, ademais, que se de culpa se puder falar ela redunda numa *culpa in vigilando* por parte do seu responsável. Sobre o possível concurso de responsabilidade dos pais dos menores pelos danos por eles sofridos e para os quais também contribuíram, cf. JÖRG FEDTKE e ULRICH MAGNUS, “Contributory negligence under German Law”, *Unification of Tort Law: contributory negligence...* cit., p. 87, dando conta da posição maioritária na jurisprudência alemã. Considera-se que, no caso dos menores, não se deve aplicar o § 278 BGB, nos termos do qual “o devedor é responsável pela culpa do seu representante legal e das pessoas que empregue no cumprimento da sua obrigação, como se fosse a sua própria culpa”. De facto, a negligência dos pais no tocante à vigilância dos seus filhos apenas deve ser tida em conta no âmbito de relações contratuais entre a vítima e o lesante. Como justificação, aduz-se que as crianças não podem ser responsabilizadas pelos seus pais, pelo que o mesmo raciocínio deve ser expandido quando o menor seja a vítima); KOZIOL, *Österreichisches...* cit., p. 407 e ss.

Cf., ainda, CORSARO, “Concorso di colpa e danneggiato incapace”, *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1965, p. 474 e ss.; BÖHMER, “Kann § 829 BGB auch im Fall des § 254 BGB analog angewendet werden?”, *Monatschrift für Deutsches Recht*, nº10, 1962, p. 778 (também citado por FRANCISCO SOTO NIETO, “La llamada compensacion de culpas”,... cit., p. 414, nota 20, analisando criticamente a possibilidade de se aplicar o § 829 BGB para se obter a redução da indemnização quando haja contribuição de um inimputável para o dano); ADRIANO DE CUPIS, “Sulla riduzione del risarcimento per concorso del fatto del danneggiato incapace”, *Il Foro Italiano*, vol. LXXXI, anno 1958, p. 933-938 (a propósito de uma sentença da *Corte di Cassazione*, onde se determina a redução do ressarcimento pelo concurso causal do comportamento do menor, invocando-se em favor da solução, ainda, o concurso da *culpa in vigilando* por parte da mãe da criança. No fundo, desvelar-se-iam duas culpas, uma decorrente da violação de um dever genérico de cuidado; outra decorrente da violação de um dever específico da mãe para com o filho. Mostra-se DE CUPIS crítico da solução, porquanto o direito italiano preveja a não partição da responsabilidade defronte da vítima, sendo aquele concurso apenas relevante em sede de direito de regresso, no âmbito das relações internas – cf. p. 934. Trata-se, contudo, segundo o tribunal italiano, de um argumento suplementar, já que o que estaria verdadeiramente em causa seria o confronto entre a culpa do lesante e o facto do lesado, embora não culposo. Nem por isso a sentença é alvo de um juízo mais benevolente por parte do autor italiano. Na verdade, jogando com a ideia de auto-

responsabilidade que, segundo ele, contamina a previsão do artigo 1227º CC italiano, DE CUPIS pergunta se tal se pode aplicar ao menor incapaz e adianta que, se um dos argumentos reside nos casos em que o inimputável é chamado a responder em certas circunstâncias, então dever-se-á ter em conta, num apelo claro à equidade que deve presidir à redução do ressarcimento, a situação económica das partes, estabelecendo-se a analogia – cf. p. 938. Cf., ainda, do autor “In tema di concorso del fatto colposo dell’danneggiato”, *Foro italiano*, I, p. 966 e ss.); MARIA LETIZIA RUFFINI, “L’equiparazione «fatto dell’incapace-fortuito» come preteso fondamento dell’irrelevanza del comportamento concorrente dell’incapace danneggiato”, *Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto General delle Obligazioni*, anno LXIV, 1966, p. 131-140; GENEVIÈVE VINEY/PATRICE JOURDAIN, *Traité. Les conditions de la responsabilité...* cit., p.343 (explicitando que, durante muito tempo, a jurisprudência considerou que uma criança privada de discernimento não podia ver recusada a reparação integral do seu prejuízo por ter cometido uma *faute* que contribui para a emergência do dano pelo qual um terceiro é considerado responsável, já que nenhuma *faute* pode ser imputada a uma pessoa privada de razão para apreciar a natureza dos seus actos. A *Assemblée plénière du 9 mai 1984 de la Cour de Cassation* tinha, no entanto, considerado que os juízes não tinham de verificar se o menor é capaz de discernir as consequências dos seus actos, deixando de se exigir a imputabilidade moral da *faute*. Contudo, de acordo com o ensinamento das autoras, o ante-projecto Catala de reforma do direito das obrigações, temendo que a solução arraste consigo uma excessiva responsabilização das vítimas, previu que a exoneração não é aplicável às pessoas privadas de discernimento); GENEVIÈVE VINEY, “Responsabilité civile”, *La semaine juridique*, 1996, nº50, 3985, p. 489, analisando criticamente o caso decidido em 28 de Fevereiro de 1996 pela *deuxième Chambre civile de la Cour de Cassation*: uma criança de 8 anos foi confiada por uma noite aos pais de um amigo e ficou queimada quando bateu neste, que carregava água a ferver num pote. A mãe da criança demanda a reparação da pessoa a quem o menor foi confiada. A *Cour d’Appel* recusa a repartição de responsabilidade por o menor não ser capaz de um comportamento *fautif*. A *Cour de Cassation*, ao invés, afirma peremptoriamente que tal comportamento configura uma *faute* que concorre com a realização do dano.

Particularmente interessante é a equação da possibilidade de equiparação entre o contributo de uma vítima incapaz (inimputável) e um facto fortuito. Sobre o ponto, veja-se, *inter alia*, MARIA LETIZIA RUFFINI, “L’equiparazione «fatto dell’incapace-fortuito»...”, ... cit., p. 131 e ss.; HENRI MAZEAUD/ LEON MAZEAUD/ ANDRE TUNC, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile*, t. I, ...cit., p. 520 [o problema passa por saber se pode ou não olhar-se para o comportamento do incapaz do ponto de vista da culpabilidade e, além disso, passa por saber qual o exacto entendimento que se deve derramar sobre a noção de facto fortuito. V.g. BLANC-JOUVAN, “La responsabilité de l’infans”, *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 1957, p. 36 e ss., que considera insusceptível de operar tal equiparação por, sendo uma acção humana, não revestir as características próprias do facto fortuito. Do mesmo modo, depõem contra a identidade que se aventa os autores para quem o facto fortuito, sendo puramente objectivo, não interfere com o problema da culpa, mas tão só do nexo de causalidade, donde resulta um entendimento do instituto entre nós consagrado no artigo 570º CC ancorado na censurabilidade do agente. Outros serão aqueles que, admitindo a colocação do problema, acabam por lhe oferecer uma solução negativa, porquanto o comportamento do inimputável não se afigura como verdadeiramente imprevisível. Dando conta disso, cf. MARIA LETIZIA RUFFINI, “L’equiparazione «fatto dell’incapace-fortuito»...”, ... cit., p. 132, nota 5: Cass. 17 Fevereiro de 1964. Note-se, ademais, serem alguns dos autores citados por nós também mencionados no estudo da autora].

Aproveitemos o ensejo para focar, topicamente, outro problema interessante: em que medida pode conduzir à redução ou exclusão da responsabilidade do lesante o acto de um auxiliar do lesado? A sua consideração é de molde a mostrar que a perspectiva nunca poderá ater-se quer à culpa, quer à causalidade [cf. LARENZ, *Lehrbuch...* cit., p. 546; LANGE/SCHIEMANN, *Handbuch...* cit., p. 371 e 379 e ss.; MEDICUS, “Zur Verantwortlichkeit des Geschädigten für seine Hilfspersonen“, *Neue Juristische Wochenschrift*, 15. Jahrgang, 1962, p. 2081-2086]

Veja-se, quanto ao ponto, a disciplina dos § 827 e 828 BGB e a divergência doutrinária a que se assiste no ordenamento jurídico germânico, onde os autores se dividem entre a afirmação de que a interposição da conduta do lesado inimputável não conduz a uma repartição de responsabilidades e os que defendem uma solução contrária (cf. ESSER e SCHMIDT, *Schuldrecht...* cit., p. 574-575; LARENZ, *Lehrbuch...* cit., I, p. 540 e ss.).

Paralelamente à questão, v. o debate acerca da possibilidade de se aplicar o § 254 Abs. 1 aos casos de responsabilidade independente de culpa – cf. LARENZ, *Lehrbuch...* cit. I, p. 541-542 (veja-se, ainda, LARENZ/CANARIS, *Lehrbuch...* cit., II/2, p. 701, considerando os limites imanantes à imputação pelo risco ao nível das situações em que, verificada uma hipótese de responsabilidade pelo risco, se questiona qual o

impacto que tem o comportamento culposo do lesado); LANGE/SCHIEMANN, *Handbuch...* cit., p. 401 e ss. A este propósito, cf., ainda, DEUTSCH, *Allgemeines Haftungsrecht...* cit., p. 154 e ss.

No quadro do ordenamento jurídico português, cf. o problema da interpretação do artigo 505º CC, a propósito dos acidentes de viação, na sua articulação com o artigo 570º do mesmo diploma. Em causa está saber se, uma vez verificado o concurso de um comportamento culposo do lesado, se exclui a responsabilidade, nos termos do artigo 505º, ou se se poderá aplicar a disciplina do artigo 570º CC. Mais se questiona se o referido comportamento do lesado tem de ser culposo em sentido estrito ou se a expressão “imputável” presente na norma deve ser interpretada em sentido material. Em consonância, indaga-se se a aplicação do artigo 505º requer ou não a exclusividade causal da conduta do lesado e se esta tinha ou não de ser voluntária (ou se incluía os comportamentos mecânicos, bem como os factos dos inimputáveis e os eventos fortuitos relacionados com a esfera da vítima, como desmaios, etc). Como se perceberá, quem vir no artigo 505º CC a consagração de um critério imputacional, que afasta a responsabilidade do detentor do veículo em face de um comportamento do lesado, por o dano não ser, nessa hipótese, concretização do risco próprio do veículo, advogará a exclusividade daquele comportamento, embora não exija a sua voluntariedade.

Sobre o ponto, v. ANTUNES VARELA, *Direito das Obrigações...* cit., I, p. 675 e ss. (considerando que a verificação de qualquer uma das circunstâncias elencadas no preceito quebra o nexo de causalidade entre os riscos próprios do veículo e o dano, excluindo-se, assim, a responsabilidade objectiva do detentor do veículo, “porque o dano deixa de ser um efeito adequado do risco do veículo”. Entende, porém, o autor que o termo imputável usado na norma não deve ser considerado em sentido técnico-jurídico, devendo, antes, ser interpretado como referência material e objectiva. Entre outros argumentos para sustentar a sua posição, ANTUNES VARELA chama à colação a análise dos trabalhos preparatórios, dos quais a versão final do diploma se terá afastado, e a disciplina consagrada no nº2 do artigo 570º. Do autor, veja-se, ainda, “Anotação ao acórdão do STJ de 21 de Julho de 1967”, *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, ano 101º, p. 215 e ss.; “Anotação ao acórdão do STJ de 5 de Dezembro de 1967”, *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, ano 101º, p. 250 e ss.; “Anotação ao acórdão do STJ de 9 de Fevereiro de 1968”, *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, ano 102º, p. 53 e ss.. O autor admite a aplicação do artigo 570º quando haja o concurso de culpas); VAZ SERRA, “Fundamento da Responsabilidade Civil (em especial, responsabilidade por acidentes de viação terrestre e por intervenções ilícitas)”, *Boletim do Ministério da Justiça*, nº90, 1959, p. 5 a 319 (considerando que podem concorrer o perigo próprio do veículo e o facto do lesado ou de um terceiro, devendo, nesses casos, repartir-se a responsabilidade ou atenuar-se a obrigação de indemnização); DÁRIO ALMEIDA, *Manual dos Acidentes de Viação...* cit., p. 143 e ss.; BRANDÃO PROENÇA, *A conduta do lesado...* cit., p. 266 e ss.; ID., “Responsabilidade pelo risco do detentor do veículo e conduta do lesado: a lógica do tudo ou nada”, *Cadernos de Direito Privado*, nº7, 2004, p. 19 e ss.; RUI DE ALARCÃO, *Direito das Obrigações...* cit., p. 329 e ss.; SINDE MONTEIRO, *Reparação dos danos em acidentes de trânsito (um estudo de direito comparado sobre a substituição da responsabilidade civil por um novo seguro de acidentes de trânsito)*, Coimbra, 1974, p. 153 (considerando que o artigo 570º consagraria um princípio de repartição do dano resultante de duas condutas imputáveis, aplicando-se o artigo 505º aos casos de causalidade exclusiva); ID., *Estudos sobre a responsabilidade civil*, Almedina, Coimbra, 1983, p. 148 e ss.; 198 e ss.; ID., “Dano corporal (um roteiro do direito português)”, *Revista de Direito e Economia*, 15, 1989, p. 367 e ss.

O artigo 505º CC reproduz a doutrina que tinha sido consagrada no Assento de 4-IV-1933. Na jurisprudência, cf., ainda, Acórdão STJ de 10 de Maio de 1979, *in* BMJ, nº287, p. 214 e ss.; STJ de 18 de Maio de 1989, *in* BMJ, nº387, p. 553; STJ de 11 de Dezembro de 1970; *in* BMJ, nº202, p. 192; Ac. STJ de 4 de Outubro de 2007, www.dgsi.pt.

Como se compreenderá, partindo da ideia que o artigo 570º CC não pode ser interpretado no sentido culpabilístico, não faz sentido considerar que, na articulação entre ele e o artigo 505º, se exige, para a aplicação daquele a verificação de um concurso de condutas culposas da vítima e do detentor do veículo. Melhor andaremos, portanto, se considerarmos que o artigo 505º consagra uma hipótese de imputação exclusiva ao comportamento do lesado; e que o artigo 570º pode ser aplicado quando, ainda que não se verifique culpa por parte do lesante, haja um concurso “causal” das duas esferas de responsabilidade, podendo uma absorver a concorrente. Como se compreende, então, a necessidade de previsão da disciplina codicística do citado artigo 505º se já pelo artigo 570º era possível chegar à exclusão da responsabilidade do lesante? Estando em debate uma hipótese responsabilizatória que se orienta, também, por um ideal de protecção da vítima, o artigo 505º teria como efeito útil a restrição da exclusão da responsabilidade aos casos em que o dano se fique a dever exclusivamente ao facto do lesado, não bastando, para que aquele efeito se verifique, que o risco do comportamento deste, em confronto com o perigo próprio do veículo, tenha um efeito consumptivo. Essencial seria que, pese embora a interferência material do veículo na geração do dano, este não se ficasse a dever aos riscos próprios que ele envolve,

Mais enfaticamente, parece que o ordenamento jurídico positivo – no seu estrato normativo – acolhe a solução idealizada no tocante ao tratamento da questão imputacional a partir do prisma do risco.

Recorde-se, para tanto, que, se tínhamos chegado a essa conclusão quer no plano ético-axiológico dos princípios, quer no plano doutrinal, fecha-se agora o triângulo alicerçador dos fundamentos e critérios orientadores da solução de uma questão em concreto, parecendo estar em sintonia três dos quatros estratos componentes do sistema jurídico¹⁷⁶¹. Uma sintonia possibilitadora da assunção do propósito que nos tem orientado: a edificação de critérios de imputação objectiva que, não obnubilando a dimensão pessoalista, entronquem no conceito de risco. Uma solução possibilitada por um entendimento preciso acerca do artigo 570º CC.

Com isto remontamos ao pensamento daqueles autores que, criticados por BRANDÃO PROENÇA, oferecem um enfoque causalista ao preceito¹⁷⁶². Para logo deles nos afastarmos sempre que essa visão coincida com um retorno ao tradicional tratamento do pressuposto ressarcitório de que se cuida¹⁷⁶³.

excluindo-se, assim, *a priori*, a própria imputação objectiva que o artigo 503º reclama. Assim, se o veículo de A explode e B, estando num local vedado a estranhos, é por ele atingido, vindo a falecer, aplica-se o artigo 570º, podendo excluir-se a responsabilidade do detentor da direcção efectiva do automóvel, porque em causa estão também os riscos próprios do veículo. Mas, se C se atira propositadamente contra o automóvel de D, estacionado em frente a sua casa, cortando-se nos vidros que se partem, a aplicação do artigo 505º determina a exclusão da responsabilidade do detentor do veículo, uma vez que nem sequer está em causa a realização de um dos riscos próprios dele. No fundo, o que o artigo 505º faz é concretizar a esfera de risco delimitada pelo artigo 503º CC.

¹⁷⁶¹ Se considerarmos um quinto estrato do sistema – a realidade jurídica, a potenciar a abertura daquele – , veremos como são afinal quatro os estratos que apelam a uma ideia de risco para solucionar o problema da definição do requisito causal.

¹⁷⁶² Cf. BRANDÃO PROENÇA, *A conduta do lesado...* cit., p. 71.

A este propósito, veja-se, igualmente, VAZ SERRA, “Conculpabilidade do prejudicado”, ... cit., p. 169; PINTO MONTEIRO, *Claúsulas...* cit., p. 91 e ss.

Defendendo uma visão causalista do preceito, cf. MENEZES CORDEIRO, *Direito das Obrigações...* cit., II, p. 409; PESSOA JORGE, *Ensaio...* cit., p. 360; DE CUPIS, *Il danno...* cit., p. 248-249

Atente-se, ainda, em todos os apontamentos que acerca da questão foram expendidos anteriormente.

¹⁷⁶³ Na verdade, a posição causalista mostra-se impropriedade. Não só a adesão incondicional a uma ideia causal estrita contrariaria a intencionalidade do que temos vindo a defender, como, ao implicar a chamada à colação de uma das doutrinas predispostas para resolver o problema da conexão a que se alude, se mostraria prático-normativamente insustentável. Do ponto de vista da *conditio sine qua non*, ao postular-se a equivalência das condições, não faria sentido falar-se de uma repartição da responsabilidade. Do mesmo modo, do prisma da adequação, o comportamento do lesado ou interromperia o nexos causal ou mantê-lo-ia, não sendo possível estabelecê-la igualmente. No fundo, o que a posição causal estrita parece ignorar é a indivisibilidade do processo conducente ao dano. Nesse sentido, cf. BRANDÃO PROENÇA, *A conduta do lesado...* cit., p. 403. Contudo, a recusa da imputação não implica, *mutatis mutandi*, que se abdique de uma posição objectivista nesta matéria que, não arvorando a culpa em exclusivo e principal índice decisório-judicativo, assumo o sentido imputacional como critério de assimalação do caso pela norma.

Sobre o ponto, cf., igualmente, LARENZ, *Lehrbuch...* cit. I, p. 549. Considera o autor, referindo-se ao problema do concurso de culpas, que, ao determinar a exclusão ou diminuição da indemnização, o regime não pode senão relevar em termos de compreensão da causalidade. Do ponto de vista naturalístico, a

Cremos, na verdade, que sob o qualificativo objectivo se acolhem realidades muito diversas. Diversas na racionalidade que mobilizam; diversas ainda nas soluções prático-normativas que disponibilizam.

Recusamos abertamente a adesão incondicional a uma visão objectiva que se venha a reputar de causalista estrita, no sentido cristalizado ao longo do tempo, a coincidir com a adequação. Dir-se-ia, sob esse prisma, que o lesado, actuando, interromperia – desde que não previsível a sua reacção – o nexos causal, excluindo-se, por esta via, o dever do lesante indemnizar os danos por si perpetrados¹⁷⁶⁴. Não se interrompendo a referida conexão, então haveria lugar ao concurso.

Nesse caso, haveria que ponderar a gravidade da culpa de cada um dos sujeitos e as consequências que delas resultaram para reduzir ou excluir a indemnização. Assente que ficou não ser possível falar-se de culpa em sentido estrito a este nível, o apelo à adequação não nos satisfaz, exactamente porque ela nos conduz a um juízo absoluto acerca da idoneidade de o comportamento, em abstracto, produzir um dano daquele tipo. Chamar à colação a maior ou menor adequação é resvalar para um juízo de tipo probabilístico-estatístico, assente em dados percentuais, que condena o decidente a determinar o dever-ser com base no ser, sem que, não obstante, se garantisse, do ponto de vista da adequação ao real, que no caso concreto aquela tenha sido a causa efectivamente determinante.

A preponderância da causa não pode senão definir-se segundo o nível de risco de cada conduta^{1765 1766}. Simplesmente, porque o juízo não é simples, mas complexo, tal

causalidade não pode ser graduada. Ora, se a lei gradua diferentes contribuições para o dano, então em jogo só pode estar a adequação do nível de risco de um comportamento ou actividade para o dano que se gerou. Veja-se, ainda, nota 35. Indaga LARENZ “como determinar o peso de cada comportamento para a produção do dano?”, para esclarecer que “em causa está também o grau de culpa”, uma vez que “o equilíbrio valorativo entre os graus de probabilidade de cada comportamento para a emergência do dano é também uma reflexão atinente à culpa. Trata-se não de uma operação simples, mas de uma questão de imputação como no caso da chamada causalidade adequada”. Mais afirma que “a questão de saber quais os critérios de que o julgador há-de lançar mão para graduar de forma neutral a causalidade é insolúvel, a menos que nos situemos fora da perspectiva causal e adoptemos um ponto de vista imputacional. Entre esses factores estão o grau de adequação, a perigosidade desses comportamentos”, pelo que conclui o autor que tais elementos desempenham também um papel na apreciação da culpa.

¹⁷⁶⁴ Veja-se, a este propósito, RANIERO BORDON, *Il nesso di causalità...* cit., p. 151, considerando que, mesmo no quadro tradicional da causalidade adequada – em que a conduta imprevisível e anormal era apta a interromper o nexos de causalidade –, o suicídio não opera tal efeito se resultar de uma enfermidade psíquica que possa considerar-se consequência do facto ilícito originário; L. GAUDINO, “Brevi appunti in tema di suicidio post-traumatico”, ... cit., p. 1076 a 1087

Sobre a questão, cf., ainda, GALGANO, *Tratato di diritto civile*, vol. 3... cit., p. 172 e ss.

¹⁷⁶⁵ Cf., em sentido diverso, considerando que a adequação é um dos requisitos do concurso de culpas do lesado, MONIKA HINTEREGGER, “Contributory negligence under Austrial Law”... cit., p. 13.

Repare-se que não negamos a imprescindibilidade do estabelecimento de uma relação de pertinência entre o agravamento do dano e o comportamento do lesado. Simplesmente, sustentamos que ela se há-de

encontrar no jogo dialéctico entre o sentido do que era devido pelo lesado e a esfera de risco encabeçada pelo lesante.

A recusa da lição da adequação a este nível pode, ainda, justificar-se, mais directamente, por dois motivos: 1) adoptando a formulação negativa, raras serão as situações em que o comportamento do lesado será inócuo para a produção do resultado concreto; 2) aderindo à formulação positiva, teremos de ver se era normal e provável que daquele comportamento pudesse emergir aquele tipo de dano. Se a resposta for positiva, ficamos, contudo, mergulhados nas mesmas dúvidas que iniciaram o processo de realização do direito em concreto, pois que, estabelecendo-se o juízo de adequação em abstracto, ele nada nos comunica acerca da exigibilidade de outro tipo de comportamento por parte do lesado. Pelo contrário, a consideração desta há-de ter em conta a idoneidade da conduta para a produção ou agravamento do resultado. Não é outro, aliás, o raciocínio que se estabelece quando, violando o lesado uma disposição legal de protecção de interesses alheios, temos de indagar se o agravamento do dano se integra ou não na esfera de interesses que aquela visava acautelar.

Importa tecer alguns esclarecimentos adicionais, sob pena de se incompreender o sentido das nossas palavras. Situemo-nos, para esse efeito, no quadro da doutrina tradicional. Entende-se, em geral, que o comportamento do lesante há-de ser causa adequada do dano. Intervindo, na cadeia etiológica, o comportamento do lesado, pergunta-se se ele é ou não de molde a interromper o nexos que se pretende edificar. Duas hipóteses se afiguram viáveis em abstracto: ou o comportamento do lesado é totalmente improvável e interrompe o nexos causal; ou ele é normal e provável e o dano continua a ser imputado ao lesante. Olhemos agora para o problema à luz da perspectiva do lesado: o seu comportamento ou é adequado ou não para a produção do dano, significando isto que é normal e provável ou não que do seu comportamento resulte aquele tipo de dano. Simplesmente, se nós consideramos que o comportamento do lesado não interrompe o nexos causal, não implica isso assumir que ele é adequado à produção do dano? No fundo, apesar da duplicidade de olhares, não importará esta posição a unitária valoração da conduta do lesante, quando é outra a intencionalidade normativa dos preceitos com que agora lidamos? Outras situações haverá em que não está em causa uma putativa “interrupção” do nexos causal pelo comportamento do lesado. Pense-se na hipótese em que foi deixado um objecto valioso em lugar visível dentro de um automóvel estacionado, tendo despertado a cobiça de um terceiro que o furtou. De um puro ponto de vista probabilístico, dir-se-á que é normal e adequado que do descuido do lesado pudesse resultar um furto. Mas será isso bastante para concluirmos da aplicabilidade de um preceito como o § 254 BGB? Cremos que só de acordo com uma ideia de cotejo de esferas de risco é possível dar resposta de forma materialmente justa ao desafio que o caso concreto nos coloca.

Veja-se a este propósito, agora no quadro do ordenamento jurídico alemão, JÖRG FEDTKE e ULRICH MAGNUS, “Contributory negligence under German Law”, *Unification of Tort Law: contributory negligence...* cit., p. 80 e 81, considerando também o requisito da adequação. Curiosamente, o autor aduz que ele não se cumpre no caso em que a conduta correcta da vítima não teria evitado o dano, v.g. no caso em que o lesado negligentemente não lê as instruções inscritas no quadro, mas de todo o modo se vem a provar que tais indicações não teriam qualquer efeito na situação concreta. O advérbio com que introduzimos a ilustração do autor prende-se, tão-só, com a particularidade de o juízo de adequação ser, em regra, formulado em abstracto, vindo-se aqui a exigir a contemplação das idiosincrasias do caso *decidendum*, num juízo que faz rememorar a invocação do comportamento lícito alternativo. No fundo, a intencionalidade do *exemplum* vem mostrar que a preocupação dos autores, quando atestam da imprescindibilidade de uma ideia de adequação a este ensejo, se atém sobretudo à necessidade de conexionar o comportamento do lesado com o dano concretamente sobrevindo, relevando o resultado e não apenas o pretensio desvalor comportamental. Ora, se tivermos em conta a complexidade da interacção real, veremos como o lesado funcionará quase sempre como uma condição do surgimento da lesão, ou pelo menos dos contornos com que ela emerge. Daí sustentar-se a necessidade de qualificação da condicionalidade por referência à causalidade adequada. Sem que ela nos resolva, contudo, o problema. Só a contemplação das esferas de risco/responsabilidade dialogantes em concreto podem comportar uma solução normativamente justa e materialmente adequada para o problema.

Nesse sentido, cf., aliás, outro dos critérios a que os últimos autores citados fazem referência. Trata-se do que na língua inglesa vem conhecido por *own risk* e no idioma germânico fica cunhado por *Halden auf eigene Gefahr* ou *schuldhafte Selbstgefährdung* (autocolocação e heterocolocação consentida em risco). O leque de situações aí (cf. p. 81-82) contempladas apresenta um recorte específico, podendo, não obstante, ser alargado, segundo o próprio testemunho, a todos os casos em que a vítima participa em actividades que, sendo perigosas, estão sujeitas ao regime da responsabilidade objectiva, designando-se os riscos delas decorrentes de *Sachgefahren* (riscos da coisa) ou de *Betriebsgefahren* (riscos da actividade), e determinando a consecução de uma delas a aplicação do regime do concurso de culpas do lesado, ainda que este actue sem culpa [sobre o ponto, vide, igualmente, HANS STOLL, *Handeln auf eigene Gefahr*, cit.;

risco não pode ser encarado fora da polarização subjectiva. Ou seja, a referência à gravidade da culpa não tem outro sentido aqui senão aquele que se traduz na consideração da esfera de risco/responsabilidade que cada um dos sujeitos assume¹⁷⁶⁷

1768

DEUTSCH, “Die Mitspielerverletzung im Sport”, *Versicherungsrecht*, 1974, p. 1054 e ss.; DUNZ, “Reiter wider Pferd oder Versuch einer Ehrenrettung des Handelns auf eigene Gefahr”, *Juristenzeitung*, 1987, p. 63 e ss.; HERMANN LANGE/GOTTFRIED SCHIEMANN, *Handbuch des Schuldrechts...* cit., p. 641 e ss, bem como as demais referências bibliográficas que ulteriormente introduziremos.]

A estrutura valorativa assim comunicada pode, aos nossos olhos, ser alargada a todo o sistema delitual. Na verdade, pese embora haja nichos de perigosidade recortados a montante, envolvendo toda a actuação humana riscos, não parece despiciendo adoptar o raciocínio por referência a qualquer sector de actividade. Aliás, parece ser também essa a solução dispensada por quantos procuram encontrar a pertinência do dano ao comportamento do lesado sob o ponto de vista do âmbito de protecção da norma violada..

¹⁷⁶⁶ Veja-se, ainda, em sentido não coincidente, a lição de HERMANN LANGE/GOTTFRIED SCHIEMANN, *Handbuch des Schuldrechts...* cit., p. 561. Segundo um determinado entendimento, o § 254 BGB só pode ser aplicado quando a acção ou omissão do lesado tenha sido, para a produção do dano ou o cômputo do seu montante, *conditio sine qua non*. Adiantam os autores citados que, no caso de causalidade alternativa, o contributo do lesado deve ser avaliado no âmbito do § 830 I/2. Duvidosa é, porém, a aplicação da doutrina da adequação a este ensejo. Se vimos, em nota anterior que alguns autores o defendem, outros há que afastam a sua mobilização do quadro do concurso de culpas do lesado. Sustentam LANGE e SCHIEMANN que as razões justificativas da adopção da causalidade adequada – segundo a qual os danos improváveis devem ser excluídos da imputação porque quanto a eles não é possível exercer qualquer influência por via do comportamento humano – se verificam, aqui, igualmente. Além disso, continuam os insígnis juristas, a teoria da equivalência das condições não fundamenta com segurança a prescrição do § 254 BGB, que exige uma ponderação segundo a causalidade predominante. Ao mesmo tempo, é questionável que o lesante só responda pelos danos prováveis e que o lesado veja a sua posição agravada relativamente a todos. Mas não são necessárias, para responder à questão acerca de saber se o comportamento do lesado é, do seu ponto de vista, inadequado, as mesmas qualificações de que se lança mão para valorar o comportamento do lesado (cf. p. 562). Acrescentam, ainda, que, do mesmo modo que a doutrina da finalidade da protecção pode alargar a responsabilidade do lesante para lá do círculo da adequação, também ao nível da responsabilidade do próprio lesado deve ser defendida idêntica solução.

Algumas notas se afiguram imprescindíveis neste momento. Em primeiro lugar, resulta claro da lição oferecida pelos autores que, ao ajuizar-se acerca da mobilização do § 254 BGB, há uma questão imputacional – tradicionalmente vista como causal – que deve ser solucionada. Em segundo lugar, cremos ser difícil a defesa da resolução dela por via da condicionalidade *sine qua non*. Não só porque, como referem, a causalidade predominante parece ser consagrada pelo legislador, como nunca a simples existência do lesado pode deixar de ser vista como condição sem a qual o dano não teria emergido. *In fine*, ao convidarem-nos para olhar para o comportamento do lesado de acordo com as regras da adequação, estão, em abono da sintonia valorativa, a considerar que também a conduta do lesante há-de ser captada àquela luz. Simplesmente, como já referimos, se o comportamento do lesante for adequado para a produção do dano, isso significa que o comportamento adoptado pelo lesado não é improvável e que, portanto, não interrompe onexo causal, donde, do prisma do último, haverá de ser normal e adequado que daquele comportamento possa resultar aquele tipo de dano. No fundo, o que pretendemos frisar é que, ainda que olhado o problema de forma dúplice, o que o jurista se limitaria a fazer é a desconsiderar o comportamento do lesado na sua autonomia responsabilizatória. Cf., também, o que inscrevemos na nota de rodapé antecedente.

Não pode deixar de se entretecer um juízo concreto que apele a um cotejo de esferas de risco/responsabilidade.

¹⁷⁶⁷ Cf. KOZIOL, *Österreichisches Haftpflichtrecht...* cit., I, p. 86, sustentando que a valoração há-de ser diversa consoante haja ou não culpa do lesado, designadamente, defendendo que ele deve arcar em maior medida com o dano quando aquela se desvele do que nas situações em que ocorre um facto fortuito.

¹⁷⁶⁸ Parece ser essa a intencionalidade comunicada pelo § 254 BGB, ao determinar que o critério também se aplica se a culpa do lesado consistir somente na omissão de chamar a atenção do lesante para o perigo de um dano inusualmente elevado, que aquele não conhecia nem podia conhecer. Note-se que o diploma alemão estabelece, expressamente, a par desta previsão, um dever de mitigar o dano.

Ao olharmos para o artigo 570º CC do ponto de vista objectivo não pretendemos colimar-nos em nenhuma visão causalista estrita¹⁷⁶⁹, mas antes numa visão imputacional que parece fazer apelo a um cotejo comparativo entre esferas de risco/responsabilidade. Pensamos, por isso, poder retirar do preceito um apoio firme no sentido da descoberta dos contornos com que há-de ser desenhado o requisito causal. Simplesmente, se quisermos ser concludentes, haveremos de, ainda, dar resposta a uma dupla interrogação. Assim, será que o sentido imputacional da solução predisposta pelo citado artigo 570º CC pode ser considerado no momento da determinação do próprio concurso, isto é, ao nível da hipótese normativa, ou mais recuadamente da própria determinação da responsabilidade do lesante? Será que verdadeiramente o preceito pode ser interpretado na perspectiva do dano lesão ou, ao invés, deve ser tido em conta apenas como expediente de limitação da indemnização referido ao dano consequencial?

No que à primeira questão tange, não temos dúvidas na resposta afirmativa. Vários são os argumentos que podemos mobilizar nesse sentido. Advogar o contrário implicaria abrir a porta à perda de unidade sistemática, com duas consequências não despiciendas: poder-se-ia ajuizar causalmente em termos contraditórios com aqueles que depois seriam apurados para efeito de partição da responsabilidade; estar-se-ia a perpetuar um critério que evidencia falhas inultrapassáveis, ao ponto de nem sequer poder ser mobilizado a jusante do juízo decisório. Acresce que, se fundamentamente aceitarmos que a justiça comutativa enforma o modelo ressarcitório, então não devemos olvidar que a indemnização é função do dano, que ela é uma projecção da responsabilidade e que, portanto, o critério imputacional que preside à sua possível redução não pode distar daquele que orienta a própria génese da obrigação.

O que aqui fica dito sairá reforçado se pudermos também concluir acerca da pertinência da disciplina normativa em análise à fundamentação da responsabilidade.

Sobre o ponto, cf. JÖRG FEDTKE e ULRICH MAGNUS, “Contributory negligence under German Law”, *Unification of Tort Law: contributory negligence...* cit., p. 76, falando de três planos distintos a ter em consideração: 1) participação causal do lesado na produção do dano; 2) não cumprimento *ex ante* do dever de alerta relativamente à susceptibilidade de ocorrência do dano numa proporção muito superior ao normal (*Warnungsobliegenheit*); 3) não cumprimento *ex post* do dever de mitigar ou evitar o dano (*Schadensabwendungs- und Minderungspflicht*). [Sobre a *Warnungsobliegenheit*, cf. também HERMANN LANGE/GOTTFRIED SCHIEMANN, *Handbuch des Schuldrechts...* cit., p. 575]

Dando exemplos de alguns dos deveres que têm sido especificados a propósito da temática, cf. dos autores e obra citada p. 78 e ss.

Cf., igualmente e novamente, LARENZ, *Lehrbuch...* cit. I, p. 543 e ss. e HERMANN LANGE/GOTTFRIED SCHIEMANN, *Handbuch des Schuldrechts...* cit., p. 549.

¹⁷⁶⁹ A ideia objectivista a que aqui fazemos referência também não está associada a uma visão que olha para os lesados privilegiando a sua tutela reparadora e a diluição do dano pela colectividade. Sobre ela, cf. o que nos ensina BRANDÃO PROENÇA, *A conduta do lesado...* cit., p. 63.

Contra o que, entre nós, sustenta BRANDÃO PROENÇA¹⁷⁷⁰, afastamos a hipótese de estar diante de um expediente atinente ao cálculo indemnizatório a possibilitar uma solução intermédia entre o tudo ou nada, que, de outro modo, sairia gorada:

Como já vimos, na ausência de uma estrita culpabilidade do lesado por referência à sua própria esfera jurídica, a remissão que para ela é feita outro sentido não terá que não aquele que nos conduz ao anunciado cotejo de esferas de acção. Mais do que isso, em algumas hipóteses, assimiláveis pelo círculo de relevância da norma, será essa a única via de fundar a pretensão indemnizatória. Ou como poderemos pensar no agravamento do dano que origina a morte senão no plano fundamentador da causalidade¹⁷⁷¹?

Dito de outro modo, ao considerarmos inviável a resolução dos nossos problemas em sede de adequação, tal-qualmente ela vem sendo pensada, ficamos sem suporte normativo que permita dar por resolvido o problema da fundamentação da responsabilidade. Pelo que, afinal, chegados ao momento da mobilização do artigo 570º é ainda esse problema, e não só a delimitação da indemnização, que é assumido^{1772 1773}. Posto o que se permite a analogia criteriológica entre a ponderação das situações em que o agravamento ou causação do dano foram potenciados pela conduta livre do lesado e aquelas em que a sobredeterminação causal resulta de um facto natural, involuntário ou de terceiro.

E isso, por si só, permite retirar do citado preceito um princípio de âmbito mais geral que nos sirva de ponto de apoio dogmático para alicerçar o juízo que nos tem

¹⁷⁷⁰ BRANDÃO PROENÇA, *op. cit.*, *loc. cit.*

¹⁷⁷¹ Veja-se, a propósito, a lição colhida no § 254 BGB, o qual releva a culpa do lesado para efeitos de estabelecimento da obrigação de indemnizar (*Verpflichtung zum Ersatz*) e da sua extensão (*Umfang des zu leistenden Ersatz*).

Chamando à atenção para esta particularidade, cf. JÖRG FEDTKE e ULRICH MAGNUS, “Contributory negligence under German Law”, *Unification of Tort Law: contributory negligence...* cit., p. 75.

¹⁷⁷² Quanto ao ponto, embora num contexto de todo diverso, cf. ANDRE TUNC, « Les récents développements des droits anglais et américain sur la relation de causalité entre la faute et le dommage dont on doit réparation », ... cit., p. 7. Afirma o autor que, a par da questão da investigação das consequências prejudiciais reparáveis, outra existe anteriormente – a de saber que princípios regem a repartição das causalidades na produção do *accident* e a divisão das responsabilidades.

¹⁷⁷³ Vejam-se alguns dos exemplos fornecidos por LANGE/GOTTFRIED SCHIEMANN, *Handbuch des Schuldrechts...* cit., p. 568 e ss.: a) um amputado entra num restaurante demasiado escuro; b) cartão de débito deixado dentro do carro conjuntamente com o código secreto.

Pondere-se, ainda, o problema que a páginas 572 é levantado pelos autores, no quadro do qual a falta do lesante é precedida de um comportamento ilícito da vítima: A é vítima de ofensas à honra, mas tinha primeiro agredido, irritado ou ameaçado o lesante. Sustentam LANGE e SCHIEMANN que para tratar estas reacções drásticas temos de provar quer umnexo de imputação, quer a previsibilidade do comportamento.

ocupado segundo o prisma da assunção do risco e do confronto de esferas dele^{1774 1775}

1776 1777 1778 1779 1780 1781 1782 1783

¹⁷⁷⁴ Já em 1953, ANDRÉ TUNC, reportando-se ao contributo da *Common Law* em matéria de causalidade, afirmava que, para resolver o problema da delimitação dos danos a ressarcir, importa considerar as causas que concorreram para a produção do dano, para se saber, assim, se a *faute* ocupava aí ou não um papel suficiente – cf. « Les récents développements... », ... cit., p. 44. Desenvolve o seu raciocínio, explicitando que não se trata, a este nível, de apreciar a previsibilidade, nem o carácter natural ou directo do dano, mas no contexto de emergência de emergência, olhar para o potencial causal de uma *faute* em contraste com as outras causas ou condições de emergência para determinar o coeficiente que se procura e que constituirá a base de ancoragem do juízo que se há-de formular. Concluindo, salienta a ideia de que o jurista deve negligenciar o dano que resulta menos da *faute* do que das circunstâncias exteriores, bem como o dano que não é suficientemente provável ter sido produzido por aquela. Na base da impositação, o autor encontra um fundamento de cariz filosófico, chamando a depor dados conflitantes. A saber: ideia de necessidade que matiza uma concepção de causalidade, a ter de ser compatibilizada com a noção clara da liberdade do homem – possibilidade de iniciativa – e aqueloutra de eventualidade, a fazer apelo às circunstâncias fortuitas, que atravessam a realidade e podem fazer aportar o dano independentemente do desvalor do comportamento que lhe pode estar subjacente.

O insigne jurista francês sublinha alguns dados importantes que não podemos deixar, a este ensejo, de sublinhar. De um lado, nem todas as *fautes*, nem todos os elementos exteriores àquelas têm o mesmo potencial causal. Por isso, pode-se equacionar, de um lado, as primeiras e, do outro, os eventos que intervêm para a produção do dano. Mais aventa o autor a possibilidade de, com base nesta consciência judicativa, se tratar diferenciadamente o problema causal consoante estejamos diante de um comportamento intencional ou negligente (cf. p. 45 e também p. 50).

¹⁷⁷⁵ Cf., ainda, CHABAS, “Bilan de quelques années de jurisprudence en matière de rôle causal”, *Recueil Dalloz Sirey*, 1970, chronique XXV, p. 116. É aí claro o enfoque comunicado pelos autores que, no ordenamento jurídico francês, se debruçam sobre o problema. A contribuição da vítima para a emergência do dano é tratada sob o signo da causalidade, colocando-se o problema da admissibilidade ou não de uma *causalité partielle*. Sobre o ponto, veja-se, ainda, BERNARD PUILL, “Gravité ou causalité de la faute de la victime en responsabilité civile”, ... cit., p. 58-62.

Segundo depoimento bastante dos dois autores citados, a regra da equivalência das condições justificaria a solução solidarística a que somos conduzidos por via da disciplina da responsabilidade civil. O problema está em que a unidade do dano não implica a indivisibilidade da reparação (cf. BERNARD PUILL, « Gravité ou causalité... », ... cit., p. 59). Dir-se-ia mesmo que a comutatividade por nós vincada enquanto nota imprescindível de inteligibilidade do sistema ressarcitório não podia justificar senão essa solução. Sem que isso nos condene à aceitação da doutrina da *conditio sine qua non*. Tanto mais que ela não passa – para aqueles que a aceitam – de um primeiro índice indagatório. Outras razões há, na verdade, a deporem a favor da sua falência prático-normativa.

O mesmo não se pode sustentar a propósito da causalidade adequada. Pois que, se a nossa visão fosse essa, a actuação do terceiro – e bem assim do lesado – excluiria ou não, consoante a natureza previsível dela, o nexos causal que se pretendia erigir, determinando, concomitantemente, o ressarcimento global ou parcial do dano. A interpretação do artigo 570º CC ficaria, assim, relegada para o plano da culpabilidade ou de expediente de correcção do juízo decisório, com base na equidade. Com duas aporias que se lhe associariam. De um lado, a perda de unidade sistemática com o artigo 497º CC, porque ele equaciona explicitamente a repercussão da culpa no resultado sobrevivendo; do outro, a circunscrição não fundada da relevância hipotética do preceito aos comportamentos desvaliosos da vítima, em desconformidade com a ideia de comutatividade que se anuncia.

Outra será, portanto, a intencionalidade com que os preceitos devem ser perspectivados. O cotejo de esferas de risco ganha aqui preponderância maior. E afigura-se ser a única solução viável. Cf., nesse sentido, os exemplos que fomos acompanhando ao longo do texto.

Veja-se a este propósito BERNARD PUILL, “Gravité ou causalité...”, ... cit., p. 60. O autor, debruçando-se aí sobre a possibilidade de se advogar uma causalidade parcial, mostra-se crítico da visão causal como fundamentadora da responsabilidade, realçando, ao mesmo tempo, a dificuldade (se bem que não impossibilidade) de se mensurar a contribuição causal de cada um dos intervenientes no processo danoso. Em debate entra então o binómio gravidade da *faute* e causalidade. O que se pretende indagar é se o juiz confronta a gravidade da actuação de cada um dos agentes ou se, pelo contrário, compara o nível de contribuição causal de cada uma das *fautes* quando coteja a sua respectiva censurabilidade (cf. p. 61). Ora, não podemos aqui esquecer que um comportamento doloso pode importar um pequeno prejuízo, enquanto uma conduta intrinsecamente benigna pode resultar num dano avultado. Pelo que o autor

defende que a expressão “*degré de gravité*” deve ser interpretada no sentido do “*degré de causalité*”. Simplesmente, voltamos a repetir o nosso parecer, não é possível, excepto num puro juízo determinístico e mecanicista, reproduzir a sequência causal conducente ao dano, pelo que parece agitar-se – e colimados na ideia de comutatividade eticamente informada – uma ideia de cotejo de esferas de risco e responsabilidade.

¹⁷⁷⁶ Embora inserindo-se num quadro dogmático diverso, FRANCISCO SOTO NIETO não deixa de lançar mão de um raciocínio de tipo ponderativo que coloca frente a frente os dois comportamentos e, sem negar que não é possível falar de culpabilidade estrita no tocante ao lesado, sempre adianta que o dolo do agente “tem tal capacidade de absorção que faz empalidecer e torna irrelevante a torpe conduta da vítima”, parecendo, pois, que também o autor transforma o cotejo de esferas de responsabilidade no pilar alicerçador de uma solução que se procura justa. Cf. FRANCISCO SOTO NIETO, “La llamada compensación de culpas”, ... cit., p. 413.

¹⁷⁷⁷ Neste sentido, cf. KOZIOL, *Österreichisches...* cit., p. 409, estabelecendo a ponte com a ideia de assunção do risco e adoptando como critério de repartição da responsabilidade entre o lesado e o lesante a ideia de risco. Veja-se, ainda, p. 378 e ss., considerando que o comportamento arriscado não conduz a tal repartição se for justificado

¹⁷⁷⁸ Considerando, a propósito do § 254 BGB, que ele não conduz à redução da indemnização com base na equidade, mas que determina de imediato a redução da pretensão, porquanto demarca diversas esferas de responsabilidade, cf. LARENZ, *Lehrbuch...* cit., I, p. 494-495; ESSER e SCHMIDT, *Schuldrecht...* cit., I, p. 575 e ss., considerando que se trata de uma forma de responsabilidade objectiva do lesado pela sua própria esfera de interesses.

Fundando o regime em apreço numa ideia de responsabilidade, cf. LOOSCHELDERS, *Mitverantwortlichkeit...* cit., p. 116 e ss.

¹⁷⁷⁹ Cf. CEES VAN DAM, *European Tort Law...* cit., p. 274. O autor explicita que, com base na teoria do fim da norma, determinadas consequências podem ser atribuídas ao lesado. Geralmente, o autor do dano não pode invocar particulares vulnerabilidades da vítima (tem de ter em conta a vítima como ela é). Mas as consequências remotas não são imputadas ao lesante caso se traduzam na materialização dos riscos gerais da vida (*allgemeine Lebensrisiko*).

No fundo, trata-se de chamar à responsabilidade o lesado e, com isso, mostrar que certos riscos lhe devem ser imputados, porque externos à esfera encabeçada pelo lesante. Outras situações haverá em que o risco concorrente é imposto por um terceiro ou é inerente à própria vida em sociedade, mas que podem, pela estrutura valorativa análoga, ser ponderadas segundo os mesmos critérios. É claro que não há identidade de situações, mas do ponto de vista do lesante é a mesma desconexão com o ilícito que se experimenta, vincando-se assim um sentido imputacional que temos vindo a sublinhar ao longo de toda a dissertação. Ou seja, mesmo havendo uma intencionalidade específica a colorir o problema (e a importar uma concretização da relevância do comportamento do lesado, bem como uma solução de repartição dos danos e da indemnização), ela não impede que, no cumprimento do desenho do âmbito de relevância da norma, avulte uma ideia imputacional que nos convida à ponderação comparatística de esferas de risco.

Veja-se, a este propósito, BRANDÃO PROENÇA, *A conduta do lesado...* cit., p. 71. O autor, embora não se atenha à ideia de culpa e considere que o artigo 570º CC tem uma intencionalidade análoga à do artigo 494º CC, considera que ele se pode aplicar às situações de concurso do lesado com uma conduta voluntária ou não voluntária geradora de riscos contra si: inimputáveis lesados, risco ligado à detenção ou utilização de coisas perigosas. Mas não se aplica aos casos de perigosidade passiva de uma pessoa anormalmente receptiva a ser lesada ou a sofrer a lesão de forma mais extensa. Mostra-se, pois, o entendimento de BRANDÃO PROENÇA diverso daquele que sufragamos, o que pode ser explicado pelo diferente fundamento em que nos estribamos.

Sobre o ponto, cf., ainda, HERMANN LANGE/GOTTFRIED SCHIEMANN, *Handbuch des Schuldrechts...* cit., p. 563 e ss., considerando que a imputação ao lesado implica uma ideia de previsibilidade, mas adiantando que devem ser consideradas regras especiais, de acordo com as especificidades do caso concreto. *Vide*, em particular, p. 565 (considerando que pode haver contribuição culposa mesmo que não haja violação de uma regra e apesar da regularidade de um comportamento, como quando o peão atravessa a estrada com o sinal verde, mas sem se acautelar da existência ou não de perigo, sendo certo que nestas situações pode, ainda, ser invocado um princípio da confiança que afastaria o concurso); p. 568 e 569 (ponderando a situação dos idosos, pessoas com especiais debilidades, crianças e jovens).

¹⁷⁸⁰ Cf., ainda, o problema da auto-colocação em risco ou da heterocolocação em perigo consentida, com o qual alguns autores relacionam o problema do concurso de culpas do lesado. *V.*, a este propósito, PAUL ESMEIN, “Le nez de Cléopâtre ou les affres de la causalité”, ... cit., p. 216; GIOVANNI CATTANEO, “Il concorso di colpa del danneggiato”, *Rivista di Diritto Civile*, 1967, p. 460 e ss., aqui 486 e ss.; BRANDÃO

42. A ideia de risco em algumas soluções predispostas pela doutrina

No ponto expositivo anterior, encontrámos o sustentáculo positivo para alicerçar no risco – mais precisamente no cotejo de esferas de risco/responsabilidade – o preenchimento do requisito dito causal. O risco assim entendido perde o cunho de mera propensão para a criação de um dano. Deixando de se associar exclusivamente à noção de perigo, assume contornos onto-axiológicos. Na verdade, a forma como com ele lidamos implica a circunscrição de uma esfera no âmbito da qual a pessoa responde diante do outro, não apenas pelos danos que cria, mas, a montante, para evitar a lesão de que, ao nível da responsabilidade civil, se cura. O grau de perigosidade do

PROENÇA, *A conduta do lesado...* cit., p. 74 (pronunciando-se sobre a questão, mas não a resolvendo a este ensejo).

Importa, portanto, tentar reflectir sobre a eventual relação entre o problema a que aqui aludimos e a questão das causas de justificação, v.g., o consentimento do lesado. Sobre o tema das causas de exclusão da ilicitude, cf. *infra* os esclarecimentos que introduziremos.

¹⁷⁸¹ O que aqui vai dito terá de ser, posteriormente, compatibilizado com a questão da solidariedade obrigacional ao nível da responsabilidade delitual. Remetemos, contudo, para momento posterior o tratamento dessa problemática. Veja-se, para já, GENEVIÈVE VINEY/PATRICE JOURDAIN, *Traité. Les conditions de la responsabilité...* cit., p. 326 e ss. (sustentando que, se considerarmos que lesante e vítima são co-autores do dano, faz sentido operar a regra da obrigação *in solidum*, fazendo com que o terceiro não possa exonerar-se, nem mesmo parcialmente, da responsabilidade. Sendo a ideia compatível com o princípio da indivisibilidade do nexa causal, nem mesmo os arautos desta a defende, admitindo, antes, uma “espécie de contracção entre a fase da obrigação e a da contribuição efectiva, que permite ao lesante obter a redução da indemnização).

¹⁷⁸² Cf., a este propósito, GERT BRÜGGEMEIER, *Haftungsrecht...* cit., p. 596 e ss., falando da assunção do risco (*Handeln auf eigene Gefahr*), que conexiona com a problemática do concurso de culpas do lesado. Considera BRÜGGEMEIER que, para aferir das reais possibilidades de aplicação da figura, devem ser feitas diversas distinções: a) exclusões contratuais do risco (*vertragliche Risikoausschlüsse*); b) modificação dos standards de responsabilidade; c) casos de perseguição (*Verfolgungsfälle*); d) concurso culposo do lesado. E adianta que a assunção do risco, sendo live do ponto de vista da negligência, se trata de uma forma invertida de responsabilidade objectiva, embora se tenha de olhar para a capacidade dos menores. O ponto, extravasando a simples referência ao concurso de culpas do lesado, mostra o pendor imputacional do juízo que se erige.

Veja-se, ainda, *infra*, sobre a assunção do risco, a inserção da figura no âmbito da teoria do risco, protagonizada por ROXIN, e novamente STOLL, *Handeln auf eigene Gefahr*, 1961.

¹⁷⁸³ A este propósito, cf. RIBEIRO DE FARIA, *Direito das Obrigações...* cit., I, , p. 525, considerando que a regra da assunção do risco só é válida em face de uma responsabilidade objectiva. Na verdade, o autor olha para a figura com autonomia relativamente ao problema suscitado pelo concurso culposo do lesado. No mesmo sentido, distanciando as duas problemáticas, cf. HENRIQUE SOUSA ANTUNES, “Apontamento sobre a responsabilidade civil do fabricante de tabaco”, ... cit., p. 192 e ss. e nota 49, 50. Note-se, contudo, que SOUSA ANTUNES admite que “o comportamento do lesado que aceita o risco é culposo. O artigo 570º CC português, que permite ao julgador reduzir ou mesmo excluir a indemnização por culpa do lesado, é a sede natural da assunção do risco”. Sublinhe-se, ainda, que SOUSA ANTUNES olha para a questão do prisma da análise da eventual responsabilidade do fabricante de tabaco, a qual considera só ser procedente – se o for – quando haja violação do dever de informação por parte daquele produtor, na medida em que é inaplicável o regime da responsabilidade objectiva dele. Ora, assim sendo, só há ilicitude se houver preterição do dever de esclarecimento, não sendo possível falar-se de assunção do risco por parte do consumidor; se, pelo contrário, não tiver havido obliteração daquele dever, podendo falar-se de assunção do risco por parte do lesado, deixa de haver ilicitude da conduta. A linearidade do seu raciocínio acaba por ser esbatida pelo próprio autor, ao ponderar as situações de publicidade positiva ao tabaco, nas quais pode intervir, posteriormente, o regime do concurso de culpas do lesado. Veja-se, também, CALVÃO DA SILVA, *Responsabilidade civil do produtor...* cit., p. 734 e ss.

comportamento releva nesta sede como índice de aferição da conformação da actuação pessoal em função do cuidado com o outro.

Do ponto de vista dogmático e no seio da disciplina delitual, o risco surge a cumprir diversas funções¹⁷⁸⁴: avulta como fundamento no plano da prescrição legislativa, a justificar hipóteses de responsabilidade objectiva; emerge como perigo alicerçador da assunção de deveres de comportamento, que perpassam todo o modelo ressarcitório; e contamina, pela mobilização do dado ôntico, a fazer apelo à complexidade real e social, as soluções em matéria imputacional. Aqui não é unicamente o risco que se convoca, mas o risco dialecticamente compreendido à luz da pressuposição axiológica de que se parte e de que se não abdica. Pelo que, afinal, a categoria deixa de ser entendida, a este ensejo, como sinónimo de perigo para vir mascarada com o sentido de esfera de responsabilidade.

Ao debruçarmo-nos sobre a intencionalidade problemática contida no artigo 570º CC, constatámos que, não sendo fácil derramar o juízo culpabilístico sobre o lesado, e não podendo dar-se por certa a ligação causal entre os dois comportamentos – o do lesante e o do lesado – e o dano, segundo os critérios tradicionais, só no cotejo de esferas de risco é possível saber se a indemnização será excluída, reduzida ou se ficará intangível. Ora, contrariamente ao entendimento de parte da doutrina, é também ao nível da fundamentação da responsabilidade que se jogam os dados da questão, mostrando-se, aí, que o ordenamento jurídico positivado acolhe a intencionalidade com que vimos pensando o problema.

Explicitado que fica o papel do risco no quadro do nosso ordenamento jurídico, na sua dupla vertente de *quid* fundamentador e categoria dogmática de operacionalidade do modelo ressarcitório concretamente erigido, importa, agora, olhar com alguma atenção para os diversos contributos doutrinários e jurisprudenciais que assomaram no espectro do mundo juridicamente relevante orientados por essa ideia guia.

Não o faremos, contudo, de forma macroscópica e generalista, quedando-nos, tão só, na busca do impacto dela no seio do tratamento da causalidade, posto ser esse o filão condutor das nossas lucubrações.

¹⁷⁸⁴ Cf., a este propósito, e novamente, DEUTSCH, *Allgemeines Haftungsrecht...* cit., p. 128 e ss.; LARENZ, “Die Prinzipien der Schadenszurechnung...”, ... cit., p. 373-379; ULRICH HUBER, “Verschulden, Gefährdung und Adäquanz”, *Festschrift für Eduard Wahl zum 70. Geburtstag*, Heidelberg, 1973, p. 301 e ss.

E a verdade é que, na procura de dados concretos sobre o tema, somos forçados a concluir que o peso relativo da ideia de assunção do risco neste âmbito não é novo, pese embora nunca tenha ecoado com magnitude acentuada entre nós^{1785 1786 1787}.

¹⁷⁸⁵ Importa não esquecer, a este propósito, todos aqueles que olham para a causalidade adequada do ponto de vista do risco. Cf., *inter alia*, uma vez mais, DEUTSCH, *Allgemeines Haftungsrecht...* cit., p. 132.

¹⁷⁸⁶ A chamada à colação do risco como *topos* que constitua a base da argumentação em matéria de causalidade não é nova, como bem vimos anteriormente. E se nos detivemos, *brevi momenta*, sobre o dado, apresentando, inclusivamente, as *nuances* com que ele pode vir colorido, atentemos agora em algumas novas referências, colhidas na doutrina tradicional. Nesse sentido, cf. NIEDERLÄNDER, “Schadensersatz bei hypothetischen Schadensereignissen”, *Archiv für die Civilistische Praxis*, 153, 1954, p. 41-80, aqui p. 54 e ss. Note-se, porém, a diferença entre o pensamento do autor e aquele que deixámos inscrito em texto. Em primeiro lugar, NIEDERLÄNDER mobiliza o risco para lidar com o problema da relevância negativa da causa virtual, ponto que merecerá – pela dimensão de condicionalidade para que aponta, quando perspectivada da óptica da determinação da conexão entre o comportamento do lesante e o dano – o apontamento de dúvidas da nossa parte. Por outro lado, o tratamento que lhe dispensa não deixa de mostrar que, em certa medida, nos situamos nos antípodas da intencionalidade que derrama sobre a juridicidade. Assim, considera que qualquer proprietário suporta um risco de perecimento da própria coisa que é transferido para o lesante sempre que um terceiro dê causa àquela destruição e possa por isso ser responsabilizado. O primitivo risco transmutar-se-ia, então, num outro, de índole obrigacional – o risco de não cumprimento da obrigação por parte do devedor constituído – ao que se alia uma panóplia de outros riscos, que o acompanham no seu dia-a-dia. Considerar relevante a causa virtual implicaria duplicar o risco que impende sobre aquele crédito, voltando a recair sobre o lesado o risco de perecimento hipotético da coisa caso ela não tivesse sido lesada. [cf., também, do autor, HUBERT NIEDERLÄNDER, “Rezension Knappe: Das Problem der überholenden Kausalität”, *Archiv für die civilistische Praxis*, 153, 1954, p. 472 e ss. e „Hypothetische Schadensereignisse“, *Juristenzeitung*, 14, Heft 20, 1959, p. 617 e ss.]

Chamando ainda à colação a ideia de resultado, na medida em que a hipótese de dano não seja bastante, ao nível do direito civil, para fundar a responsabilidade, a virtualidade de ele vir a ocorrer por outra via também não relevaria.

A articulação do binómio risco/resultado mostra, portanto, a exterioridade com que aquele vai pensado. A questão é saber se, após a lesão, o risco dela se concretizar por outra via, se não fosse o primeiro evento, deve correr por conta do lesado ou do lesante. Mostrando, afinal, que há subjacente à discussão uma ideia de condicionalidade e que a solução do problema, indo pensada em direcção ao dano consequência, não encontra na pessoalidade nenhum ponto de apoio firme, antes se desenhando no sentido da ligação exterior entre um evento e um dano. Mais se adiante, em rigor, que o risco a que o autor alude foge da controlabilidade do sujeito livre, ao contrário das notas de coloração daquele com que lidamos em texto.

Criticando o posicionamento, embora não baseado nos mesmos argumentos que mobilizámos, sequer abraçando a mesma perspectiva discursiva, cf. PEREIRA COELHO, *O problema da causa virtual...* cit., p. 115 e ss.

Também os autores assumidamente liberais (no sentido libertário do termo) convocam a ideia de risco para justificar algumas das soluções em sede responsabilizatória. Assim, cf. NOZICK, *Anarchy State and Utopia*, Basic Books, New York, 1974, p. 75, considerando que as pessoas devem aceitar a imposição de riscos normais entre si. Criticando a posição, pelo não fornecimento do critério guia da normalidade que se invoca, veja-se ARTHUR RIPSTEIN, *Equality, Responsibility...* cit., p. 43. Para o autor, duas seriam as possibilidades interpretativas que, a partir daqui, se abriam: a) ou se pressupunha um prévio juízo acerca do peso relativo dos interesses nas diversas liberdades e seguranças, contrariando-se os postulados liberais radicais em que NOZICK alicerçava o seu pensamento; b) ou se assumia a normalidade em termos de frequência típica, confromando-se o conceito em termos quantitativos e não qualitativos, com todos os problemas que tal acarretaria (v.g. pense-se na situação hipotizada por RIPSTEIN de alguém que vive num bairro particularmente agressivo, onde o risco se galvaniza).

Cf., depondo no sentido da chamada à colação de uma ideia de *demarcação geral do risco* como critério a ter em conta a propósito da imputação objectiva, no quadro do ordenamento jurídico austríaco, cf. BERND SCHILDER e WOLFGANG KLEWEIN, “Österreich”, in CHRISTIAN VON BAR (hrsg.), *Deliktrecht in Europe, Landesberichte...* cit., p. 66 e ss. Consideram, porém, os autores não ser possível resolver o problema da imputação de um ponto de vista isolado, pelo que integram nas suas lucubrações uma referência pontual à culpa.

Veja-se, ainda, no quadro do pensamento de RIPSTEIN, a importância que assume o risco como critério e como fundamento da responsabilidade – cf. ARTHUR RIPSTEIN, *Equality, Responsibility...* cit., p. 44 e ss. O autor alicerça-se na constatação de que o homem surge imerso num mundo de riscos, pelo que a fundamentação da responsabilidade há-de ter de considerar tal contingência, tornando, por isso, imperioso que se lide com o problema da justa distribuição dos riscos (cf. p. 48 e ss.).

Dando a palavra ao autor, “negligence liability serves to undo those losses that result from a failure to take appropriate care. The intuitive idea is that my responsibility for my negligence extends only to the negligent aspects of my conduct. In failing to live up to a standard of care, I act as though the legally protected interests of others are mere things. In so doing, I make the risk to them part of my agency. Because the risk is mine, and whether or not it ripens is a matter of causation, causation fixes both the existence and extent of my liability”.

Ademais, aduz RIPSTEIN que há que encontrar um aceitável nível de risco, que permita a compatibilização equitativa entre a liberdade e a segurança.

Algumas notas urgem. Primeiro, deve-se sublinhar a percepção que o autor denota da edificação de uma esfera de risco a partir da preterição de deveres de cuidado para com o outro. Segundo, convém, pela importância central que o ponto tem na economia da nossa dissertação, olhar mais atentamente para o pensamento de RIPSTEIN. O autor considera que aquele que cria ou incrementa um risco *owns that risk* (cf. p. 53). E sustenta que, num sistema de responsabilidade baseado na culpa, só os riscos inaceitáveis dão origem a uma pretensão ressarcitória. Situando-se a montante, prescrua qual a linha divisória entre os riscos aceitáveis e não aceitáveis, acabando por convocar a ideia de pessoa razoável para a estabelecer. Assim (cf. p. 55-56), “applied to circumstances of risk, the reasonable person does not expose others to more risk than is reasonable in light of fair terms of cooperation”. Mais concretamente, e conforme já tivemos oportunidade de anotar *supra*, o autor defende que o dever de cuidado é imposto tendo em conta uma justa divisão dos riscos e mensurado de acordo com os interesses simultâneos na liberdade e segurança que se experimentam em cada interação concreta. Quando alguém falha nas medidas de precaução que lhe são exigíveis, o risco criado pertence-lhe e a medida do dano é estabelecida pela lesão que resulta da criação ilícita do risco. Tal repercute-se na disciplina de diversos aspectos da *tort law*, designadamente, e no que a nós nos interessa, na limitação da responsabilidade (“... when someone is careless, he is only liable for the injuries that are within the risk that makes his conduct negligent” – cf. p. 64). Assertivamente, conclui que, no quadro da responsabilidade subjectiva, ela está limitada aos riscos que tornam a conduta ilícita. Mas, continua, na ponte dialógica traçada para a causalidade, sustentando que, por isso, a causalidade releva a este ensejo. Simplesmente, o seu traçado parece conformar-se, ainda, com a ideia de risco.

Olhemos para a sua exposição: “as long as we understand the boundaries between persons in terms of spatial metaphors, it seems as though any boundary crossing must open up unlimited responsibility. But if we understand the boundaries between persons as existing in moral rather than geometric space, we see that the fault system can coherently hold someone liable only for the losses that are within the risk implicit in the violated standard of care” (cf. p. 65). A violação do dever de cuidado não seria bastante para estabelecer a responsabilidade pelas consequências que resultem de nexos causais imprevisíveis, porque há diversos níveis de cuidado tendo em conta o tipo de relação em que o sujeito está inserido e atendendo ao grau do risco em apreço. A *fault* distancia-se, neste âmbito, de outras falhas morais, exactamente porque estabelece a relação entre a falta de cuidado da pessoa e a lesão. E porque ela se analisa por referência a um determinado risco, o qual, por seu turno, permite delimitar um círculo de consequências a serem tidas em conta, a concepção do *risk ownership* vem dar um contributo relevante em sede de *remoteness of damage* (cf. p. 69).

Note-se que a ideia de *risk ownership* serve, em simultâneo, para justificar por que razão há casos de responsabilidade objectiva (cf. p. 70) e para explicar por que motivo não pode haver responsabilidade civil pela mera criação ou imposição do risco (cf. p. 72 e ss.). Ou seja, o risco em si mesmo não constitui a base para a imposição de uma obrigação ressarcitória, não podendo ser considerado um dano e havendo que se concretizar numa autónoma lesão [para a consideração da criação do risco em si mesmo como um dano, cf. WRIGTH, “Causation in tort law”... cit., p. 1819. Cf., na obra de RIPSTEIN que estamos a acompanhar, p. 76 e ss., onde se apresentam situações em que a exposição ao risco pode ser tida como um dano, pese embora não seja o risco em si que funda a responsabilidade. V.g., o caso em que o risco gera medo ou aqueloutro em que a exposição de uma pessoa a um determinado risco impede, ou pelo menos dificulta, a obtenção de emprego. Como o autor explicita, o dano aqui não está no risco mas na perda de chance. O tópico contende, a um tempo, com a noção de dano e bem assim de causalidade. Um dos problemas relevantes para que o autor chama à colação prende-se com a sujeição de um indivíduo a um risco, por exemplo, de vir a sofrer de cancro, sendo certo que o resultado apenas se pode vir a produzir no futuro. Pode o acréscimo de perigo ser entendido como uma lesão ressarcível ou haverá de se esperar pela

Desde a primeira metade do século XX que a jurisprudência anglo-saxónica chama à colação, embora não unanimemente, aquilo que ficou conhecido pela *Risk Theory* para solucionar controvérsias em torno da delimitação dos danos indemnizáveis no quadro dos comportamentos negligentes^{1788 1789 1790 1791}.

produção do dano, com as dificuldades evidentes de estabelecimento da imputação objectiva de que se cura ao nível do que tradicionalmente ia entendido como causalidade? Note-se que, para RIPSTEIN, o risco pode ser visto como um dano, desde que se cruzem duas coordenadas: 1) “the imposition of risk needs to be in the injury apart from any of the other injurious effects that might accompany it”; 2) “the damages must be somehow proportionate to the imposition of risk” – cf. p. 77]. Mais se diga que é à luz da repartição justa do risco que o autor interpreta alguns dos critérios jurisprudenciais consagrados a propósito da doutrina dos *torts* e mais precisamente da causalidade legal, como seja a *thin-skull rule* (a qual só se aplica quando o lesante actuou de forma não razoável por referência ao risco em questão), a não consideração da ultra-sensibilidade do lesado (entendida como um risco do próprio) – cf. p. 90 e ss.

Em suma, poderíamos captar o pensamento de RIPSTEIN sob a malha de cota de dois vectores que se entrecruzam: a ideia de risco e a justa interacção subjectiva.

O discurso mostra-se, porém, consonante com os termos tradicionalmente mobilizados pelos juristas para orientar o decidente na solução dos concretos casos chamados à colação no âmbito delitual. Assim, cf. p. 94 e ss., onde o autor evidencia a plena compatibilidade entre a *risk rule* e a *foreseeability* da lesão.

¹⁷⁸⁷ Criticando a ideia de risco para definir a causalidade, cf. HEIDI HURD e MICHAEL S. MOORE, “Negligence in the air”, *Theoretical Inquiries in Law*, 3, 2001, p. 365-411, vincando, sobretudo, que se o risco for considerado na determinação da culpa, a regra acaba por conduzir à responsabilidade por todos os danos.

¹⁷⁸⁸ Cf. “Impact of the risk theory on the law of negligence”, *Harvard Law Review*, vol. 63, n. 4, 1950, p. 671-680 (<http://www.jstor.org/pss/1335996>). Apresenta-se, aí, como *leading case* a decisão do caso *Palsgraf v. Long Island R.Co. (1928) 248 NY 339, 162 NE 99*. Para uma apurada escarpelização deste e de outros arrimos judiciais, cf. o já citado artigo de TUNC, “Les développements récents ...”, ... cit.

Veja-se, ainda, A. M, HONORÉ, “Causation...”, ... cit., p. 58 e ss. [tal como referido anteriormente, o autor apresenta a *Risk Theory* como aquela que opera a ponte entre as doutrinas probabilísticas e as teorias que apelam ao escopo da norma violada. Interpretando o risco no duplo sentido de “chance that harm will occur” e “chance that a certain person will have to pay damages”, o autor relembra que as primeiras alusões ao risco remontam ao século XIX, com a previsão de hipóteses de *Gefährdungshaftung*, na Alemanha, e com a tematização, em França, da teoria do *risque créé*. Não obstante a presença simultânea da categoria nos dois nichos problemáticos, e pese embora as pontes comunicantes que entre a responsabilidade subjectiva e a responsabilidade objectiva se podem erguer, o certo é que o apelo que agora se faz ao risco anda longe da intencionalidade problemática da justificação de um modelo ressarcitório independente da culpa, antes se consubstanciando na mobilização de um conceito em termos dogmáticos, no momento da decisão judicativa. Acresce que, indo, de certo modo, ao encontro do que o autor aduz, o risco a que aqui nos referimos, quando analisado sob a óptica da esfera de risco, significa mais do que a simples propensão, probabilisticamente firmada, de produção de um dano. É, aliás, por isso que recusamos a equiparação que, por vezes, se estabelece entre a doutrina da adequação e a teoria do risco. Não pretendemos, com isto, dizer que ela padece de alguma incorrecção, mas somente mostrar que esta vai além de uma ponderação probabilística da possibilidade de emergência do risco conexas com uma determinada actividade. A esfera de risco não é erigida, apenas, tendo em conta tal juízo probabilístico. Com o que mostramos, neste diálogo encetado com HONORÉ, que o que vem apresentado sob uma designação uniforme é mais uma vez uma simplificação de um pluriforme modo de encarar o problema jurídico com que nos debatemos. Veja-se, em consonância com isso, a subsequente exposição do autor – cf. p. 59, mostrando que a teoria do risco pode apresentar outros cambiantes. Assim: a) há autores que, fazendo apelo ao risco, sustentam que é necessário ter, igualmente, em conta, ao decidir da imputação, a intencionalidade preventiva da norma (“a atenção deve recair não só sobre o efeito da conduta do lesante nas probabilidades do dano, mas também no propósito preventivo da norma violada, que pode modificar a presunção inicial de que o risco deve impender sobre a pessoa que aumenta as probabilidades da ocorrência do tipo de dano em questão”); b) têm-se em conta, conjuntamente com o incremento das probabilidades de emergência do dano, outros factores como a *risk-spreading capacity*. Cf., igualmente, HART e HONORÉ, *Causation...* cit., p. 284 e ss. Apresentam-se, aí, dois entendimentos acerca da teoria do risco: um primeiro entendimento vem questionar sobre quem deve recair o risco de um dano, pelo que, afinal, convoca uma miríade de diferentes princípios imputacionais para dar resposta à

O núcleo central da lição fornecida pelos arrimos judiciais tomados como referentes parte da pressuposição da extensão da indemnização a todas as pessoas relativamente às quais se derrama o risco de lesão¹⁷⁹². Centrando-se, pois, na assunção do risco, sopesa diferentes factores¹⁷⁹³. Entre eles contam-se, e trazendo à luz a sistematização ali apresentada, “what a reasonable man in the defendant’s position would have regarded as the probability that a protected interest of the plaintiff would be harmed; what a reasonable man in the defendant’s position would have believed to be the extent of harm likely to ensue if the risk matured in damage; the social utility of the defendant’s conduct; the social cost of avoiding the risk by alternative methods”¹⁷⁹⁴.

questão inicial; um outro entendimento que a apresenta como uma generalização da doutrina da previsibilidade].

Para uma distinção entre as teorias do risco e as doutrinas que fazem um simples apelo à probabilidade, como a teoria da causalidade adequada, cf., novamente, A. M. HONORÉ, “Causation...”, ... cit., p. 59 (explica o autor que, sempre que intervenha um evento extraordinário, o dano só é imputado ao lesante, no quadro das doutrinas probabilísticas, quando esse mesmo evento fosse mais provável do que não de ocorrer; ao invés, no âmbito das teorias do risco, a probabilidade significativa do dano será suficiente para impor a responsabilidade – *foreseeable result of na unforeseeable intervening cause*. No que tange aos danos ulteriores – esclarece ainda HONORÉ, cf. p. 60 – os adeptos desta perspectiva falam dos *normal incidents* (no exemplo ali colhido, se A fosse vítima de um acidente rodoviário, um *normal incident of the risk* incluiria o perigo de um erro médico durante o tratamento a que fosse submetido. Já não assim quando a negligência médica fosse grosseira).

Acerca da teoria do risco, cf., também, GLANVILLE WILLIAMS, “The risk principle”, *Law Quarterly Review*, nº77, 1961, p. 179 e ss.; SEAVEY, “Mr. Justice Cardozo and the law of torts”, *Harvard Law Review*, nº52, 1938-1939, p. 372 e ss.

Entre nós, embora num quadro dogmático muito específico, cf. ANA PERESTRELO DE OLIVEIRA, *Causalidade...* cit., p. 64-79.

Veja-se, ainda, STEPHAN MEDER, “Risiko als Kriterium der Schadensverteilung”, *Juristenzeitung*, 48, Heft 11, p. 539 e ss.

¹⁷⁸⁹ A este propósito, v. TRIMARCHI, *Causalità...* cit., p. 100 e ss., alertando para o facto de a exclusão dos danos atípicos e excepcionais, nos EUA, pelo recurso à delimitação de zonas de risco ser assumida em termos especiais, já que o risco é o risco de um dano causado mecanicamente.

¹⁷⁹⁰ No tocante ao ordenamento jurídico francês, cf. R. BÉRAUD, “Les mythes de la responsabilité civile”, *JCP – La Semaine Juridique*, 1964, I, p. 1837, nº16. Investigadas as potencialidades do acto gerador de responsabilidade, dispensava-se a análise de todo o encadeamento causal.

¹⁷⁹¹ Não se confunda a doutrina a que agora fazemos referência com a *risk-contribution theory*, forma por que ficou conhecida, pela mão do Supremo Tribunal do *Wisconsin*, a teoria do *market-share liability*.

¹⁷⁹² Cf. “Impact of the risk theory...”, ... cit., p. 671. Conforme surge aí explicitado, a teoria assume que a responsabilidade depende da existência de um comportamento negligente de um sujeito. Releva menos o facto de a conduta do lesante ter sido a causa material do dano do que o impacto do risco que se assume. Não se pense, contudo, que também no que a este ponto específico concerne a unanimidade é palavra de ordem. De facto, contra o que poderia ser sugerido pelo texto e pelo início desta nota, nem sempre a *risk theory* determina uma extensão da responsabilidade, dispensando os *causal tests* quando o dano ocorre *within the risk* que determina a imposição da *liability*. Sobre o ponto, cf. HART e HONORÉ, *Causation...* cit., p. 286-287. Falam os autores de dois modos de entender a *risk theory*. Por um lado, uma versão extensiva, que dispensa qualquer teste causal para lá da indagação da condicionalidade *sine qua non*. Por outro lado, uma versão restritiva que confina a indemnizabilidade do dano *within the risk*.

¹⁷⁹³ *Op. cit., loc. cit.* Sublinhe-se que os mesmos foram também salientados por TUNC e oportunamente por nós citados quando nos debruçámos sobre a investigação levada a cabo pelo autor.

¹⁷⁹⁴ Cf. “Impact of the risk theory...”, ... cit., p. 671.

Saliente-se que, tal como nas páginas seguintes do estudo surge evidenciado, nem sempre se denotará uma diferença abissal entre as soluções práticas a que somos conduzidos por esta teoria e aquelas outras a que, à época, chegavam os tribunais, com base na mobilização da doutrina da causa próxima. A grande

Ainda que o contacto com a doutrina não deixe, neste ponto, de ser incipiente, dados bastantes parece haver para tecer considerações de relevo indubitável.

Antes de mais, a ligação à previsibilidade, se não nos fizer rememorar o debate em torno do limbo de separação relativamente à probabilidade¹⁷⁹⁵, sempre nos imporá a consciencialização do exacto alcance do chamamento do pensamento do risco pela jurisprudência de que se dá conta. Ao cuidar-se da extensão do dano indemnizável não se está apenas a lidar com o problema da ligação entre o comportamento do lesante e um prejuízo subsequente, mas a enfrentar ainda a questão de saber quais as pessoas que logram poder ascender a titulares de uma pretensão ressarcitória e bem assim quais os interesses delas que são, a este nível, dignos de tutela.

Tal torna-se claro pela contemplação dos critérios trazidos a lume. A previsibilidade refere-se, *prima facie*, aos interesses preteridos do lesado para, em concreto, saber se um homem razoável podia ou não prever que, com a sua conduta, eles pudessem ser violados. Trata-se, pois, de uma indagação atinente ao que ousámos chancelar como primeiro momento causal ou como imputação objectiva.

Sem que se desvele uma clara sintonia entre aquilo que já deixámos impresso e isto que agora consideramos. Por dois motivos não negligenciáveis. Em primeiro lugar, e relembrando os dois últimos critérios elencados, há que reconhecer a contaminação do juízo com uma intencionalidade espúria ao mundo jurídico-civilista, a fazer apelo à nota de utilidade social¹⁷⁹⁶. Em segundo lugar, não deixa incólume esta comparação o facto de, no quadro dos sistemas de precedentes, a responsabilidade por negligencia não se polarizar num conceito de ilicitude. Faltando, simultaneamente, o grau de certeza comunicado pela tipificação dos *torts* que emergem por via de um comportamento

vantagem sublinhada pelos seus defensores repousa, portanto, no acréscimo de clareza e lógica inerentes à *risk theory*.

¹⁷⁹⁵ O problema não é despicendo. Se o não retomamos, tal fica unicamente a dever-se ao facto de, em momento próprio, termos já chamado à colação as notas que aqui se retomam a propósito da *Common Law*.

Breves palavras, todavia, para mostrar o enfoque tendencialmente objectivista da previsibilidade de que se fala. Assim, veja-se “Impact of risk theory...”, ... cit., p. 673. Não só a previsibilidade é a previsibilidade razoável, como se indaga em que medida a consideração dos interesses protegidos pela norma concretamente violada pode ou não relevar em sede de delimitação daquela.

¹⁷⁹⁶ Sobre os dois entendimentos acerca da doutrina do risco, cf. HART e HONORÉ, *Causation...* cit., p. 286 e ss. Na verdade, importa voltar a sublinhar, a este ensejo, a não univocidade do pensamento dos autores que se filiam no quadro das teorias do risco. Designadamente, convém frisar que, enquanto uns se orientam por uma ideia de previsibilidade, outros parecem lançar mão da repartição do risco para unificar a chamada à colação de uma miríade de critérios imputacionais que podem obedecer a mais do que uma racionalidade. No que a nós respeita, não só a ideia de previsibilidade, pelos motivos expostos anteriormente, não se afigura suficiente para responder aos problemas, como a sua complementação ou substituição por outros vectores de ponderação não pode olvidar a intencionalidade especificamente jurídica.

doloso, cumpre ao jurista – no proferimento da sua decisão judicativa – determinar, com apelo a arrimos argumentativos vários, os interesses dignos de tutela.

Com o que se mostra que, longe da ancoragem ressarcitória na ilicitude enquanto categoria autónoma, o nexó de causalidade – ou o que em sua substituição vem pensado – cumpre a missão que àquela é confiada nos ordenamentos em que a questão da selecção desses interesses é feita *a priori*.

E o que, na aparência, poderia conduzir à absoluta irrelevância da lição para o nosso percurso dialógico vem, afinal, a mostrar-se prestimoso, uma vez que evidencia que, se, quando em causa estão interesses delimitados judicativamente, a responsabilidade só impenderá sobre o pretense lesante na medida em que o seu comportamento se liga de alguma forma à lesão deles, o mesmo raciocínio deve ser tido quando a eleição daqueles seja feita com base no estrato normativo do sistema.

O que por si só depõe no sentido da importância da consideração de um momento imputacional, secundando aquilo que temos sublinhado.

Mas sem que nos faça coincidir com a definição de contornos aqui considerada.

Vários são os motivos do dissenso. Por um lado, embora consciente ou inconscientemente seja este o resultado prático-normativo do enfoque proposto pelos autores, nem por isso deixam de lançar mão do mesmo critério para solucionar o problema da delimitação dos danos subsequentes. É a mesma previsibilidade que matiza uma solução e outra, embora não se ignore a tendência para sustentar que a indemnização deve cobrir também os danos consequenciais não previsíveis¹⁷⁹⁷.

Estes ficam dependentes do desvalor que insitamente está presente na conexão de risco que previamente se constrói. E se tal não deixa de, num apontamento eticamente densificado, ser de louvar, sabemos também que não pode valorar-se atomisticamente a ideia de risco, sob pena de se incumprir a teleologia primária do instituto, a apontar para a ideia de reparação e a justiça comutativa¹⁷⁹⁸.

¹⁷⁹⁷ Cf. “Impact of the risk theory...”, ... cit., p. 675

¹⁷⁹⁸ Quanto ao ponto, cf. ARTHUR RIPSTEIN e BENJAMIM C. ZIPURSKY, “Corrective Justice in an age of mass tort”, ... cit., p. 217 e ss., considerando imprescindível a causalidade pela devida homenagem à justiça correctiva e analisando o problema pela escalpelização do dever que une os sujeitos no tráfego jurídico. Atentemos na sua lição. Três são as possíveis classificações a dispensar a um dever: a) *relation or non-relation duty* (dependendo do tipo de norma que impõe o dever, já que as normas relacionais proibem uma pessoa de tratar as outras de uma certa maneira, enquanto as não relacionais estabelecem uma proibição que não se dirige ao outro); b) *duties of non-injuriousness or duties of non-injury* (no segundo caso, o dever só é violado por A se ele, de facto, lesar B; pelo contrário, no caso dos *duties of non-injuriousness*, é proibida uma conduta potencialmente lesiva, como é o caso do dever de adoptar o cuidado devido ou o dever de não comercializar um produto perigoso); c) *qualified or non-qualified duties* (implicando os primeiros o dever de não lesar outrem de um modo específico). Partindo desta

Até porque a mera ligação do comportamento do pretense lesante ao dano da vítima com base na previsibilidade remete-nos para o campo da subjectividade e, mais precisamente, da culpabilidade que, podendo determinar diferentes magnitudes em sede causal, nem por isso a substitui *in totu*¹⁷⁹⁹.

O que aqui fica dito prende-se, sobremaneira, com o segmento imputacional em que mergulhámos há já longo tempo. No que aos danos consequenciais respeita, dúvidas maiores se nos concitam acerca da bondade da posição expendida. Dir-se-ia mesmo que, uma vez preenchida a materialidade axiológica da ilicitude traduzida no resultado lesivo da posição jurídica jus-absoluta, outro poderá ser o pensamento que presidirá ao cálculo do montante do dano. Sem que, por ora, nos debrucemos sobre a temática, antes a remetendo para momento posterior.

Urgente é sublinhar, para já, a insuficiência desta posição no preliminar segmento dito causal. Insuficiência criteriológica, já que, ao tornar-se confundível com a culpa, deixa sem resposta a interrogação guia atinente à determinação da causa do dano que, embora não sendo factual, mas normativa, não pode deixar de fazer a ponte com o plano do ser, sobrevivendo, assim, nas palavras de CASTANHEIRA NEVES, como um

taxonomia, advertem que o *duty of repair* é devido pela violação de um *qualified duty of non-injury* e consideram que prescindir da causalidade seria contornar a qualificação que é incontornável. É que o dever de reparar, em rigor, só existe quando haja efectivamente uma lesão, clamando pela causalidade, e designadamente pelo facto de ter sido aquele concreto lesante o autor da lesão. Mais concretamente, o *tort of negligence* integra quatro elementos distintos: o *duty*, o *breach of duty*, o dano e a causalidade. Sendo certo que aquele dever – pressuposto da responsabilidade – é um dever de *non-injuriousness*, o dever de reparar é um *duty of non-injury*. Só que a preterição do dever não basta para que se afirme a *liability*. Duas são as justificações avançadas para a exigência. Uma, na esteira do pensamento de ZIPURSKY, centra-se no papel que a *tort law* ocupa no ordenamento jurídico, mostrando como, civilisticamente, é o particular lesado quem tem o impulso reactivo, devendo, por isso, identificar o autor da lesão com base na qual formula a sua pretensão. Outra, fiel à teoria do *risk ownership* tornada célebre por RIPSTEIN, a chamar a atenção para o facto de, se o risco não se concretizar numa lesão, não ser possível atribuí-la ao criador da esfera de que se parte (Cf. p. 224 e ss.), ao ponto de, havendo alguém que sofre um dano do mesmo tipo, não conseguir obter o ressarcimento, por não ter sido o resultado daquele primário risco [veja-se, porém, para uma maior pormenorização acerca do pensamento de ZIPURSKY e da sua *civil recourse theory*, BENJAMIM C. ZIPURSKY, “Civil recourse, not corrective justice”, *Georgetown Law Journal*, 91, 2003, p. 695 e ss.; “Rights, wrongs and recourse in the law of torts”, ... cit., p. 1 e ss.; BENJAMIM C. ZIPURSKY e JOHN GOLDBERG, “Seeing tort law from the internal point of view: Holmes and Hart on legal duties”, *Fordham Law Review*, 75, 2006, p. 1563 e ss. Analisando criticamente a doutrina, cf. JANE STAPLETON, “Evaluating Goldberg and Zipursky’s civil recourse theory”, ... cit., p. 1538 e ss., evidenciando o distanciamento dos autores relativamente a duas grandes correntes da *tort law*: a *corrective justice* e a análise económica da responsabilidade civil – se os segundos falham, sobretudo, a resolução do problema da causalidade e do dano, os primeiros deixam na sombra os deveres positivos e a *strict liability*].

¹⁷⁹⁹ Para outras considerações acerca da imprestabilidade da noção de previsibilidade para resolver o problema causal, cf. o que ficou dito *supra* a esse propósito.

dever ser que é. Sintomático disso é a flutuação doutrinal na concretização dos critérios anunciados de que, a seu tempo, demos conta¹⁸⁰⁰.

Insuficiência, ainda, na explicitação da *ratio* de sustentação do recurso à categoria do risco e da criação de uma esfera de responsabilidade a partir da comunicação dela com o desvalor de conduta desvelado em concreto¹⁸⁰¹.

Mais densificada parece, por isso, ser a construção – centrada no risco – proposta por ROXIN.

Pese embora se desenvolva no seio do direito penal, a influência por ela exercida justifica o acompanhamento excursivo do pensamento do autor, ainda que, posteriormente, na avaliação que dele se faça tenhamos de ter em conta as notas diferenciadoras dos dois ramos do direito que assim fazemos dialogar¹⁸⁰².

ROXIN parte da doutrina da causalidade adequada¹⁸⁰³. Para lá da crítica que sobre ela derrama, fixa no que lhe diz respeito dois pontos. Não tem verdadeiramente natureza causal, mas imputacional. E, assim sendo, mostra-se insuficiente. Di-lo expressamente o autor: “su ámbito operativo se limita en lo esencial a excluir la imputación en los cursos causales anómalos o inusuales. Pero hay otras numerosas

¹⁸⁰⁰ Refira-se, aliás, que as mais das vezes os autores olham para a *risk theory* procurando saber se ela se compatibiliza ou não com o *status quo* doutrinal e legal em matéria causal. Há, portanto, uma inversão metodológica. Não se busca a harmonia exigível da norma que se interpreta com o princípio, mas, outrossim, uma simbiose dentro do mesmo estrato sistemático.

Cf. TUNC, «Les développements récents...», ... cit.

¹⁸⁰¹ Ao que se alia, como fica implícito, o imprestável alicerce na justiça geral para concretizar a categoria normativa.

¹⁸⁰² A comunicação é autorizada por duas ordens de factores. De um lado, a coerência intrassistemática e o pendor analógico do justo decidir permitem-na. De outro lado, a percepção da raiz fundamentante da responsabilidade – se bem que apartada na conformação teleológica a que se chega em cada um dos domínios – torna perceptível a interdisciplinaridade que se convoca. Que, não podendo ser cega, impõe a correcção anterior pela indagação da adequação das soluções a que se chegam num dos ramos jurídicos à luz da intencionalidade matizadora do segundo.

Veja-se, porém, RANIERO BORDON, “Causalità (nesso di)”, ... cit., considerando que os critérios de valoração são muito diferentes no direito civil e no direito penal atentas as diversas intencionalidades dos dois ramos do direito.

¹⁸⁰³ Para uma análise do pensamento de ROXIN a este propósito, cf. MARTÍN GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, *Imputación objetiva*... cit., p. 20 e ss., considerando que o sentido da causalidade continua inalterado, não sendo possível a imputação sem a causalidade, que surge como limite máximo de imputação do tipo objectivo. Nesta medida, a imputação objectiva pretenderia criar um filtro, e assim refinar a teoria da adequação.

A este propósito, cf. ERICH SCHICKEDANZ, “Schutzzwecklehre und Adäquanztheorie”, ... cit., p. 918 e ss. Questionando como se pode indagar a finalidade da norma, o autor adianta que podem ser considerados diversos elementos. Assim, podemos procurar limitar a responsabilidade através do tipo de bens jurídicos protegidos e da interpretação da concreta violação do dever ou, então, atentar na criação de um especial âmbito/círculo de risco. De acordo como o *Gefährdungsgedanke*, o agente só é responsável quando pela sua conduta cria uma especial esfera de perigo, como, por exemplo, quando aumenta a probabilidade de ocorrência do dano de modo objectivamente reconhecido, devendo o dano surgir como uma realização do perigo. Para SCHICKEDANZ, a partir do momento em que entendemos a doutrina da adequação como uma teoria jurídica da causalidade ou como uma doutrina da imputação, veremos que lá reside o fundamento do *Gefährdungsgedanke*.

constelaciones (...) en los cuales se puede afirmar sin más la existencia de un nexo condicional adecuado, pero pese a todo se debe rechazar la posibilidad de imputación. Es decir, que el principio de adecuación sólo es un elemento estructural – aunque ciertamente importante – dentro de una teoría general de la imputación; forma parte de la misma y ya no necesita un tratamiento separado en el marco de una teoría independiente”¹⁸⁰⁴.

Adianta, então, ROXIN que, para que um resultado possa ser imputado ao agente, este tem de, com a sua conduta, ter criado um perigo para o bem jurídico. Esse perigo deve ultrapassar o que é permitido e, na transposição do limbo de referência da permissividade social, há-de ter-se projectado num resultado concreto. Com o que encontramos o segundo pólo da sua doutrina da imputação objectiva¹⁸⁰⁵. Não basta, com efeito, a criação do perigo. Há que realizar-se esse perigo naquele resultado¹⁸⁰⁶.

¹⁸⁰⁴ CLAUS ROXIN, *Derecho Penal. Parte General. Tomo I, Fundamentos. La estructura de la Teoría del Delito*, Thomson Civitas, 1997 (tradução espanhola de Luzón Peña, García Conlledo, Vicente Remesal), § 11, p. 361.

Um exemplo do autor torna-se paradigmático do que pretende salientar. A, ao saber da aproximação de uma tempestade, envia B para um bosque, esperando com isso que ele seja morto por um raio. Diz ROXIN que, se contra toda a probabilidade, se produz efectivamente o resultado, e este, segundo a doutrina da *conditio sine qua non*, pode ser considerado causado pelo comportamento de A, nem por isso se pode condenar o último por homicídio, porquanto juridicamente ele se não desvela. Mas, ao defender tal solução, o autor aduz não se poder chegar a ela por via do tipo subjectivo, ou seja, e no que a nós importa, por via da exclusão da culpa, mas tão-só pela mobilização activa de uma miríade de princípios de imputação objectiva (cf. p. 362).

Cremos ser o exemplo ilustrativo, embora – talvez pela diferente inserção dogmática – motivador em nós de outro tipo de comentários. Assim, parecendo-nos inegável a natureza dolosa do comportamento, importa acrescentar que dúvidas há, quando orientados pela probabilidade, quanto à natureza adequada do meio para produzir um resultado daquele tipo. Ou dito de outro modo, percebemos com meridiana clareza a imprestabilidade do critério causal na sua singularidade. A resposta que à pergunta possa ser fornecida fica, de todo em todo, dependente da formulação inicial dela, pelo que podemos, afinal, concluir já a conhecermos de antemão. Mas, se assim for, importa indagar, outrossim, por que razão negamos ou afirmamos objectivamente a imputação num caso como este, levando-nos a percrutar outros pontos de ancoragem do juízo que se pretende entretecer.

Mais se diga, em abono da plena inteligibilidade do excursus comparatístico que abrimos, não estar o civilista cerceado pelas mesmas condicionantes e limitações que oneram o penalista. De jeito perfunctório, pensamos, por exemplo, no limite à autóma constituição normativa comunicado pela principio da legalidade criminal que, ainda que só logre obter cumprimento no quadro de uma solução dogmática e já não metodológica [cf., quanto ao ponto, e com grande desenvolvimento, CASTANHEIRA NEVES, “O princípio da legalidade criminal. O seu problema jurídico e o seu critério dogmático”, ...cit., p. 307 e ss. (também publicado em *Digesta ... cit.*, p. 347 e ss.)], não pode deixar de ser por aquele tido em conta.

¹⁸⁰⁵ Cf. ROXIN, “Gedanken zur Problematik der Zurechnung im Strafrecht”, *Festschrift für Richard Honig*, Verlag Otto Schwartz & Co., Göttingen, 1970, p. 133 e ss. (o autor não trata o problema do ponto de vista da causalidade, mas do ponto de vista da imputação).

¹⁸⁰⁶ É com base nesta teoria que o autor explica a não punição do agente por homicídio no caso relatado na nota anterior. Segundo ele, o envio de alguém para um bosque não cria o perigo juridicamente relevante para se poder falar de imputação. Cf. CLAUS ROXIN, *Derecho Penal. Parte General...* cit., p. 363. Do mesmo modo, no tradicional exemplo de escola em que alguém é ferido por outrem mas vem a morrer em virtude de uma infecção contraída no hospital em que é internado, ROXIN considera não haver imputação objectiva, porque não se realiza com o resultado o perigo criado.

Mais especificamente, o autor considera que “la imputación al tipo objetivo presupone la realización de un peligro creado por el autor y no cubierto por un riesgo permitido dentro del alcance del tipo”¹⁸⁰⁷.

Havendo desde logo uma dessintonia latente entre o que o autor sustenta e aquilo que daí podemos colher, já que, no estrito domínio civilista, não estamos limitados pela tipicidade do delito, nem por isso se pode concluir, preliminarmente, da impertinência dos ensinamentos para captar a realidade imputacional no quadro da responsabilidade extracontratual.

E, ao assumi-lo, não temos em mente unicamente as hipóteses de desvelação da ilicitude ao abrigo da segunda modalidade dela, prevista no artigo 483º CC. Efectivamente, ficou anteriormente assente que, correspondendo o individualismo a uma ficção desdignificante do ser humano, e inviabilizando a ancoragem não formalista da juridicidade, é na pressuposição da personalidade livre e responsável que encontramos o fundamento último da responsabilidade. Traduzindo-se na sua teleonomologia, implica a percepção do instituto à luz de uma esfera de responsabilidade positiva que se vai delineando a montante. Na abertura dialogante ao outro, avultam deveres de respeito que entretecem a relação de cada um com os demais.

Se a ilicitude se revela pelo resultado lesivo, pela violação de um direito subjectivo absoluto, a alternativa torna-se clara. Ou resvalamos no formalismo e chamamos à colação a causalidade no cumprimento exclusivo da teleologia primária da responsabilidade civil, teimando, então, imbuídos do mesmo espírito por que nos orientaríamos, em permanecer fieis a uma impostação naturalista, ainda que mascarada pela juridificação dela, ou recusamos o empobrecimento ético-axiológico e, numa exigência de densificação material daquela ilicitude, percebemos que a mesma não se pode quedar num mero resultado para, através de um juízo imputacional objectivo, a reconduzirmos ao comportamento do lesante.

Simplesmente esta recondução deve ficar longe de um traçado causalista. Por dois motivos, de índoles diversas. Em primeiro lugar, porque a ligação causa-efeito não logra satisfazer o desiderato de preenchimento material daquela ilicitude do resultado. Um dano pode, no plano fáctico, ser causado por um sujeito, e o seu comportamento revelar-se culposos, sem que seja possível estabelecer-se a concatenação exigível. E o inverso afigura-se igualmente verdadeiro. Em segundo lugar, porque a complexidade do

¹⁸⁰⁷ Cf. CLAUS ROXIN, *Derecho Penal. Parte General...* cit., p. 364.

interagir social e real impede a reconstrução da sequência causal que nos poderia levar a determinar, no plano natural, quem é o autor do dano.

O nosso prisma não pode deixar de ser valorativo e, sendo-o, a ancoragem na criação de uma esfera de risco logra satisfazer melhor a missão que lhe confiamos do que a mera ideia probabilística.

Antes, porém, de ousarmos explicitar alguns dos critérios de concretização das ideias que se vêm desenhando, importa continuar a seguir de perto o pensamento de ROXIN.

Sendo três os tópicos guia lançados pelo autor – criação de um risco não permitido, realização do risco não permitido, e alcance do tipo –, o desenvolvimento dogmático por si oferecido traduz-se na refracção criteriológica dos três pilares sustentadores do modelo. Por isso, quem quiser aceder à doutrina da imputação objectiva erigida por ROXIN deve ter em conta os sub-princípios em que aqueles se projectam, irradiando a sua intencionalidade¹⁸⁰⁸.

Se a base da imputação objectiva passa pela criação de um risco não permitido¹⁸⁰⁹, ela é eliminada sempre que se verifique uma das situações descritas pelo autor. A saber: casos de diminuição do risco¹⁸¹⁰; casos em que falta a criação do perigo¹⁸¹¹; ou de actuação no limiar do risco permitido¹⁸¹².

¹⁸⁰⁸ A teoria roxiniana da conexão do risco foi acolhida no domínio penalista, entre nós, *inter alios*, por FIGUEIREDO DIAS. Cf. *Direito Penal. Parte Geral*, tomo I, *Questões fundamentais. A Teoria Geral do Crime*, Coimbra Editora, Coimbra, 2004, p. 313 e ss. e “O direito penal na sociedade do risco”, *Temas básicos da doutrina penal. Sobre os fundamentos da doutrina penal. Sobre a doutrina geral do crime*, Coimbra Editora, Coimbra, 2001, p. 155-185.

No quadro do direito civil, cf. ANA PERESTRELO OLIVEIRA, *Causalidade e imputação...* cit., p. 75. Circunscrevendo a sua análise ao campo da responsabilidade ambiental, a autora considera ser na conexão de risco que se pode encontrar o ponto de apoio suficientemente firme para dar resposta aos problemas que, a esse nível, emergem a propósito do estabelecimento do que tradicionalmente vai entendido como nexos de causalidade. Justifica-o pela desnecessidade assim comunicada de se indagar naturalisticamente o pendor condicional de um determinado comportamento relativamente ao dano advindo. São suas as palavras: “note-se que exigir a demonstração da criação/aumento do risco é algo de essencialmente diverso de exigir a demonstração da *conditio sine qua non*. A *conditio* não interfere aqui sequer ao nível da base de imputação dos danos ambientais. Bem longe de se exigir a demonstração de uma causalidade naturalística, exige-se – o que é bem menos – a demonstração da criação/aumento do risco”.

Veja-se, igualmente, MARTÍN GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, *Imputación objetiva...* cit., p. 23 e ss., analisando a doutrina roxiniana; F. PANTALEÓN PRIETO, “Causalidad e imputación objetiva”, *Centenario del Código Civil II*, ...cit., p. 1561 e ss. (o autor considera que não pode haver imputação objectiva quando, por respeito ao evento lesivo, a conduta não ultrapassou os limites do risco permitido, ainda que os possa ter ultrapassado em relação a outros possíveis eventos danosos, podendo, assim, ser considerada negligente. Tal acontece quando, “com toda a probabilidade, um resultado substancialmente idêntico se haveria também produzido se o lesante tivesse actuado prudentemente”).

¹⁸⁰⁹ Sobre o ponto, cf. MARTÍN GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, *Imputación objetiva...* cit., p. 23, considerando que o direito penal não pretende a todo o custo eliminar resultados, mas apenas quando o grau de probabilidade *ex ante* de criação de um certo dano pela acção supere um determinado nível.

¹⁸¹⁰ Cf. CLAUS ROXIN, *Derecho Penal. Parte General...* cit., p. 365-366. Trata-se de todas aquelas situações em que “o autor modifica um curso causal de tal maneira que minora ou diminui o perigo já

existente para a vítima”. Entre os exemplos apontados por ROXIN encontramos alguns casos de escola: A, vendo que uma pedra vai atingir a cabeça de B, atira-o ao chão provocando-lhe lesões na integridade física que, de todo o modo, seriam menos graves do que aquelas potencialmente geradas pela colisão do referido objecto.

Este é, aliás, apontado como uma situação paradigmática da imprestabilidade da doutrina da adequação, porque, nos quadros dela, a causalidade não seria excluída. Tradicionalmente, solucionava-se, pois, o problema recorrendo à figura do estado de necessidade, excludente da ilicitude. Segundo o depoimento de ROXIN, essa não é a melhor solução, exactamente porque nem se desvela o preenchimento do tipo de ilícito, não fazendo, por isso, sentido vir a excluir posteriormente a ilicitude do acto.

Não lidamos, ao nível do direito civil – já o afirmámos – com o conceito de tipicidade. Contudo, dois dados parecem pesar no sentido do acolhimento – a este nível apenas heurístico – das palavras do penalista. De um lado, as dúvidas acerca da bondade da mobilização da figura do estado de necessidade para fazer face a um âmbito de relevância concreta como este; de outro lado, a recusa de formalização do juízo de ilicitude ainda que o mesmo se traduza num resultado lesivo e deixe de lado a predicação da conduta.

Cf. MARTÍN GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, *Imputación objetiva...* cit., p. 59. O autor considera que neste caso falta a ilicitude da conduta, estando tais situações a coberto da figura do estado de necessidade. Na verdade, MONTIJANO entende que não há radical divergência entre estes casos e aqueles em que se substitui uma fonte de perigo por outra diferente, como na situação em que A atira uma criança pela janela para a salvar das chamas. Deste modo, o agente teria actuado de modo inteiramente lícito, não fazendo sentido lançar mão de uma categoria intermédia entre a causalidade, que existe, e a ilicitude. Denota-se, portanto, a crítica do jurista relativamente ao critério da diminuição do perigo. Ademais, sublinha que não basta diminuir a probabilidade de um resultado, mas fazer tudo o que é exigível para que outro sujeito não sofra um dano. Assim, no caso em que A tem oportunidade de desviar completamente o golpe de uma pedra, mas decide que B deveria sofrer alguma lesão, e só desvia pela metade o seu trajecto, ele diminui o dano, mas deve ser civilmente responsabilizado, porque não fez tudo o que estava ao seu alcance para obviar a violação do direito. Note-se que no caso da criança que é atirada da janela, ROXIN sustenta que há imputação, embora os comportamentos se possam considerar justificados com recurso ao consentimento presumido ou ao estado de necessidade.

¹⁸¹¹ Cf. CLAUS ROXIN, *Derecho Penal. Parte General...* cit., p.366-367. Trata-se, agora, das hipóteses em que o agente não aumentou de modo juridicamente considerável o perigo. Como exemplos oferecidos contam-se as situações em que A convida B para um passeio numa grande cidade, vindo este a sofrer um acidente de viação.

Saliente-se, porém, a este ensejo, a aproximação que o autor faz do critério agora em apreço com a doutrina da adequação. Dando a palavra a ROXIN, “el principio de imputación de la creación o el aumento del riesgo coincide en lo sustancial con la teoría de la adecuación y con el principio (...) de la pretendibilidad objetiva” (p. 367). Com isto, pretende o autor argumentar no sentido da valoração do carácter arriscado ou perigoso da conduta segundo os cânones da prognose póstuma e tendo em consideração, ainda, o que o lesante efectivamente conhecia no momento da prática do acto. Por isso, naquele exemplo acima referido, se A sabia que B padecia de uma insuficiência ou incapacidade física que o tornavam especialmente vulnerável a um ambiente pleno de trânsito, ele pode vir a ser responsabilizado.

Algumas notas urgem, pese embora só no final estejamos em condições de derramar um juízo conclusivo acerca da doutrina expandida.

Não há confusão entre a doutrina encabeçada por ROXIN e a teoria da causalidade adequada. Se a confluência pode ser denotada, nem por isso deixa de ser clara a integração da segunda no núcleo predicativo da primeira. Donde se conclui que, afinal, não é a simples probabilidade de surgimento do dano que orienta e determina o juízo de imputação, afigurando-se aquela, antes, como um expediente ancilar na determinação do perigo que é criado. [Sobre a caracterização do risco a envolver uma ideia de probabilidade, cf. STEPHEN PERRY, “Risk, harm and responsibility”, ... cit., p. 322. À pergunta “what is risk?”, o autor responde que qualquer concepção pré-teórica dele coenvolve duas coordenadas, definindo-o como o produto da probabilidade do dano e da sua magnitude. Tendo em conta os dados – dano e probabilidade, ensaia uma primeira aproximação ao conceito, que implica, outrotanto, a consideração do interesse. No fundo, o risco seria sopesado tendo em conta a potencialidade de interferência com um determinado interesse, e seria determinado pelo entendimento com que se olhasse para a probabilidade. Mais se diga que, acerca da probabilidade, o autor acaba por confessar a plurissignificação da categoria, a apelar ou a uma concepção objectiva, ou ao estado dos nossos conhecimentos e crenças/expectativas].

Sem que isto verdadeiramente constitua motivo de surpresa, porque, anteriormente, ao falarmos da descaracterização da causalidade adequada, tínhamos explicitado a possibilidade de aproveitamento da lição que nos oferece, em alguns dos seus apontamentos.

Mais se diga, todavia, que o enfoque simbiótico apresentado não nos leva a ter de concluir pela prestabilidade da doutrina da causalidade adequada, fazendo-nos mergulhar na *vexata quaestio* da determinação do padrão cognitivo de que se parte. Na verdade, cremos ser possível chegar aos mesmos resultados orientadores da judicativa tarefa que se abraça com base em duas ideias chave. Por um lado, a exigibilidade e razoabilidade, a apontarem para a valoração da conduta, da perspectiva da natureza arriscada ou perigosa, segundo o padrão do homem médio no momento da conduta; por outro lado, a imperiosa contemplação de todos os elementos de relevância jurídica do caso, a opor-se à desconsideração da extraordinariedade da situação, antes a tendo de valorar do ponto de vista da polarização do risco.

No cotejo com a doutrina tradicional, é ainda importante salientar o desenvolvimento subsequente oferecido por ROXIN. De facto, ciente da falta de linearidade dos acontecimentos na realidade e da emergência de situações de sobredeterminação causal, o autor vem questionar em que medida pode ou não ser relevante a ponderação dos cursos causais hipotéticos. Entre nós e no domínio civilístico é questionado o problema da relevância (positiva e negativa) da causalidade virtual. Chegando embora aos mesmos resultados, quando em debate estejam as causas substitutivas humanas (v.g., A mata B, sendo certo que se não o fizesse C assumiria o papel de autor substituto; A mata a vaca de B, sendo certo que, por questões de saúde pública, a mesma seria posteriormente abatida pelas entidades sanitárias competentes. Em qualquer dos casos, o depoimento do autor vai no sentido punitivo – cf. p. 368), alicerça-os noutro tipo de razões, a convocar directamente a intencionalidade específica do ramo dogmático em que se insere, e evidencia um acréscimo de problematicidade quando a causa hipotética não se cinja a uma substituição humana – cf. p. 370. Dois motivos não nos levam, contudo, ao aprofundamento da temática. Por um lado, estamos em crer que ela, assumida comprometidamente, implica o chamamento à colação de domínios nos quais ainda não mergulhámos, como a bondade ou não da consideração de um primeiro momento, ou, no nosso modelo, um prévio momento, de base fáctica, onde aquela virtualidade causal é, tradicionalmente, ponderada. Relegamos, portanto, para momento ulterior o tratamento da questão. Por outro lado, há na fundamentação de ROXIN uma clara ancoragem na intencionalidade criminal, a tornar imprestáveis os seus ensinamentos a este propósito. Importa, *in fine*, frisar, como faremos posteriormente, a diferença entre a causalidade virtual e o problema do comportamento lícito alternativo.

Sublinhe-se, contudo, o maior contributo do autor a este ensejo. Não são despiciendas as suas palavras quando diz que não pode a solução da questão conhecer um tratamento lógico ou consentâneo com as ciências exactas, já que é uma valoração de política criminal que a determina (cf. p. 370). Transposta a lição para o domínio civilístico, outro enfoque não se afigura plausível que não aquele que, tendo em conta a teleonomologia do instituto compaginada com a sua telologia primária, privilegie um olhar juridicamente comprometido sobre aquela.

Sobre o ponto, cf., igualmente, MARTÍN GARCÍA-RIPOLL MONTJANO, *Imputación objetiva...* cit., p. 61 e ss. Tomando como referente argumentativo o caso do sobrinho que manda o tio passear na esperança que ele morra, o autor mostra que muitos pensadores vêm afirmar que não existe dolo, por este implicar a possibilidade de influir num acontecimento real. Contudo, a questão, longe de ser pacífica, admite a resposta inversa. E adverte que o caso é diferente daquele em que A, completamente inexperiente no manejo de armas, dispara contra B, com dolo de matar, a uma distância que mesmo para um atirador excelente seria muito difícil acertar, relativamente ao qual a maioria da doutrina advoga que há imputação objectiva. Segundo explicita o autor, o atirador tem um certo domínio do facto; o sobrinho, pelo contrário, apenas expõe o tio às forças da natureza que, de todo em todo, não controla (cf. p. 66). Admite, porém, MONTJANO que o caso possa ser configurado de outro modo, por forma a considerar-se a conduta ilícita: o sobrinho envia o tio para um local de especial atracção de electricidade, sabendo que normalmente é atingido por raios. Os conhecimentos do agente passam a ser peso determinante, convolvendo um comportamento inócuo num possível acto ilícito. Ora, para o jurista que agora acompanhamos, tal mostra que a doutrina da imputação objectiva terá de se abrir a considerações de índole subjectiva (há que ponderar, designadamente, ao lado da probabilidade de surgimento do dano, as qualidades normais do homem médio, os custos com a eliminação da fonte de risco em confronto com a necessidade de protecção do bem jurídico, a intenção de causar ou não o dano).

¹⁸¹² Cf. CLAUS ROXIN, *Derecho Penal. Parte General...* cit., p. 371-373.

Apresentando uma taxonomia impressiva dos vários modos como pode ser compreendido o risco permitido, o autor translucidamente afasta algumas das interpretações da categoria, como sejam todas as que o levam a confluir com o conceito de adequação social ou aquelas que o assumem como um

De todo o modo, não é bastante a criação do risco. Ela deve surgir acompanhada da realização dele. Ou dito de outra forma, o resultado que se procura imputar à conduta do agente deve vestir a roupagem do risco que aquele criou, não sendo mais do que uma sua projecção ou concretização. Por isso, advoga ROXIN que se exclui a imputação quando o resultado não se produz como efeito desse perigo, mas apenas em conexão causal com ele¹⁸¹³. Do mesmo modo, reclama igual solução negativa quando falte a realização do risco não permitido¹⁸¹⁴.

princípio estrutural de muitas causas de justificação (cf. p. 371). Quanto à primeira, é toda uma desconfiança que lhe vota, a que não há-de ser estranho o posicionamento do autor no espectro do pensamento jus-filosófico, a matizar a clivagem; no que ao segundo tange, é a constatação de que, nessa recondução, a ideia de risco permitido perderia a sua autonomia e efeito útil a justificar a crítica.

No que a nós diz respeito, importa salientar dois pontos. Antes de mais, não nos quedamos na questão do preenchimento do tipo, porquanto distantes da tipicidade própria do congénere penalista. E, assim sendo, diríamos que a actuação no âmbito do risco permitido constitui o denominador comum da generalidade das situações do dia-a-dia. É no limbo de transposição desse risco permitido que, confluindo os restantes pressupostos de surgimento de uma pretensão indemnizatória, se postula a entrada em funcionamento do mecanismo ressarcitório. Donde nos parece que perde autonomia o sub-critério enunciado. Dito de outro modo, ele antolha-se como o reverso da medalha da assunção e incremento do risco de que se parte. Casos haverá, porém, em que a tomada de consciência da predicação de um comportamento como permitido pode ser importante para realçar o juízo que se procura entretecer. Em que medida tal se afasta da adequação social é, porém, algo a investigar *infra*.

Note-se, contudo, que no pensamento do autor é clara a cisão entre as duas realidades, como daremos nota um pouco mais à frente.

Sobre o ponto, cf., igualmente, MARTÍN GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, *Imputación objetiva...* cit., p. 82 e ss., adiantando que “falta a imputação objectiva quando se realizam actividades arriscadas ou se incita outros a realizá-las, mas tais actividades estão dentro do nível de risco que o ordenamento permite ou tolera”, como é o caso do tráfego automóvel. A diferença entre este caso e aquele de falta de criação do risco reside no facto de aqui a actividade ter várias possibilidades de produzir o dano, enquanto que naquele a possibilidade é quase nula. Mais acrescenta, em crítica ao arrimo criteriológico, que a figura da exclusão da imputação com base na ideia de risco permitido não adianta nada que não seja comunicado por aqueloutra da ilicitude, sendo a base de todo o sistema de responsabilidade civil e não um elemento para se aferir da licitude do comportamento. Por isso – acrescenta MONTIJANO –, “os defensores da imputação objectiva não têm outro remédio senão reconhecer que a fundamentação do risco permitido está relacionada com a ponderação de interesses do estado de necessidade”, enquanto “outros consideram que tal ponderação já está incluída na análise da violação do dever de cuidado”. Só que, segundo o autor, isto abriria a porta a considerar que, se o risco permitido elimina a imputação objectiva, também nas chamadas causas de justificação faltaria a imputação, porque o risco é permitido, dado que ninguém defende (cf. p. 83. Sobre o problema das causas de justificação, v., porém, o que se dirá *infra*).

¹⁸¹³ Cf. CLAUS ROXIN, *Derecho Penal. Parte General...* cit., p. 373. Tratando o problema a propósito do preenchimento do tipo objectivo, e como tal longe da intencionalidade problemática que nos guia – já o sabemos –, ROXIN oferece como exemplificação deste ponto o caso de escola da pessoa que, sendo gravemente ferida por outrem que a queria matar, vem a falecer no hospital em virtude de um incêndio que ali deflagrou.

Note-se, e este parece ser um dado relevantíssimo, que estamos aqui longe de uma ideia causalista estrita que se preocupa com a determinação da previsibilidade do factor causal que interfere no decurso dos acontecimentos.

Tomemos como guia o exemplo do internamento hospitalar. A é baleado por B. Internado de urgência no hospital, vem aí a contrair uma infecção que determinou a sua morte. Considera-se, tradicionalmente, que há uma interrupção do nexo de causalidade. Ou dito de outro modo, o disparo de B não é causa adequada da morte do primeiro. Como guia ancilar da solução que se procura, tem-se em conta a probabilidade de avultar o dado interferente. Ou dito de outro modo, era normal e previsível (provável) que do internamento resultasse a morte do paciente. Sendo a resposta negativa, nega-se também o nexo causal; pelo contrário, a positividade dela conduz à concomitante afirmação daquele. Por isso se entendeu já,

como demos conta em momento devido, que no quadro de uma epidemia de gripe ou pandemia poderia não haver, em concreto, elisão do requisito causalidade.

Totalmente diversa é a impositação a que somos conduzidos por meio do pensamento de ROXIN. Longe de uma visão determinista e ficcional, o autor convida-nos a proceder a subtis investigações – cf. p. 374. “Se alguém chega ao hospital com um envenenamento vitamínico causado imprudentemente por um farmacêutico e ali morre por uma infecção gripal contraída, da qual não é responsável o hospital, a imputação do resultado depende de a infecção e a morte por gripe serem uma consequência da debilidade orgânica do paciente condicionado pelo envenenamento” (*op. cit., loc. cit.*). Duas respostas são, então, possíveis. “Em caso afirmativo, ter-se-á realizado o perigo criado pelo farmacêutico (...)” e o mesmo deve ser responsabilizado; “pelo contrário, se a gripe tiver conduzido à morte independentemente da debilidade causada pelo envenenamento vitamínico”, a resposta será inversa (cf. p. 375).

Alguns comentários devem ser tecidos. Alertamos que os mesmos se imbuem, agora, da intencionalidade específica do direito civil, distanciando-se, por isso, de apontamentos que poderiam ser líquidos no seio do direito penal.

A primeira dúvida que o acompanhamento do exemplo fornecido por ROXIN suscita prende-se com a dificuldade do cabal esclarecimento que se procura com a investigação a que somos conduzidos. Na verdade, não são só dificuldades de prova que se apresentam como barreira, mas ainda antes a impossibilidade de muitas vezes se recuar linearmente, afastando todas as incertezas, ao ponto fulcral do anichamento causal. Ora, a formulação do autor abre as portas ao risco de dualização interpretativa, sendo certo que a fidelidade a uma delas deve ser criticada. Explicitando o que implicitamente fica dito, e remontando, para tanto, ao caso da gripe contraída na sequência do envenenamento vitamínico, importa salientar que o convite à subtil investigação pode redundar na busca da causa eficiente, perdendo-se a ancoragem no plano normativo para transitarmos para aqueloutro fáctico. Com todas as dificuldades que daí resultam e que foram evidenciadas quando olhámos, mais ou menos detidamente, para as *explanatory theories*. E que podem, por sua vez, conduzir, consciente ou inconscientemente, para uma adesão à ideia de probabilidade que preenche a doutrina da adequação.

Tal seria, em abono da verdade, uma inflexão relativamente ao fundamento cimeiro do juízo imputacional que se procura. O critério primacial já não seria o risco, mas a ideia estatística de probabilidade, que, longe de um complemento, passaria a desempenhar a assumir novamente o papel principal. [Saliente-se, porém, de jeito caleidoscópico, porquanto se pretende que o testemunho ultrapasse o ponto expositivo em que nos estamos agora a situar, que o facto de se recusar a ideia de probabilidade ou de previsibilidade enquanto centro nevrálgico do juízo imputacional, levando-nos a tecer duras críticas no que respeita ao modo tradicional de tratamento de um problema dito causal, não nos impede de, na formulação daquele juízo, ter em conta determinada ideia de regularidade ou normalidade. Cf., quanto ao ponto, embora de forma generalista, REIS MARQUES, *Introdução ao Direito...* cit., p. 14. Dado conexionar-se a asserção com o problema do relacionamento entre a questão de facto e a questão de direito e no que a nós tange da referência das lucubrações tidas por valiosas ao dado real, a mesma será retomada *infra*.]

Se ao nível penalista se pode compreender a preocupação do autor, em nome do princípio *in dubio pro reo*, e das funções específicas cumpridas pelas penas, o mesmo afunilamento inexistente no homólogo direito civil. No fundo, o que se procura é determinar quem deve suportar um dano. E a contaminação do modelo de operacionalidade do instituto pela justiça comutativa, se bem que nunca desligada de uma ancoragem última na pessoalidade e, portanto, num sentido lato, de sanção a que se liga a responsabilidade daquela, liberta-nos de eventuais agrilhoamentos. Assim, e porque a assunção do risco se liga intrinsecamente àquela zona de responsabilidade delineada a montante e que vem a coincidir, afinal, com uma dimensão de liberdade positiva, podemos avançar – embora a título de hipótese de investigação a ser confirmada subseqüentemente – que o aumento do risco por si só depõe no sentido da imputação objectiva do resultado à conduta do pretense lesante, anunciando-se com isto a inversão do ónus probatório, a fazer impender sobre esse mesmo lesante o encargo de provar a causa real do dano, se diversa do seu comportamento. Sem que isso seja, porém, o único expediente de que se lança mão, já que, se o risco é incrementado, sempre se terá de ajuizar se o dano que emerge apresenta com ele uma conexão funcional ou se, pelo contrário, no exigível cotejo com as restantes esferas de risco, designadamente a do risco geral da vida, ele perde a ligação profunda com a conduta do agente. Dito de outro modo, teríamos de ver se o risco a que a vítima ficou exposta existiria de todo o modo, independentemente da conduta do sujeito.

Por isso, contra o que é o posicionamento tradicional da doutrina no exemplo vertido do internamento no hospital no período pandémico, dir-se-á que nesse caso o lesado não ficou (ou pode não ter ficado, dependendo do grau epidémico concretamente vivenciado) sujeito a um risco diverso daquele que ele já suportaria pelo facto de estar vivo.

Sobre o ponto, cf. o que *supra* expusemos sobre o pensamento de TRIMARCHI. *Infra*, teremos oportunidade de retomar o ponto em debate.

Se ousarmos interpretar a lição oferecida por ROXIN, diremos que esta nos parece ser a mais consentânea com os pressupostos de que parte.

Sobre o ponto, v., igualmente, MARTÍN GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, *Imputación objetiva...* cit., p. 91 e ss., invocando a este propósito o *allgemeines Lebensrisiko* e ponderando, no quadro do direito alemão, a doutrina da causalidade adequada e a doutrina da finalidade da norma para dar resposta ao problema imputacional suscitado por ROXIN.

¹⁸¹⁴ Cf. CLAUS ROXIN, *Derecho Penal. Parte General...* cit., p. 375. A subtileza só pode ser percebida no quadro da existência de normas que, no âmbito de actividades totalmente permitidas, imponham determinados deveres específicos de comportamento que, uma vez obliterados, fazem resvalar o sujeito do plano do permitido para o não permitido. Se a transposição para o direito civil puder ser feita, dir-se-ia que é no quadro da segunda modalidade de ilicitude que se galvaniza a importância do sub-critério. Mais se diga que, de acordo com os exemplos fornecidos pelo autor para ilustrar o seu pensamento, é a ideia de comportamento lícito alternativo que vem questionada [cf., a este propósito, MARTÍN GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, *Imputación objetiva...* cit., p. 35 e ss., apontando, como características da hipótese, o facto de o agente ter actuado incorrectamente, de se ter produzido uma lesão num bem jurídico e de, no caso de ter existido um comportamento lícito alternativo, a lesão ocorrer com toda a probabilidade.] Ademais, o fim de protecção da norma liga-se, a este propósito, com a ideia de fim de protecção da norma de cuidado limitadora do risco permitido e não com o fim de protecção do tipo penal (cf. p. 378) [a propósito da ideia de protecção da norma, v., igualmente, ROXIN, “Literaturbericht”, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, n°78, 1966, p. 214 e ss., em especial p. 217.]

De todo o modo, percebe-se aqui que a chamada à colação dessa ideia de comportamento lícito alternativo não pode deixar de ser entendida no quadro da não realização do risco não permitido criado, só aí se tornando inteligível a mobilização dela. ROXIN di-lo expressamente – cf. p. 382. Depois de afirmar que o problema andarà próximo das constelações em que os cursos causais hipotéticos são relevantes, admite a diferença entre ambos por se tratar aqui de uma causalidade imaginada para efeitos comparativos e que serve para conseguir um juízo normativo acerca do incremento do perigo (*op. cit., loc. cit.*). A constatação do comportamento lícito alternativo funciona como um indício da não realização de um comportamento que supera o risco permitido. Sobre o problema da distinção entre o comportamento lícito alternativo e a causalidade virtual, veja-se, ainda, BRANDÃO PROENÇA, *A conduta do lesado...* cit., p. 452-453. V., igualmente, a este propósito, PANTALEÓN, “Causalidad...”, ... cit., p. 1577 e ss., analisando o problema à luz da doutrina do risco permitido (há que comparar o comportamento do lesante com a alternativa diligente. Se se perceber que ela não incrementou o risco de produção do evento danoso, então, em nome do princípio da igualdade, não pode haver imputação); MARTÍN GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, *Imputación objetiva...* cit., p. 192 e ss., considerando as hipóteses em que se problematiza a questão do comportamento lícito alternativo similares àquelas que vêm conhecidas pela causalidade hipotética, analisadas, não ao nível da realização do risco, mas a propósito do incremento dele. A grande diferença residiria no facto de agora o curso causal hipotético se traduzir num comportamento lícito [Refira-se, contudo, que MONTIJANO se mostra particularmente crítico do ponto: a) enquanto a imputação objectiva se alicerça num incremento do risco aferido *ex ante*, a ponderação de comportamentos alternativos implica que a análise do incremento do risco seja feita *ex post*; b) além disso, a doutrina do incremento do risco parece falhar ao não obviar o recurso aos cursos causais alternativos, não evitando os problemas lógicos da causalidade concorrente e o recurso a um pensamento contrafáctico. A este ensejo, v. o que se dirá *infra*; c) finalmente, (cf. p. 196), não acrescenta nada de novo, pois, “*ex post*, concluiremos que a conduta tem 100% de possibilidades de produzir o resultado e a alternativa correcta também deve ter 100% de possibilidades de produzir o mesmo resultado”].

Mais do que isso, é claro o propósito do autor de cindir a realização do risco em geral da realização do perigo não permitido. Cf. CLAUS ROXIN, *Derecho Penal. Parte General...* cit., p. 378: “com la realización del riesgo no permitido sucede algo ligeramente distinto que con la realización general del peligro, que sólo depende de la adecuación o previsibilidad del curso causal (...)”. No fundo, o que ROXIN pretende comunicar é que não basta a adequação para se firmar o nexo de imputação, porque, mesmo quando ela exista, sempre se haverá de determinar em concreto se o resultado produzido se integra entre os fins que a norma visava evitar.

Saliente-se, *in fine*, um dado não despidendo. Tão menos despidendo que ele se converte na chave de compreensão quer da solução que o autor dispensa ao problema do comportamento lícito alternativo, quer, mais amplamente, da intelecção de todo o modelo imputacional por si apresentado [sobre o pensamento do autor neste ponto específico, cf. “Pflichtwidrigkeit und Erfolg bei fahrlässigen Delikten”, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, n°74, 1962, p. 411 e ss.]

Ponto fulcral na resolução do problema imputacional em torno da ideia de risco é, ainda, o alcance do tipo legal¹⁸¹⁵. Porém, não estando nós, no domínio do direito civil, constrangidos pela ideia de tipicidade, perde sentido a investigação de que ele constitui mote. O que não equivale à irrelevância dos problemas ali patenteados que, vindo a refractar-se na questão da cooperação numa autocolocação em perigo^{1816 1817}, na questão da heterocolocação em perigo aceite pelo terceiro¹⁸¹⁸, e na questão da atribuição de uma esfera de responsabilidade alheia¹⁸¹⁹, mostram o pendor imputacional de muitas das *vexata quaestiones* com que o civilista também lida^{1820 1821}.

Na verdade, se é verdade que o risco surge como o denominador mínimo comum de unificação das diversas hipóteses por si tratadas, não menos certo é que o pilar em que funda o tratamento das várias questões de *quid iuris* leva ínsito uma ideia de criação do risco ou ultrapassagem do risco permitido. Donde a teoria do incremento do risco por si forjada pode, afinal, ser assumida como a marca de água distintiva do seu sistema. À qual são remetidas aquelas mesmas soluções, na necessária transcendência pelos princípios, de molde a se aceder à intencionalidade normativa delas.

Para outros entendimentos acerca do modo como se entende o problema do risco permitido e da sua relação com o comportamento lícito alternativo e o fim de protecção da norma, cf. do autor p. 385 e ss., com apelo a outros penalistas de relevo no quadro doutrinário.

Acerca do comportamento lícito alternativo, serão tecidas ulteriores considerações *infra*.

¹⁸¹⁵ Cf. . CLAUS ROXIN, *Derecho Penal. Parte General...* cit., p. 386.

¹⁸¹⁶ Cf., igualmente, MARTÍN GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, *Imputación objetiva...* cit., p. 38 e ss.

¹⁸¹⁷ Cf., também, GERT BRÜGGEMEIER, *Haftungsrecht...* cit., p. 76 e ss. O caso aí discutido é o da lesão que dois jovens sofreram, depois de terem conduzido até um bar, tendo-lhes sido vendido álcool, que estaria na base do acidente posteriormente vivenciado. Os pais dos jovens vêm demandar o dono do bar por lhes ter vendido as bebidas.

¹⁸¹⁸ Cf. MARTÍN GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, *Imputación objetiva...* cit., p. 43, nota 72, dando conta de pensadores, como JAKOBS, que tratam do problema dentro do consentimento do ofendido. Não seria, contudo, este o caminho argumentativo a encetar, de acordo com a posição de ROXIN, já que o consentimento no resultado existe raramente, uma vez que quem se expõe a um perigo confia que tudo correrá bem. O fulcro do problema passaria, então, por saber em que medida o tipo, conforme o seu fim de protecção, compreende a colocação em perigo alheia consentida. Não será assim quando a situação possa ser equiparada à autocolocação em perigo. Simplesmente, não é, em geral, possível estabelecer tal equiparação, porque aquele que se deixa colocar em perigo está mais exposto do que aquele que se auto-coloca em perigo, pois pode controlá-lo com os seus próprios meios. A equiparação terá lugar quando a) o dano seja consequência do risco assumido e não de outros factos; b) o posto em perigo tenha a mesma responsabilidade pelo facto de quem põe em perigo. Assim, cf. p. 45, dando exemplo do infectado com SIDA que contagia terceiros: não há responsabilidade quando o último tem pleno conhecimento do risco.

¹⁸¹⁹ Cf. MARTÍN GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, *Imputación objetiva...* cit., p. 45 e ss.

¹⁸²⁰ Olhemos para algumas das questões traçadas por ROXIN para ilustrar cada um dos segmentos problemáticos identificados.

A aconselha B a atravessar um lago com gelo quebradiço. Pode o primeiro ser responsabilizado pela morte do segundo, quando este se apercebe perfeitamente do perigo que vai enfrentar? (cf. CLAUS ROXIN, *Derecho Penal. Parte General...* cit., p. 387); o médico A, infectado com uma doença contagiosa, não alerta os colegas de profissão e continua a exercê-la, transmitindo-a a alguns e bem assim a doentes que o consultaram (cf. CLAUS ROXIN, *Derecho Penal. Parte General...* cit., p. 388). É também neste âmbito (cf. p. 392) que o autor lida com as situações de lesão sofrida por aquele que salva outrem, estando obrigado ao fazê-lo. Explicitamente, refere tratar-se de um problema imputacional a despeito do que tradicionalmente se entendia com a chamada à colação da ideia de proibição de regresso. Sobre esta, no quadro civilístico, veja-se, *inter alia*, CARLO GÓMEZ LIGÜERRE, *Solidaridad y responsabilidad...* cit., p. 294 e ss. Surge o critério do *Regressverbot* explicitado como um índice de imputação objectiva que permite distinguir os danos que podem imputar-se a sujeitos diferentes daqueles que devem ser postos a cargo de todos os causantes. No fundo, traduziria a proibição de recorrer a condições prévias, explicando que o primeiro agente não causou o resultado gerado pelo segundo. No entanto, com a alteração da perspectiva sobre a causalidade, que passa a entender-se como uma ideia de imputação objectiva,

pretende, ao lançar-se mão do arrimo, decidir que danos podem colocar-se a cargo do primeiro agente quando o seu comportamento seja seguido por outros que condicionam o dano finalmente sofrido (cf. p. 300). Deixaria de haver, segundo uma dada interpretação, imputação se intercedesse entre o primeiro comportamento e o dano uma conduta dolosa ou gravemente imprudente de um terceiro, salvo se a mesma tivesse sido decisivamente favorecida pela imprudência do responsável, ou seja, uma daquelas que a norma de cuidado tinha como finalidade prevenir. É na ideia de imputação objectiva que se filiam outros fundamentos, como sejam a ideia de risco permitido, o princípio da confiança (a indicar que cada actuante no tráfego deve poder confiar que os outros observam os seus próprios deveres de cuidado) e a finalidade protectora da norma (cf. p. 302). Note-se que, no que concerne ao princípio da confiança, ele cede, não se aplicando, quando o interveniente no tráfego sabe do comportamento incorrecto do outro sujeito ou pode deduzir que o seu próprio comportamento induzirá os outros a causar o dano a terceiros (cf. p. 320) [sobre o princípio da confiança, *bilateral care* ou *Vertrauensgrundsatz*, v., também, PABLO SALVADOR CODERCH, NUNO GAROUPA e CARLOS GÓMEZ-LIGÜERRE, *Scope of Liability: the vanishing distinction between negligence and strict liability*, cit., p. 29, considerando que “alguns acidentes apenas podem ser prevenidos pelo lesante, porque só o seu cuidado tem impacto sobre a existência e seriedade do risco de dano – *unilateral care* – embora, em regra, possa ser evitados quer pelo lesante, quer pelo lesado”, o que conduziria à regra segundo a qual se excluiria a responsabilidade dos lesantes que actuassem na suposição de que a potencial vítima teria tomado cuidado na interacção empreendida. Relembre-se, ainda, a filiação economicista dos últimos autores citados. Veja-se, ainda, no artigo citado, a referência à *Regressverbot und Garantenstellung*, isto é, proibição de regresso e posição de garante, que os autores analisam como o lado objectivo da *proximate causation*, a traduzir-se na *remoteness*, complementar ao lado subjectivo, oferecido pela previsibilidade – cf., ainda, um estudo similar, publicado em espanhol, “El círculo de responsables. La evanescente distinción entre responsabilidad por culpa y objetiva”, *Indret* 4/2005, www.indret.com]. Sobre a proibição de regresso, cf., uma vez mais, F. PANTALEÓN PRIETO, “Causalidad e imputación objetiva”, *Centenario del Código Civil II*, ...cit., p. 1561 e ss., e também, no quadro de outra doutrina, DEUTSCH, “Regreßverbot und Unterbrechung...”, ... cit.

Sobre o problema dos danos gerados em situações de emergência e salvamento, cf. o que ficou dito *supra*, quando lidámos com a questão da causalidade psicológica, e o que será firmado *infra*, no momento em que firmarmos os nossos próprios critérios de ponderação da categoria.

É, igualmente, a propósito da protecção dispensada pelo tipo legal de crime que o autor pondera o problema da atribuição de responsabilidade (imputação) a uma esfera de responsabilidade alheia. Olhemos para o exemplo oferecido por ROXIN, pelo carácter paradigmático dele (cf. CLAUD ROXIN, *Derecho Penal. Parte General...* cit., p. 398). A conduz, durante a noite, uma camioneta sem que a parte traseira esteja iluminada. É detido por uma patrulha policial, que o autua. Para efeitos de segurança dos outros veículos que podiam chegar, um dos polícias coloca uma lanterna com luz encarnada na via, enquanto ordena a A que conduza até à estação de serviço mais próxima. Para isso, o carro da polícia seguiria nas suas traseiras, iluminando-o. No entanto, antes de se proceder à deslocação, o polícia retira a lanterna do passeio e, com a escuridão, o camião de B, que entretanto se aproxima, colide com o de A. Do acidente resulta a morte do segundo camionista.

De acordo com o ensinamento de ROXIN, reportando-se a uma sentença do BGH, A foi punido por homicídio. Contudo, o autor questiona se neste caso, tendo a polícia assumido a segurança no tráfego, não se poderá aventar que o acidente se integra na esfera de responsabilidade dela, não se podendo, por essa razão, imputar a morte de B a A.

Disserta, desta feita, acerca da teoria das esferas de responsabilidade. Considerando que a mesma não estaria, ainda, devidamente aprofundada, sempre adianta que “a ratio da exclusão da imputação nestes casos estriba-se no facto de determinados profissionais, dentro do marco da sua competência no sentido da eliminação e vigilância de fontes de perigo, serem de tal modo competentes que estranhos não se podem intrometer (...). A consequência seria exonerar o primeiro causante das consequências que são provocadas por uma conduta danosa do profissional”.

No fundo, trata-se de uma recondução do pensamento do perigo ou risco para uma visão cotejadora de esferas de responsabilidade, com toda a importância que tal pode assumir, designadamente, em matéria de responsabilidade médica [Para maiores desenvolvimentos sobre o ponto, cf. p. 400-401].

¹⁸²¹ V., igualmente, MARTÍN GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, *Imputación objetiva...* cit., p. 48, lidando com o problema dos danos subsequentes. Diz-nos o autor que, no quadro da doutrina que analisa, os danos subsequentes apenas podem ser imputados em termos limitados. Assim, o caso em que uma pessoa morre depois de um dano provocado por um acidente se agravar durante anos é diverso daquelo em que uma enfermidade cessa, sem que seja possível um restabelecimento completo. Aqui, as consequências posteriores – resultantes de uma limitação das forças e capacidade de resistência – não podem ser compreendidas na finalidade de protecção de preceitos atinentes ao homicídio.

Paira, aliás, no acompanhamento do pensamento de ROXIN a contaminação do civilista por uma dualidade quase paradoxal, resultante de uma conjugação de contrários. A percepção exacta da diversidade de intencionalidade e móbil discursivo que orientam o penalista combina-se com o instante e constante convite, pela coincidência dos contornos problemáticos tomados como exemplares, a mergulhar nas ponderações de sentido que nos são comunicadas¹⁸²².

Na verdade, e com isto damos finalmente início ao balanço do pensamento do autor que se impõe, a grande maioria dos casos considerados a propósito da teoria da imputação objectiva são os mesmos que a doutrina civilista aceita como bons para evidenciar a complexidade da tarefa judicativa ao nível da responsabilidade civil extracontratual. Os temas podem não ser totalmente novos, nem por isso deixando de ser candentes.

Hipóteses como as que se suscitam a propósito de infecções contraídas em unidades hospitalares, onde a pessoa foi internada na sequência de uma lesão primária que sofreu; danos consequência de um choque nervoso sofrido; situações em que alguém fica lesado depois de levar a cabo uma operação de salvamento, no seguimento de uma ofensa perpetrada por um terceiro; problemas atinentes à existência de múltiplas causas e à constatação de uma causalidade alternativa são alguns dos exemplo a florados na obra citada e que dominam o pensamento civilista nos últimos tempos.

Tratados, no âmbito do último ramo do direito, muitas vezes indiferenciadamente como um problema próprio da temática causal ou da delimitação do dano indemnizável, estamos, como já salientámos, em crer que a ambivalência denotada se fica a dever à falta de sedimentação fundacional e, mais grave ainda, à insistência de perspectivação do tema da responsabilidade segundo as aporias

Analisa, também, os problemas relativos aos casos de choque nervoso. Os mesmos foram por nós referidos quando nos debruçámos sobre o tópico da causalidade psicológica. E serão, posteriormente, chamados à colação. No que ao pensamento de MONTIJOANO respeita, o autor analisa-os sob a óptica do âmbito do tipo legal. Assim, eles não se imputam, em regra, ao primeiro causante porque não se integra no âmbito de protecção da norma a tutela destes terceiros que sofrem quando têm conhecimento da morte ou grave lesão de uma pessoa próxima.

¹⁸²² Cf., a este propósito, GERT BRÜGGEMEIER, *Haftungsrecht...* cit., p. 29 e ss. Considera o autor que o fundamento da responsabilidade civil se encontra na violação de um interesse concreto através de um especial comportamento, a implicar que, ao nível do direito civil, ao contrário do direito penal, não existe nenhum delito de pôr em perigo abstracto (*Keine abstrakten Gefährdungsdelikte*). A diferença estrutural entre os dois nichos dogmáticos, que se torna especialmente patente, segundo o testemunho do autor, ao nível da segunda modalidade de ilicitude, não é de molde, contudo, a afastar os ensinamentos da doutrina penalista sobre o tema. Na verdade, embora sejam outras a *ratio* e a intencionalidade da indagação dita causal ao nível do nosso congénere responsabilizatório, o certo é que as mesmas nervuras problemáticas são debatidas em cada um deles.

naturalistas que, fruto de cientismos vários e positivismos, dominam ainda, em muitos casos, o espectro do juridicamente relevante.

Se outro mérito não tivessem as lições de ROXIN, esse seria, por si só, um não negligenciável, porque o autor nos chama à atenção para a imperiosa necessidade de – sob pena de nos condenarmos ao formalismo desvirtuador do dever ser que é o direito – derramar sobre o problema da responsabilidade um olhar imputacional.

Não ignoramos, contudo, a especificidade do tratamento dispensado à questão. É, aliás, por isso que, expendidas brevíssimas palavras sobre a sua inserção na economia do sistema por si proposto¹⁸²³, passaremos de imediato a indagar em que medida a perspectiva por si encabeçada se justifica do ponto de vista do direito privado mãe¹⁸²⁴.

Para tanto, há que proceder à contextualização necessária, quer do ponto de vista dogmático, quer do ponto de vista filosófico-jurídico.

Na verdade, ROXIN pode inserir-se sem dificuldade no quadro da paulatina superação do naturalismo da Escola Moderna Alemã, ou sistema clássico de direito penal, que, em homenagem a LISZT, vem alicerçar a construção da infracção penal num conceito mecanicista da acção. Esta era vista como a modificação do mundo exterior por meio de um comportamento humano voluntário. E, nessa óptica, o nexo de causalidade mais não cumpria do que, nos crimes ditos de resultado, a função de ligar o último ao comportamento do agente. No fundo, a própria acção, independentemente da construção autónoma do conceito de tipo, tido como mera forma descritiva do crime, era vista, do ponto de vista externo, como um processo causal, ao qual se associaria o elemento interno, conformador da culpa. Esta manteria toda a independência relativamente à ilicitude.

A estrutura positivista do jurídico está aqui presente em grande medida. A neutralidade advogada para a tipicidade, a redundar na afirmação do esgotamento da

¹⁸²³ Tão mais breves quanto justificadas pelo afastamento, embora consciente, do domínio temático em que mergulhámos e bem assim do nicho dogmático em que traçamos o nosso percurso. Há todo um mundo de cisão entre o direito penal e o direito civil, que a seu tempo tivemos oportunidade de sublinhar, que tornaria extemporâneo um desenvolvimento mais aprofundado da matéria. Tudo o que vai ser dito deve, portanto, ser encarado na abertura contemplativa de quem assume os dados normativos chamados à colação como um expediente de prossecução de um itinerário argumentativo delineado.

¹⁸²⁴ Uma ressalva para salientar que não se questionará, por agora, a bondade das soluções pontuais apresentadas por ROXIN. Ou seja, não é nosso propósito encontrar o ponto de apoio seguro para a transposição automática, ainda que não cega, dos critérios por si erigidos para a justificação de pontuais soluções no quadro da responsabilidade aquiliana. Ainda que, posteriormente, possamos chamar à colação alguns deles, fazendo-os dialogar connosco, há uma questão prévia a ser resolvida: a da bondade da perspectivação imputacional. O mesmo é dizer que, neste ponto, a crítica a ROXIN será orientada por um ponto de vista macrocópico.

valoração da conduta no momento da prescrição legislativa, mostra-se em perfeita sintonia com o olhar derramado sobre a acção e a causalidade e bem assim com a esquematização proposta. Se não vejamos. O legislador criava o direito e erigia um determinado comportamento em crime, tipificando-o. Esse tipo, neutro, indiciava a ilicitude, isto é, uma vez verificado na realidade o comportamento descrito na norma – comportamento esse tomado na sua pura facticidade, não fossem os casos meros factos desencadeadores da subsunção deles pela norma –, assumia-se o mesmo como ilícito, excepto se, em concreto, interviesse uma causa de justificação. A indagação da culpabilidade era posterior.

Para lá de todos os problemas experimentados com a escoragem do crime num conceito mecanicista de acção, uma vez que, por exemplo, se excluirmos, assim, do campo penalmente relevante as omissões, não deixa de ser digno de nota as insuficiências em que o modelo assenta. A repercussão do naturalismo de que se parte, dialogando paredes-meias com o positivismo, transforma a tarefa judiciativa numa pura subsunção, obnubilando a imperiosa necessidade de uma valoração autónoma da conduta do agente.

Sabemo-lo neste momento do nosso percurso dialógico, ainda que só agora tenhamos aportado no domínio penal. Se A mata B e se se pretende considerá-lo responsável pelo crime de homicídio, não basta facticamente comprovar aquela morte e considerá-la dolosa ou negligente, já que a atribuição do resultado morte de B a A está, as mais das vezes, dependente de uma sindicância do comportamento deste que, ultrapassando o plano da subjectividade, possa identificá-la como causa daquele.

A morre com uma infecção pulmonar contraída num hospital depois de ter sido internado na sequência de ferimentos infligidos por B. Pode ou não, ainda que o comportamento deste seja doloso, ser B considerado responsável? E se A morrer, antes, com um ataque cardíaco perante o susto de ver um incêndio, causado negligentemente por B, alastrar-se ao seu apartamento?

Se com isto se percebe a improcedência da visão formalista e normativista da neutralidade judicativa, não menos claro se torna a insustentabilidade da consideração anódina do tipo legal de crime. Não é na prescrição legislativa que se buscam todas as respostas, sendo necessário proceder-se a uma autónoma valoração do caso concreto que, comunicando-nos a sua relevância jurídica, nos possa levar a concluir se houve ou não preenchimento do tipo legal de crime que orienta o penalista.

Dito de outro modo, constatando-se que o tipo legal não é apenas composto por elementos descritivos, galvanizam-se as preocupações com a materialidade das categorias operantes.

E se esforços bastantes foram feitos pelos neokantianos, a mudança de paradigma parece surgir pelas mãos de WELZEL e do seu conceito finalista da acção. A base desta passa a ser ontológica, e o apelo fundamentante às estruturas lógico-reais outra consequência não teria no plano dogmático do que a contaminação do tipo de ilícito pelos dados atinentes ao dolo e à negligência.

É o já nosso velho conhecido finalismo que, se no domínio criminal conheceu críticas bastantes, se torna, aos nossos olhos, insustentável do ponto civil, pelo menos no que tange à primeira modalidade de ilicitude. Com ele, a acção é vista como a supradeterminação final de um processo causal, implicando um fim que o homem quer ver realizado, pelo que cada um irá mentalmente desenhar um plano de consecução dele, escolhendo os meios mais adequados à realização do mesmo. E neste processo, o ser humano antecipa os efeitos da sua acção, estabelecendo aqueles que assume e aqueles que não assume¹⁸²⁵.

Neste sentido, o dolo e a negligência passam a integrar o tipo de ilícito. Exactamente porque para o direito, *rectius* o direito penal, o que releva são os comportamentos humanos, distintos dos meros acontecimentos, assim se distinguindo claramente um homicídio de uma morte produzida por um acontecimento natural.

Simplesmente, a clareza enunciativa não ganha correspondência no plano da realização judicativa. Dito de uma forma mais directa, ainda que simplista, porque perfunctória é a forma como nos enredamos no domínio do direito penal, não é pelo facto de a conduta do agente surgir manchada pela intencionalidade do seu querer ou pelo descuido que se pode concluir linearmente que o resultado foi “causado” pelo agente e bem assim que se preencheu o tipo objectivo de ilícito.

Não nos deteremos mais, contudo, nos meandros do direito penal, para, quase paradoxalmente, a ele retomarmos de imediato.

No que ao finalismo concerne, e pensando agora na responsabilidade civil extracontratual, designadamente aquela que se estriba na desvelação da primeira modalidade de ilicitude, há que, contra o posicionamento de insignes civilistas nacionais e estrangeiros, negá-lo, justificando-se a negação por três notas de índoles diversas.

¹⁸²⁵ Sobre o ponto, veja-se o que se disse *supra*.

Continua ela, não obstante o avanço a que a doutrina nos conduz relativamente ao formalismo de que parte para superar, a escorar-se numa concepção causalista do acontecer, aceitando-a como prestável para resolver, em sede jurídica, o problema da imputação. Ao mesmo tempo, lança mão de conceitos pré-jurídicos de acção fundados ontologicamente. E reside aí, no olvidar do salto axiológico a que oportunamente nos referimos, o gérmen das aporias a que a doutrina nos conduz, porque, ligando-se esta à primeira crítica traçada, se percebe como, pese embora parta de uma compreensão antropológicamente densificada da actuação humana, continua presa a uma visão exterior da responsabilidade.

Mais se diga que, no plano intrassistemático, ela se afigura improcedente, já que, traduzindo-se a ilicitude num determinado resultado, ficaria assim esvaziada a culpa, posto não se valorar esta em concreto, mas em abstracto, segundo um juízo comparativo, tendo por base o padrão do homem médio. Isto é, em que se consubstanciaria, afinal, a censura ético-jurídica que aquela comporta se, afastados da concretude penal, a tolhermos, igualmente, do conteúdo doloso ou negligente¹⁸²⁶.

Outras terão sido, por certo, as preocupações de ROXIN quando se deparou com a formulação welziana, sendo, contudo, o resultado idêntico no afastamento da impositação, não obstante a manutenção da recondução dos elementos subjectivos do dolo e da negligência ao tipo de ilícito e a clara normativização da culpa.

Urgem, portanto, alguns esclarecimentos adicionais.

Primeiro, ROXIN não nega a estrutura final da acção humana, no sentido de acção determinada para um fim. Sem que isso implique, como se perceberá, a adesão a um modelo teórico que o próprio rejeita, quer porque a aceitação do dado ontológico não veda o salto subsequente para a dimensão axiológica; quer porque a sua enunciação

¹⁸²⁶ Outros argumentos têm sido apontados pela doutrina para ferir o finalismo. De um lado, afasta-se a ancoragem voluntarista do sistema ressarcitório. Ou seja, reconhecendo-se embora a imperiosa presença de um comportamento controlável pela vontade na base dele, nega-se que o mesmo tenha de ser voluntário (cf. ANTUNES VARELA, *Das obrigações...* cit., I, p. 498-499; PITTA E CUNHA, *Omissão...* cit., p. 34). Do mesmo modo que se rejeita que o resultado tenha de ser voluntariamente atingido. De outro lado, é a insusceptibilidade de, com a ideia finalista que preside à doutrina, se captarem dogmaticamente os fenómenos negligentes e as condutas omissivas.

Neste sentido, cf., dos mesmos autores citados, ANTUNES VARELA, *Das obrigações...* cit., I, p. 575 e PITTA E CUNHA, *Omissão...* cit., p. 36.

Para maiores desenvolvimentos, *vide*, novamente, a discussão que acompanhámos *supra* e de que aqui só damos uma brevíssima nota.

pode entroncar noutro tipo de pressuposição filosófica, inclusivamente de inspiração kantiana¹⁸²⁷.

Em segundo lugar, há um claro distanciamento entre o plano criminal e o plano civil a este ensejo. Não só os dados intrassistemáticos em que nos baseámos para criticar o finalismo civil são outros na dogmática em que o autor se insere, como a recondução dos elementos subjectivos do dolo e da negligência para o tipo de ilícito se vem a mostrar, até por isso, diferente da simples consideração deles ao nível da ilicitude civil. No fundo, o que o autor – como os restantes penalistas – pretende é saber em que medida se pode considerar que um determinado crime foi cometido.

O preenchimento do tipo legal de crime – ou dito de outro modo, a realização em concreto do direito penal especial, que não se pode quedar numa pura subsunção da hipótese de facto pelo dado normativo – exige a verificação do dolo ou da negligência, o que não significa que, no seio dele, não se possa distinguir uma dimensão subjectiva daqueloutra objectiva.

Aliás, parece ser essa a conclusão a que aportamos pela pena de ROXIN, tal a dimensão do tipo complexo de que nos fala. Este é integrado pelo tipo objectivo e pelo tipo subjectivo.

A ausência de tipicidade no quadro do direito civil leva-nos a um enfoque diverso. Inexiste, efectivamente, a cobertura do manto legal especificamente orientada para um determinado tipo de comportamento. A ilicitude vem a ser desvelada em função de critérios previstos legislativamente, ninguém o nega, mas não tendo em conta a assimilação do âmbito de relevância de um caso pelo âmbito de relevância hipotética de uma determinada norma legal. Ou, mais directamente, ainda que com prejuízo do rigor metodológico que procuramos cultivar, a ilicitude está, jusprivatisticamente, longe

¹⁸²⁷ Cf., quanto ao ponto, no quadro do direito penal, SANTIAGO MIR PUIG, *Introducción a las bases del Derecho Penal*, Bosch, Barcelona, 2001, p. 245.

Mais se diga, também, que o facto de ontologicamente ser inequívoca a estrutura final da acção humana não nos impõe, sem mais, o acolhimento dela em sede jurídica. Cf. CASTANHEIRA NEVES, *Questão-de-facto...* cit., p. 726 e ss. Diz-nos o autor que, embora o comportamento seja distinto das suas valorações, tendo a sua autonomia ontológica, “tal não implica que se tenha por exacta a interpretação ontológica da acção de Welzel (...)”, posto que “a acção fica assim circunscrita através de uma intenção representativa – intelectual e psicológica – sem exigir uma mais ampla e profunda integração no sentido do ser humano. O olhar solipsista para a estrutura da acção final como fundamento imputacional redundante, afinal, na fundamentação do dever ser no ser que, se permite a conciliação do imutável da essência com a mutabilidade histórica dos conteúdos positivos e a superação do naturalismo empirista e do formalismo neo-kantiano, não logra superar as aporias que o próprio WELZEL reconheceu ao jusnaturalismo. De acordo com os ensinamentos de CASTANHEIRA NEVES, estaríamos diante de um cripto-argumento, posto que o pensamento do autor “pode oferecer soluções jurídicas válidas, mas cuja validade não podemos ver fundada no fundamento que aduz (ontológico) e tão só num fundamento que não aduz (axiológico-teleológico) – cf. CASTANHEIRA NEVES, *Questão-de-facto...* cit., p. 738.

da simples violação de uma norma legal. E, portanto, ela inquire-se fora do recorte da tipicidade. Se pudermos ser imagéticos, diríamos que não estamos presos, aquilianamente, pela abóboda que recolhe sob si todos os elementos relevantes para a responsabilização do agente. No seio da responsabilidade extracontratual, a ilicitude não se traduz, em regra, na violação de uma norma, mas de um bem jurídico ou direito subjectivo absoluto, não estando taxativamente previsto o comportamento que lhe pode dar origem. O aparente atomismo dos requisitos de procedência de uma pretensão indemnizatória faz com que a recondução dos elementos de subjectivação do comportamento à ilicitude a torne inseparável da culpa.

Ora, não parece ser esse exactamente o posicionamento penalista na matéria, por tudo o que, tão simplistamente, ousámos sublinhar¹⁸²⁸.

ROXIN, que aqui temos vindo a acompanhar, fala, então, de um tipo complexo, dentro do qual encontramos elementos atinentes ao tipo objectivo e ao tipo subjectivo, ancorando-se no primeiro o problema da imputação objectiva. Ela cumpriria duas funções, a qualificação do resultado como típico pela imputação ao comportamento, e a constatação de que ele se explica pelo comportamento objectivamente imputado^{1829 1830}.

Ao autor devemos um afastamento de uma responsabilidade de tipo causal e a reafirmação da responsabilidade pessoal, bem como o reforço do carácter imputacional e não causalista da recondução do resultado ao comportamento do agente. E se tal ocorre pela constatação das aporias a que podem conduzir as teorias causalistas – ainda que matizadas pela roupagem da adequação, da qual o autor explicitamente não se aparta, antes a complementando –, nenhuma razão de fundo se encontra para se restringir a intencionalidade da indagação de um nexos de imputação objectiva ao

¹⁸²⁸ Os elementos objectivos e subjectivos continuam a distinguir-se, embora a coberto do mesmo conceito de tipicidade em que vem a confluir a ilicitude. Mais se diga que a culpa continua a marcar o seu trilho, porquanto não se reduza, ao nível do direito penal, a uma aferição abstracta da conformidade do comportamento do agente com um padrão de referência do homem médio.

¹⁸²⁹ Cf. GÜNTHER JAKOBS e CANCIO MELIÁ, *El sistema funcionalista del derecho penal*, 1ª edição, Editorial Grijley, 2000, p. 23.

Sublinhe-se, porém, a não coincidência entre o pensamento de ROXIN e o de JAKOBS.

Seguindo a lição de JAKOBS, cf. SALVADOR CODERCH e JUAN ANTONIO RUIZ GARCIA, “Problemas de la responsabilidad civil en derecho español”, ... cit., p. 415 e ss.

Para maiores desenvolvimentos acerca do pensamento de GÜNTHER JAKOBS, cf. “Acción y omisión en derecho penal”, *Cuadernos de conferencias y artículos nº23, Centro de Investigaciones de derecho penal y filosofía del derecho*, Universidad Externado de Colombia, Santa Fe de Bogotá, 2000. Veja-se, em especial, p. 11, onde o autor refere não estar o mundo social ordenado com base nas relações de causalidade, mas de modo normativo, com base em competências, regendo-se o significado de cada comportamento pelo contexto de emergência dele.

¹⁸³⁰ Essa seria, aliás, a inovação da sua proposta. Contra o que era tradicional, o preenchimento do tipo objectivo exigia mais do que a simples comprovação da existência dos seus elementos.

domínio penal, tanto mais que no quadro do direito civil é a mesma problemática da recondução de um resultado ao comportamento do eventual lesante que se equaciona.

Foi esse pendor imputacional que já várias vezes sublinhámos e que, com ROXIN, aproximámos, novamente, de uma ponderação de esferas de risco.

Sem que as nossas dificuldades tenham diminuído. Parte-se ali de um conceito final de acção, se bem que não do finalismo, e da consideração da conduta como dolosa ou negligente. Importa, por isso, salientar que, ainda que assim seja – seja essa a predicação ontológica ou outra e desde que não olvide o salto axiológico –, tal não implica que não se possam encontrar razões – e nós já as elencámos – que deponham no sentido da bipolarização dos juízos. Ora, tal não só se justifica, como resulta da estrutura do ilícito civil. Colimado no resultado distingue-se da culpa. E é exactamente essa ancoragem que, no afastamento necessário do formalismo, reivindica um *quid* acrescido – o nexa de imputação ou nexa de ilicitude¹⁸³¹.

Repare-se que a culpa se distingue perfeitamente do princípio da assunção do risco. Temporalmente, distanciam-se, podendo ocorrer casos em que a criação de uma esfera de risco pela qual se responde é anterior ao desvio comportamental que se sanciona. Por outro lado, ainda que em muitas situações a imputação objectiva possa ter a sua origem fundacional na preterição de deveres de conduta em que se venha a traduzir também a culpa, a verdade é que aquela, ao contrário desta, implica uma visão não atomista, a convidar ao cotejo de esferas de acção, risco e responsabilidade.

Distanciamo-nos, novamente, do finalismo. De outro modo não podia deixar de ser. É que, em coerência com o pressuposto de que partimos, a nossa visão não é

¹⁸³¹ A este propósito, cf. MARTÍN GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, *Imputación objetiva...*cit., p. 128 e 129. Ensina o autor que a ilicitude é um conceito de relação bipolar que se estabelece entre lesante e lesado, pelo que um acto pode ser ilícito em relação a uma pessoa e não ser em relação a outra. Por isso, há que analisar se a conduta é ou não ilícita para determinar se o sujeito é ou não responsável pelo que poderíamos designar por primeiro dano. Para tanto, segundo o autor, deveremos ter em conta certos factores, como a probabilidade, o grau de controlo da actividade sobre o resultado, a intenção e os conhecimentos do agente, os custos da prevenção. Este juízo deve ser proferido *ex ante* e não *ex post*, pois, caso contrário, não se estaria a lidar com a ilicitude mas com a causalidade.

Pese embora a distância que nos separa dos ensinamentos do autor, não deixa de ser relevante o testemunho na economia da nossa dissertação.

Diz-nos, ainda, MONTIJANO que “a atribuição de responsabilidade não é um problema de causalidade, cuja análise é prévia e distinta. Trata-se de uma questão de ilicitude da conduta e essa é a sua sede própria. Tão pouco se trata de um problema de dano e sua valoração, porque nestes casos já se sabe que o dano existe; trata-se sim de saber se o dano tem de ser ressarcido por um dos sujeitos que foi tido em conta ao estabelecer-se a norma de conduta”, reflectindo, a partir daqui, sobre a questão da relatividade do conceito de ilicitude.

A relatividade do conceito de ilicitude, a que muitos autores apelam – ou num sentido assertivo ou num sentido crítico –, será por nós tida novamente em conta *infra*.

antropológica, nem faz apelo estrito às estruturas lógicas do real, mas axiológica, convocando como intencionalidade última o sentido responsabilizante da personalidade.

Ora, a afirmação antecedente não pode deixar de nos levar a questionar a pertinência da lição de ROXIN do ponto de vista da racionalidade de que parte. É que, integrando-se no funcionalismo penal, há que perceber em que medida elas se cindem ou não do princípio normativo em que nos colimamos¹⁸³².

A investigação a que agora abrimos a porta funcionará, igualmente, como mola impulsionadora da compreensão do papel do risco no modelo por nós proposto, de uma perspectiva mais funda que a meramente dogmática, estabelecendo, portanto, a ponte com os capítulos precedentes e não permitindo esquecer o sentido personalista das nossas propostas. Pontualmente, viabilizará ainda – numa interacção dialéctica entre o critério e o seu fundamento – um comentário mais densificado sobre algumas das soluções apresentadas pelo autor.

43. Da recusa do finalismo ao resvalar para o funcionalismo?

Antes de prosseguirmos o nosso curso dialógico, a culminar no desenho de critérios de imputação objectiva que repristinem certas ideias já firmadas – e reconvoquem, assim, a lição de alguns dos autores que temos vindo a acompanhar – importa operar a *epoché*. Esta, longe da conotação estrita de uma saída do mundo, tem como objectivo maior a imergência no fulcro fundamentante das lucubrações que nos precederam e justifica-se pela necessidade de afastar qualquer sintoma entrópico no modelo a propor. Ou dito de outro modo, dá-se assim resposta àquela que tem sido uma das nossas preocupações: o cumprimento de um desígnio discursivo de não contradição interna ou manutenção da coerência.

Quer isto dizer que ficaríamos defraudados se, na mobilização activa do pensamento penalista e do recurso que ali se constata à ideia de risco, nos detivéssemos na mera contemplação criteriológica, não procurando perceber em que medida esse patamar se compatibiliza ou não com os pressupostos ético-normativos em que nos escorámos.

¹⁸³² Importaria, a este propósito, atentar na diferença entre a acção final e a acção social. Posteriormente, teremos oportunidade de precisar o conceito de acção e explicitar a sua importância no quadro do problema que estamos a abordar.

Com o excuro agora aberto satisfazemos diversos propósitos. Por um lado, ele permitir-nos-á de forma segura perceber em que medida é ou não consonante com o quadro de inteligibilidade que temos vindo a traçar a influência irradiadora do pensamento penalista. Não agora de uma perspectiva intrassistemática – que faça comunicar ramos dogmáticos não estanques entre si – mas de um ponto de vista transsistemático. Por outro, e esse talvez seja o dado mais importante que aqui pretendemos ir buscar, estamos em crer que com isso logramos obter o sentido exacto da tematização do risco a propósito da responsabilidade extracontratual.

Justificado o desvio argumentativo anunciado, confessamos que o mesmo se intui necessário pela percepção do *status quo* doutrinário na matéria. Civilisticamente, inexistente, até ao momento, um apego estruturado e sistemático à ideia de risco, pois ou o contributo dos autores na matéria vive paredes-meias com desvios mais ou menos radicais para racionalidades espúrias à juridicidade, ou a categoria mais não cumpre do que um papel explicativo ou fundamentador que se esgota a montante.

Criminalmente, a ideia de risco galvaniza-se no quadro de um funcionalismo social, de que, segundo alguns autores, ROXIN faz parte integrante, embora na sua versão moderada¹⁸³³. Há, por isso, que perceber em que medida o arrimo criteriológico ali colhido nos pode ou não satisfazer para lá da aparência positivamente comunicada. É claro que não nos imiscuiremos detidamente em foros que não são os nossos, quer porque extemporâneo, quer porque o que verdadeiramente nos importa é saber em que medida corremos o risco de resvalar ou não para o funcionalismo. Tal torna-se problematicamente patente a um outro nível: aqueloutro que, rememorando a nossa linha argumentativa *supra*, nos faz ponderar os dados onto-sociológicos tidos por relevantes no plano da eficácia de que o direito não pode prescindir.

É que, na interdisciplinaridade que patenteiam alguns dos dados em que nos alicerçamos, não podemos ignorar ser hoje a sociologia compreendida como um sistema¹⁸³⁴, pelo que a sua entrada em cena deve ser cautelosa, sob pena de abdicarmos do fundamento de que partimos.

¹⁸³³ ROXIN, na verdade, parece distanciar-se do extremismo proposto por JAKOBS. Cf. CASTANHEIRA NEVES, “Pessoa, Direito e Responsabilidade”, ... cit., p. 30-31. O autor admite tratar-se o pensamento de JAKOBS de um caso extremo, considerando, não obstante, a importância de discorrer sobre ele, porquanto mostre “as consequências no limite de uma concepção estritamente sistémico-social ou funcionalisticamente social”. Aí, o sistema torna-se eficaz na sua contrafactualidade e a culpa “vê-se despida de todo o sentido axiologicamente ético para ser só admitida como critério funcionalmente justificado”.

¹⁸³⁴ Cf. CASTANHEIRA NEVES, “Pessoa, Direito e Responsabilidade”, ... cit., p. 28.

Com isto identificamos já dois dos pecados daquilo que podemos, em geral, designar por funcionalismo jurídico, aqui circunscrito à sistematicidade dele, uma vez que outros figurinos que o mesmo possa ter assumido foram já oportunamente criticados.

Desde logo, e porque falamos de risco, comporta o perigo de conduzir a “uma hipertrofia da sociedade”, com a consequência de “o sujeito – o sujeito-pessoa, não a máscara de um papel sistémico-funcional”, ficar ausente, para restar apenas “uma comunicação sem autênticos comunicantes”¹⁸³⁵, pelo que “a responsabilidade não será problemática ou impossível, será pura e simplesmente sem sentido”¹⁸³⁶.

Depois, na sua influência luhmanniana, o sentido auto-poiético e auto-referencial do sistema pode levar o jurista a afastar-se da pressuposição de um princípio fundamentante para se radicar na “circularidade e recursividade imanente aos elementos que integram”¹⁸³⁷.

Com o que se constata reduzir-se a um o pecado capital: o esvaziamento do sentido axiológico da juridicidade e a perda do referencial de sentido que unifica e informa todo o sistema ressarcitório tal como ele vai por nós pensado – a personalidade livre e responsável¹⁸³⁸.

¹⁸³⁵ Cf. CASTANHEIRA NEVES, “Pessoa, Direito e Responsabilidade”, ... cit., p. 31.

¹⁸³⁶ Cf. CASTANHEIRA NEVES, *op. cit.*, *loc. cit.*

¹⁸³⁷ Cf. AROSO LINHARES, “O sistema jurídico como um fim em si mesmo ou as muralhas de indiferença da galáxia auto”, *Teoria do Direito. Sumários desenvolvidos*, B, p. 7.

¹⁸³⁸ É que, na verdade, a comunicação periférica estabelecida entre os vários sub-sistemas que constituem o sistema global, permitindo embora o diálogo com outros referentes, cumpre-se em termos da relação *input-output*. É, aliás, nessa mesma relação, pensada em referência à realidade, que “o direito encontra o equilíbrio entre a autonomia que intencionalmente o singulariza e legitima (afirmando no mundo a linguagem da justiça) e a heteronomia que historicamente o condiciona (abrindo-se às solicitações de uma e tornando-a vigente numa determinada comunidade concreta)” [cf. PINTO BRONZE, *A metodonomologia...* cit, p. 272-273]. Ou mais precisamente: “o direito tem (...) que olhar para fora dos muros das suas pré-objectivações para se re-constituir, (...) mas nem por isso se evolva a sua especificidade, pois ele não deixa de filtrar esses vectores que o co-determinam, traduzindo-os em valências adequadas à sua particular intencionalidade judicativa” [PINTO BRONZE, *A metodonomologia...*, cit., p. 273]. O que, no quadro do pensamento chamado à colação, deve ser entendido não como uma simples predicação intencionalmente determinada, mas como a assunção por parte dos seus corifeus do “autismo que marca a reconstituição de cada um quando um [*dos sub-sistemas*] quando se confronta com essas questões” [*loc. cit.*].

Continuando a acompanhar o balanço crítico que PINTO BRONZE faz da *Ökologische Kommunikation* de LUHMANN, poder-se-ia dizer que “a possibilidade de ressonância exige limitações estruturais em ordem a viabilizar a efectiva redução da complexidade operada pela bivalência artificial característica da interposição de um código – o que significa que ela é sempre produzida de modo inadequado e que esta inadequação se deve ao apontado carácter simplificante do modelo discursivo adoptado” [PINTO BRONZE, *A metodonomologia...*, cit., p. 288]. Os dados do real seriam “analisados por cada sub-sistema com o respectivo «instrumentarium», pelo que cada um apenas guardaria da sua pressuposição material aquela monádica secção que, segundo o seu código diferenciador, lhe pertencesse” [PINTO BRONZE, *A metodonomologia...*, cit., p. 289].

De uma forma simplificada, ainda que empobrecida, o sub-sistema jurídico receberia do sub-sistema social a ideia de risco, como um *input*, que seria intrassistematicamente convertido num *output*, segundo

o seu código binário justo/injusto. Este, operando como uma *black box*, padeceria de um monádico solipsismo (cf. PINTO BRONZE, *A metodonomologia...*, cit., p. 273). O estímulo que recebe dos sub-sistemas comunicantes é tão só periférico, cumprindo-se a autopoiesis que assim se alicerça. Impressionantemente, e voltando a lançar mão da riqueza expositiva de PINTO BRONZE, apoiar-nos-íamos na metáfora das *frequências hertzianas* [op. cit., p. 290].

Atentemos, pois, na explicitação crítica oferecida pelo autor, que aqui acompanharemos de muito perto. O sistema jurídico é permeável às infiltrações dos outros sub-sistemas (“torna-se, inclusivamente, sensível às oscilações e variações denotadas naquelas hemisférios”). Mas, posteriormente, “este fecha-se na sua auto-suficiência intencional e passa a poder opor-se categorialmente a qualquer outro sistema (...)” [p. 290].

Não se trata de uma ilha, antes se denotando a penetração combinada dos outros sub-sistemas. Por um lado, “LUHMANN admite a refração na sociedade dos efeitos do direito”. Por outro, já o dissemos, o direito colhe influência nos *inputs* oferecidos por aqueles, abrindo-se “aos condicionalismos da realidade concreta e às mutações que a caracterizam, quer como terreno de emergência de problemas, quer como horizonte histórico-cultural de afirmação de exigências normativas a cumprir” [p. 291].

O sistema seria, nesta medida, aberto, entendendo-se esta abertura no sentido dual da “reacção às solicitações do horizonte em que se afirma” e da “sua ressonância”. Mas simultaneamente fechado, porquanto dentro dele tudo operaria segundo o seu código binário diferenciador, não sendo possível que “os critérios fixados pelos programas no âmbito de cada código” sejam “transferidos para a esfera de outro código” [PINTO BRONZE, *A metodonomologia...*, cit., p. 292].

Há, pois, interferências entre os sistemas: “as reacções de um sistema parcelar às modificações ambientais projectam[-se] numa alteração do meio ambiente social interno dos outros sub-sistemas: é como que o arejamento exigido pelo preservante efeito estufa devido à teoricamente proposta, mas praticamente insustentável estagnação dos sistemas” [PINTO BRONZE, *A metodonomologia...*, cit., p. 295]. Distinguem-se, portanto, aqueles em termos funcionais.

“A realidade «pro-voca» (...) com as suas dissonâncias interpelantes (...) a habitualmente pacífica satisfação de expectativas e as respostas do sistema jurídico” [p. 302] e o direito vem, então, compreendido como “programa condicional, como uma tecnologia social, como um operador funcionalizado à redução da complexidade do mundo” e transformar-se-ia “numa técnica de «composição» ou de «com-possibilitação» das divergências encenadas no palco da vida, sem cuidar de quaisquer fundamentações de validade” [cf. PINTO BRONZE, *A metodonomologia...*, cit., p. 305]. Com o que “o direito já não se poderia dizer expressão da dignidade humana reflexivo-prudencialmente e histórico-concretamente realizadas (...) porque a ênfase deste seu significante referente axiológico (...) postula o seu incindível compromisso com os fundamentos de valor possibilitantes de uma justificação crítica das decisões dos problemas jurídicos controvertidos, tudo o que Luhmann precisamente desconsidera” [PINTO BRONZE, *A metodonomologia...*, cit., p. 306], e a justiça deixa de “identificar a fundamentação normativo-material da solução dos concretos problemas juridicamente relevantes”, para ser expressão “da empírico-sociológica adequação otimizada da maior complexidade interna do sistema com o mais elevado grau possível de consistências das decisões que têm de ser tomadas dentro dos seus limites” [PINTO BRONZE, *A metodonomologia...*, cit., p. 307].

Diagnostica PINTO BRONZE dois vícios de que enferma a teoria sistémica de LUHMANN na sua aplicação ao mundo jurídico. De uma feita, a deseticização do direito (cf. p. 308); de outra, a insustentabilidade metodológica da proposta do autor, a redundar afinal no culto do formalismo e a resvalar com isso para uma forma de positivismo (cf. p. 309).

Veja-se, ainda, nesta polemização crítica entre os dois autores, PINTO BRONZE, *A metodonomologia...*, cit., p. 313 e ss. É a partir daí que o insigne jurista luso abre as portas à consideração da ideia da *legitimação através do processo*, que, tendo sido defendida por LUHMANN, não deixa de secundar as conclusões a que reflexivamente aquele aporta. Para uma detida crítica à visão da juridicidade que coloca no lugar outrora ocupado pelo direito natural as regras do processo, aqui entendidas como “categoria macro-sociológica identificante do modo como vai efectivamente fluindo a comunicação inter-individual e à sua projecção na re-orientação das expectativas de cada um” [p. 349], cf. p. 345 e ss.

A ordem jurídica transmuta-se, por esta via, num “sistema social pré-ordenado a uma absorção da complexidade das relações que societariamente se afirmam como alternativas admissíveis e relevantes, operada pela autónoma programação que a caracteriza” [PINTO BRONZE, *A metodonomologia...*, cit., p. 359]. Explicitemos o dado. O sistema jurídico, enquanto sub-sistema social, tem, na voragem funcionalista que nos é comunicada pelo autor, como missão a redução da complexidade, posto o que, diante de um qualquer problema a ser resolvido no solipsismo do seu interior, se quedaria essa resolução com a aplicação das regras substanciais que o compusessem, porquanto qualquer referente axiológico consubstanciaria um elemento acrescido de problematidade, contrário ao desiderato maior que o orienta.

Percebe-se a inquietação diante da dúvida pressuposta, a refractar-se em dois planos, não estanques, mas ainda assim cindidos na sua intencionalidade mais profunda. Na verdade, não é só a busca pela coerência interna do modelo por nós proposto que nos aflige – pese embora ela se repercuta na bondade da solução predisposta –, mas ainda e sempre a prestabilidade – do ponto de vista da justeza material da solução – da chamada à colação do risco como ponto charneira de ancoragem da imputação objectiva que se busca no quadro ressarcitório.

Relembremos, pois, esquematicamente o nosso percurso para, iluminados por ele, conseguirmos formular directamente a *quaestio*.

Constatada que ficou a impossibilidade de responder com suficiente grau de segurança e justiça à questão responsabilizante, quer por motivos dogmáticos de operacionalidade das categorias tradicionalmente forjadas para o efeito, quer pela inconsonância de alguns dados sistemáticos com o sentido mais fundo da personalidade, olhámos para os arrimos criteriológicos pré-disponibilizados à luz da intencionalidade última da personalidade, para então concluirmos que é nessa dialéctica entre a liberdade positiva e a responsabilidade que a acompanha que nos devemos ancorar. A dimensão axiológica do direito ganha, aí, importância crescente contagiando a concreta realização do direito que se pretende materialmente densificada.

Contudo, pressentimos igualmente a não suficiência da eticização do discurso, já que o direito não se afirma só como expressão de validade para, *a contrario*, ser co-entretido, sob pena de obsolescência, pela ideia de eficácia. É ela, conjugando-se simbioticamente com as exigências ditadas pela *realitas*, que provoca a problematização do jurídico.

Em primeiro lugar, é essa realidade, esse húmus humano, que vai fazer emergir novas e mais acutilantes situações potencialmente danosas. Que, longe do *status quo* empírico-natural de outros tempos, podem ser controladas pela vontade humana, justificando, assim, a re-problematização das mesmas, quer em sede de prescrição legislativa, impondo-se limites à actuação humana que outro efeito não terão senão a redução da problematicidade que qualquer *actio* implica, quer em sede judicativa, sempre que o legislador tenha prescindido de tomar a seu cargo a tarefa de desonerar a pessoa da descoberta precisa dos contornos da conformação da sua liberdade à

Nesta óptica, “mais vale entregarmo-nos aos imperativos da sociologia pacificadora do que assumirmos as exigências de uma liberdade problematizante” [cf. PINTO BRONZE, *A metodonomologia...*, cit., p. 361].

materialidade que lhe subjaz, sem o que, aliás, ela deixaria de ser pensável como uma verdadeira liberdade.

Em segundo lugar, é ainda a ressonância do dado social a fazer-se sentir no campo do direito, ao não se perder do horizonte discursivo a referência histórico-concretamente comprometida da complexidade e confluência de múltiplos factores condicionantes da emergência de um dano.

Ora, assim sendo, duas atitudes do pensamento jurídico são possíveis.

Ou se olha para o dado social como um estímulo de abertura do sistema sem que ele verdadeiramente se altere, já que é pela mobilização dos quadros tradicionais do pensamento que se vão repensar os problemas, numa tentativa de redução da complexidade que deles promana, mais não se fazendo do que reagrupar as categorias com que nos habituámos a pensar, pelo que o risco ou o perigo surgem aí como fundamento explicativo (não contagiante das soluções) de tipificadas hipóteses de surgimento de uma pretensão indemnizatória procedente ou como filão condutor de um *iter* argumentativo ainda preso a uma impostação causalista.

Ou, em alternativa, assume-se a mutação na sua radicalidade para congruentemente se passarem a cogitar as soluções que se buscam no quadro de uma nova contextura que o informa. Onde outros dois posicionamentos se antolham, em abstracto, plausíveis, a denotar, afinal, duas perspectivas que tornámos dialogantes a propósito da concreta realização do direito. Pois que, passando agora a considerar outra disjunção, ou se opera um inebriamento sociológico que ofusca o jurista e o afasta da sua específica missão, fazendo-o olhar para o sistema jurídico na pura e empobrecida perspectiva funcionalista que visa a compossibilitação de interesses sociais conflitantes e mascarados pela actuação perigosas daqueles que os titulam, ou não se perde de vista a intencionalidade última que o escora e se recusa a atitude de quem deixa de considerar o dado axiológico de onde se parte.

Sem que verdadeiramente, neste ponto do nosso diálogo, seja difícil perceber onde nos situamos nas alternativas postas em debate.

Em primeiro lugar, tudo o que foi já – pensamos que de forma concludente – por nós expandido aponta inequivocamente para um dos lados. Em segundo lugar, a conjugação desses dados com a caracterização da comunidade de risco não pode deixar de depor no sentido da leitura desta segundo a lupa ontológico-axiológica do encontro do *eu* com o *tu* matizado pelo cuidado que o respeito pelo igual reclama.

Donde, no plano teleonomológico, o risco deixa de ser visto como uma categoria onto-antropológica e sociológica para ser encarado de acordo com a profundidade dos seus contornos éticos. No plano dogmático, que daquele não se distancia verdadeiramente, já que metodologicamente é insustentável um esquema decisório que não convoque a intencionalidade predicativa da juridicidade em geral e do nicho temático em que se está mergulhado e vai, assim, pressuposto, o risco convola-se em categoria de imputação a ser lida à luz daquela. Não é factor espúrio nem elemento de complexificação; não é mero dado sociológico que resulte, uma vez acolhido no seio do discurso do decidente, inalterado.

Para ele não olhamos, portanto, no sentido de um mero expediente discursivo, muito menos do prisma funcionalista que nos leve a solucionar a questão do ponto de vista da possibilidade social. Sendo a nossa racionalidade marcada pela nota ética, é na conformação da personalidade que ele é por nós recebido e mobilizado. Pelo que nenhuma contradição se patenteia relevante. Ele surge entretecido pela dialéctica validade/eficácia, só assim sendo vigente enquanto categoria dogmática, e afasta a assunção dos sujeitos desavindos como meros actores sociais, revestidos de um papel específico.

Não é o risco, em si mesmo, que nos comunica o caminho. Ele cumpre, tão-só, duas funções. Por um lado, desperta a consciência do jurista para a imprestabilidade de uma solução que aponte para a linearidade e a estanquicidade dos acontecimentos; e permite, por outro lado, pelas características com que surge revestido, delinear, na dialéctica com a dimensão da personalidade, uma ideia de esfera de responsabilidade.

É por isso que, no tratamento da questão dita causal, o que interessa verdadeiramente não é o risco em si, mas a sua assunção ou incremento, e bem assim, no pólo da negativa responsabilidade, a diminuição do mesmo. Mais concretamente, e de forma expressiva, ainda que simplista, o factor decisivo é a esfera que dialecticamente se desenha a partir dos dois referentes e que traduz, afinal, a montante, a liberdade positiva ou um enfoque preciso da *role responsibility*. É na transcendência do critério e não na imanência subjectiva que se devem procurar as soluções.

Assim sendo, conduz a um paulatino afastamento relativamente à globalidade do pensamento de ROXIN, ao que se junta a cisão intencionada pela pertença a ramos dogmáticos também eles diversos. Ou seja, se algumas das soluções concretas a que chegaremos se justificarão pela finalidade eminentemente reparatória do instituto ressarcitório, outras haverá que distarão da proposta do autor, se não no resultado a que

chegam, pelo menos no *iter* argumentativo calcorreado para ali nos fixarmos. O que no autor surge como gérmen da *imputatio* é, para nós, tido como elemento acessório – ainda que de importância decisiva – dela, a entroncar, afinal, na responsabilidade delineada a montante pelo jogo dialéctico entre a liberdade e a responsabilidade. Com a vantagem de garantir uma maior objectividade – pelo menos em termos explicativos – de um critério dogmático que se afasta da culpabilidade.

Antes da concretização que se anuncia, há, porém, que tecer esclarecimentos adicionais.

Desde logo para, contra o que poderia resultar das nossas afirmações, desmistificarmos a aparência da radicalidade que poderia impender sobre ROXIN.

Na verdade, o autor, inserindo-se, segundo posição dos penalistas, no funcionalismo, afasta-se da nota sistémica de inspiração luhmanniana pura para se ancorar num outro de pendor teleológico-racional¹⁸³⁹.

Segundo para densificar os termos da chamada à colação do risco – e, portanto, da abertura do sistema pela provocação da realidade que o mobiliza –, com o que lograremos encontrar um ponto de apoio seguro que viabilize quer a sua caleidoscópica consideração, quer a ponte para um outro nível de problematização, atinente, pois, à delimitação da relevância concreta dos casos¹⁸⁴⁰.

¹⁸³⁹ Cf. JESÚS M^a SILVA SANCHEZ, *Aproximación al Derecho Penal contemporáneo*, Barcelona, 1992, p. 68 e ss. A grande diferença passaria, não pela adopção de critérios específicos em matéria causal, se bem que a sua posição acerca do conceito de infracção criminal se repercute naquele âmbito, mas outrossim pela própria concepção do direito penal como um todo. O funcionalismo de ROXIN explica-se pela submissão da construção da categoria do crime aos fins de política criminal, vindo imbuído de aspectos axiológicos precisos, colimados com a teleologia desse ramo da juridicidade.

Diferente é, pois, a posição de JAKOBS, protagonista de um funcionalismo radical

Cf., ainda, para maiores desenvolvimentos acerca da evolução da doutrina penal na matéria, *inter alia*, EDUARDO CORREIA, *Direito Criminal*, I, Almedina, Coimbra, 1996, p. 195 e ss.

¹⁸⁴⁰ O mesmo é dizer que nesse outro nível de problematização vamos ter em conta aquilo que tradicionalmente, a propósito da causalidade, era entendida como uma causalidade de facto ou a questão de facto que ela levava ínsita.

São aí tidos problemas como a prestabilidade ou não da doutrina da *conditio sine qua non*, a viabilidade de se considerarem relevantes os cursos causais hipotéticos ou virtuais, entre outros.

Fica-se, então, preliminarmente com a ideia de que a adequada solução a encontrar será condicionada pelo modo como se tece aquela imprescindível concatenação entre o ser e o dever ser. Donde, não é só – embora não se apague também a este propósito – a teleologia primária da responsabilidade civil a determinar o correcto modo de intelecção das problemáticas que se anunciam, mas a própria percepção do impacto que a realidade há-de ter na sua relação com a juridicidade a impor uma congruente resposta.

Percebe-se que assim seja. Se a intelecção filosoficamente comprometida do problema de segundo grau equacionado importa uma definição não conceptualista, entenda-se, da acção juridicamente relevante, só isso será bastante para não deixar incólume aquela que, supostamente, deveria ser a resposta para um problema prévio.

Para uma perspectiva do problema da causalidade de facto sob o prisma metodológico, cf. PAULO MOTA PINTO, “Sobre condição e causa na responsabilidade civil (nota a propósito do problema da causalidade da causa virtual”... cit.

Uma última palavra para tornar mais veemente a urgência da problemática a que se alude.

Três são, então, as questões para cuja resposta necessitamos de sindicarmos o modo como vai compreendida a relação entre a responsabilidade civil, enquanto instituto dogmático, e o mundo exterior, isto é, a relação entre o dever ser e o ser.

A sua densificação vai-se rarefazendo, possibilitando, *in fine*, o desenho dos concretos critérios de imputação objectiva que, há longo tempo, procuramos.

Como se estabelece a relação entre o risco e a autonomia responsabilizante da pessoa onde se alicerça a juridicidade¹⁸⁴¹? Como se caracteriza a acção juridicamente relevante para estes efeitos¹⁸⁴²? Qual a projecção disso em sede de imputação objectiva e em sede de determinação da relevância do caso concreto¹⁸⁴³?

Afirmámos, já, que a ideia de causalidade não pode deixar de ser entendida como normativamente cunhada, portadora de uma carga axiológica própria, que é indissociável da perspectivação do ser humano como pessoa. Ora, tal, como a seu tempo ficou salientado, implica a negação de um conceito de índole mecanicista, próprio dos acontecimentos do mundo físico e ligado ao conhecimento das ciências exactas. Mas tal também comporta, como reverso da medalha, um outro nível de problematidade, dado a solução de um caso concreto ter de possuir uma segunda face que com aquela se harmoniza. Uma segunda face que impeça que o direito realizado fique preso a um puro conceptualismo que, autistamente, o prive da consideração da *realitas*, onde os acontecimentos – e esquecendo agora momentaneamente os decursos não lineares comunicados pela teoria da relatividade – ocorrem segundo o esquema causa efeito. O direito não abstrai dos casos concretos, antes se aplica às situações da vida. É toda a questão da relação entre o ser e o dever ser que vem, portanto, equacionada, a permitir a opção entre uma posição monista e uma dualista. Remetendo-nos para a concepção de direito que abraçamos, a projectar-se no modo como, diante de um problema de *quid iuris*, concebemos a “aplicação” do direito aos factos. Haverá verdadeiramente uma contraposição entre a questão de facto e a questão de direito? Em caso afirmativo, como estabelecer a ponte entre as duas? E como encarar, então, o problema da prova dos factos?

Transpostas as inquietações para o estrito plano da causalidade, somos confrontados com dúvidas não menos acutilantes. Recusamos, com efeito, a causalidade operante em termos mecanicistas, porque não logra captar a essência, normativamente fundada, do ser pessoa, como um ser livre e responsável e com isso gera soluções pouco consentâneas com a intencionalidade especificamente jurídica. E se isto não implica uma necessária cisão entre o mundo dos factos e o mundo do direito, uma vez que os primeiros são captados sob a luz dos segundos, não menos verdade é que a asserção deve ser prudentemente assumida sob pena de resvalarmos também para o quadro alienante do mundo que denunciámos a propósitos vários.

Em geral, sobre o problema da cisão entre a questão de facto e a questão de direito, cf. CASTANHEIRA NEVES, *Questão de facto...* cit.

¹⁸⁴¹ Sobre o ponto, cf. FLETCHER, “Fairness and utility in tort theory”, ... cit., p. 537-573, aqui 550 e ss. O autor baseia-a no princípio de que cada um tem direito a um patamar de segurança compatível com um patamar idêntico para as outras pessoas e sustenta que o dano deve ser suportado pelo particular que impôs excessivamente o risco e com isso o causou.

¹⁸⁴² Circunscreve-se, portanto, o problema e retorna-se ao nicho doutrinal onde nos inserimos. Não se sobrevalorize, contudo, a asserção. Se ela resulta fundamental no que respeita ao plano dogmático em que urge dar cumprimento à teleologia primária da responsabilidade civil, ao situarmo-nos, momentaneamente, num patamar superior deixa de se procurar a resposta com base na intencionalidade que a norma leva pressuposta para se olhar para aquele do ponto de vista da correlação entre a realidade e o direito que a predica e valora.

¹⁸⁴³ Veremos, posteriormente, que as questões atinentes à transposição entre o dever-ser e o ser não se esgotam nesta trilogia. No entanto, como também a seu tempo se perceberá, a índole e a intencionalidade desses outros segmentos problemáticos serão diversas.

44. A acção juridicamente relevante. O impacto da consideração da sociedade ao nível da delimitação daquela. Axiologia e ontologia: o reforço da dialéctica anunciada. A importância do risco a este ensejo (como um risco imbricado na noção de esfera de responsabilidade delimitado dialecticamente no cotejo com a personalidade)

No ponto precedente, ficaram por responder algumas questões pertinentemente colocadas, que traduzem dúvidas próprias de quem assume a argumentação como um percurso dialógico orientado pela congruente busca de soluções.

Para elas não apresentaremos esquemática e topicamente respostas definitivas; antes decorrerão da exposição subsequente, assinalando-se sempre que chegemos a um ponto charneira do nosso caminho.

Não deixaremos, porém, de sublinhar o pólo de onde promanam, a traduzir, afinal, uma das tradicionais e complexas interrogações com que o jurista que comprometidamente assumia a sua missão tem de lidar: o modo de relacionamento entre o jurídico e o mundo.

Que a sociedade não pode deixar de vir pressuposta pelo jurista, já o sabemos. Mesmo para o cultor mais fiel do positivismo, ela não é apagada, ainda que seja convertida em factos anódinos, tidos como meros correlatos lógicos das hipóteses normativas pensadas pelo legislador¹⁸⁴⁴.

¹⁸⁴⁴ Na base da impostação positivista do problema está uma intencionalidade gnoseológica precisa, a apontar no sentido da dicotómica e estanque consideração do mundo. O facto era, pleonasticamente, meramente factual e o direito dirigir-se-ia a ele de uma perspectiva cognitiva. Tido como objecto do conhecimento, o mundo não distaria sobremaneira do conteúdo conceptual das normas construídas a partir da abstracção daquele. A correspondência entre os dois – assim entendida – converteria o jurídico num puro juízo lógico de subsunção.

A intenção teórica do jurídico seria, pois, a palavra de ordem. E a *realitas* não interferiria na conformação da juridicidade em concreto, porquanto, tomada a norma como *prius*, aquela seria sempre analisada segundo a sua óptica.

Transposta para o mundo jurídico a crença na neutralidade e objectividade científicas, a realidade mais não seria do que o móbil despoletador da sua entrada em cena, e o direito passaria a ser encarado como “uma técnica de organização científica da vida social, com base em mecanismos biológicos, psicológicos, empírico-sociais, cientificamente considerados e em ordem a apoiar neles uma planificada eficácia humano-social” [cf. CASTANHEIRA NEVES, *Questão-de-facto...* cit., p. 595].

Com tudo isto, e no que à responsabilidade civil diga respeito, perde-se a vocação do justo e condena-se à desapareição os valores da liberdade e personalidade. Perde-se, assim, o referente axiológico de valoração do ser – ou, de acordo com uma linguagem mais dogmática, do caso – e aliena-se o jurista da realidade, ao pressupor-se como único critério de ajuizamento aquele que vai implicado pelo legislador na lei. Solitário com o conteúdo normativo, a pressupor uma harmonia entre o direito e o mundo através dos conceitos, percebe-se que o jurista tradicionalmente se degladie com uma miríade de dúvidas e problemas, oscilando entre os diversos significados que pode atribuir a uma ideia de causalidade.

Para uma crítica ao normativismo, nas suas diferentes versões, que vão desde aquelas mais moderadas, que ainda levam implícita a realidade, aquelas mais radicais, onde ela liminarmente se perde, cf., *inter*

Rejeitada, porém, a apromática predicação do real, outros são os caminhos de investigação que se abrem. E que, se não conduzem, como já denotámos, a um funcionalismo sistémico que assuma o dado social como configuração de um sistema autopoietico de nível superior, que transforme o direito numa “unidade comunicacional”¹⁸⁴⁵, também não se resumem a simples estímulo geracional da entrada em funcionamento do ordenamento¹⁸⁴⁶.

No fundo, o que aqui vai questionado é a dimensão do conceito jurídico com que operamos.

Para tornarmos mais explícito o nosso raciocínio importa, porém, estabelecer algumas reduções conceptuais que, ainda que não espelhem na sua pureza a construção sistemática que paulatinamente vamos delineando, tornam líquido o *iter* argumentativo que calcorrearemos.

alia, e numa perspectiva que coloca o assento tónico na bipartição ou não entre a questão de facto e a questão de direito, cf. CASTANHEIRA NEVES, *Questão de facto...* cit., p. 600 e ss. (em especial, 611-612). Radicalizando o normativismo, pense-se em KELSEN. O autor nega a referência à realidade histórico-social, como consequência da sua teoria pura do direito e da conversão do sistema jurídico num sistema de proposições lógicas.

Constantando a diferença entre o pensamento do autor e os neo-kantianos que, pelo dualismo entre ser e dever ser, ainda levavam implícita uma referência ao mundo, cf., uma vez mais, CASTANHEIRA NEVES, *Questão de facto...* cit., p. 621 e ss. [vide, também, p. 624 e ss. para uma apurada crítica do normativismo kelsiano].

¹⁸⁴⁵ Cf. TEUBNER, *O direito como sistema autopoietico*, Lisboa, 1989, cap. III.

Do autor, veja-se, ainda, « Les multiples aliénations du droit sur la plus-value sociale du douzième chameau », *Droit et Société, Revue Internationale de Théorie du Droit et de Sociologie Juridique*, 47, 2001, p. 75-99. Partindo do conceito de direito como um sistema autopoietico, TEUBNER questiona as relações externas dele com o ambiente social em que está inserido para debater em que medida se deve operar a sua adequação aos conflitos sociais que disciplina. A questão que perpassa todo o discurso é, pois, a da justiça individual e da sua adequação à sociedade: será que o direito provoca a alienação da realidade e qual é a justificação do direito. Nessa indagação, polemiza com LUHMANN e a construção metafórica do *douzième chameau*. O direito limitar-se-ia a transformar as questões sociais em questões técnicas e a reconstruí-las de maneira a permitir uma solução jurídica em qualquer caso. Numa palavra (p. 78), decide os conflitos sociais, alienando-os na medida em que os faz repousar nas ficções que ele mesmo cria.

Note-se que, segundo o autor, “a alienação de que aqui se fala não é o resultado de uma programação precisa ou de um plano racional”, mas sub-produto típico de um duplo encerramento do direito, que se realiza pela *re-entry* das distinções jurídicas sobre elas mesmas. Um primeiro encerramento seria operado pelos julgamentos, pelas normas, pelos contratos, pela normalização, pela standardização no interior das instituições e seria garantia dos limites do direito, permitindo “isolá-lo de pressões, de clientelismos, do estatuto social, de influências de amizade” e garanti-lo contra a intromissão de argumentos morais, económicos, políticos ou fundados no senso comum (cf. p. 79).

Ademais, “a argumentação jurídica transforma a alternativa de decisão existente numa nova alternativa (responsável pela alienação do conflito). Transforma o conflito social num conflito jurídico susceptível de decisão. Em todo este processo, e de um ponto de vista autopoietico, entra em cena a auto-referência do direito. A aplicação das operações jurídicas sobre os resultados das operações jurídicas anteriores conduz a um corpo artificial de conceitos, regras e princípios. O tratamento segundo um critério igual/diferente representa um mecanismo de alienação. Tratar de forma igual o que é igual e de forma diferente o que é diferente põe em marcha uma série infinita de diferenciações” (cf. p. 83).

¹⁸⁴⁶ Cf., a este propósito, JOSEF M. HÄUSSLING, “Existenzphilosophie, Strafrechtsdogmatik und das Problem der Handlung”, *Juristenzeitung*, 16, Heft 4, 1961, p. 114 e ss.; HANS WELZEL, “Die finale Handlungslehre und die fahrlässigen Handlungen”, *Juristenzeitung*, 11, Heft 10/11, 1956, p. 316 e ss.

Partamos do problema: a identificação da causa do dano. Porque reconhecemos um inequívoco sentido imputacional, objectivamente considerado e enquanto complemento do juízo de culpabilidade, à recondução daquele a um determinado sujeito, temos por segura a equivalência entre ela e uma actuação humana¹⁸⁴⁷.

Se os dados sistemáticos nos conduzem à assunção não estrita mas ampla do conceito categorial, já que a acção se equipara à omissão, verificados que estejam determinados requisitos, sempre ficará por saber quando se pode estabelecer a concatenação condicionalmente relevante entre essa actuação e o dano que lhe sobrevem.

Ora, confluem neste percurso dois dados. Um axiologicamente densificado, a apontar no sentido da responsabilização do lesante sempre que se desvele, em concreto, uma conduta obnubiladora do respeito que deve nortear o encontro com o outro, posto que, sem ele, a liberdade de cada um, só pensável na óptica da pessoalidade, convola-se em abuso de liberdade, entrando em cena a responsabilidade como instância de actualização daquela, dialecticamente unida a uma outra dimensão responsabilizante. Outro, onto-sociologicamente matizado, a fazer rememorar não só a complexidade do fluir dos acontecimentos, como também a estrutura essencial do momento histórico-

¹⁸⁴⁷ Sobre a importância da conduta ou acção humana no âmbito da juridicidade, cf. COSSIO, *La normatividad según el análisis de la conducta jurídica*, Buenos Aires, 1937 e “Norma, direito e filosofia”, *Boletim da Faculdade de Direito*, XXIII, 1947. Com a sua teoria egológica, COSSIO sustenta que ao direito o que importa verdadeiramente são as condutas humanas e as normas traduzem a conceitualização jurídica que se aplica a essas condutas juridicamente relevantes.

Advirta-se, porém, não haver sintonia absoluta entre o pensamento do autor e aquilo que sustentamos. Basta para tanto atentar nas críticas que dirigimos a Kelsen e pensar que COSSIO parte ainda da imposição normativista daquele autor.

Para um aprofundamento do pensamento de COSSIO, cf., ainda, *La causa e la comprensión del derecho*, 4ª ed., Juárez, Buenos Aires, 1969.

Sobre o papel da teoria egológica de COSSIO no quadro do pensamento jurídico, cf. ANTÓNIO BRAZ TEIXEIRA, *Sentido e valor do direito...* cit., p. 114 e ss. [Vide, especialmente, p. 116-117 e 119 para as críticas desferidas contra a mesma. COSSIO parte de uma concepção da juridicidade enquanto objecto cultural, portanto, situado numa zona ou região ôntica que partilha com os dados naturais a existência do seu objecto no tempo e no espaço, embora deles se afaste por constituírem realidades valiosas, ou seja, axiologicamente não neutras. Ora, dentro destes elementos culturais há uns que se exteriorizam em objectos mundanais, enquanto outros vivificam a própria humanidade ao consistirem na sua actividade. Trata-se, aí, dos chamados objectos egológicos, entre os quais se encontraria o direito, porque ele surge apresentado pelo autor como “conduta humana em interferência subjectiva” e já não como norma, que apenas a descreve. Contudo, atentemos naquilo que nos diz BRAZ TEIXEIRA: “para a teoria egológica do direito, as normas, sendo um dever-ser, são-no de natureza lógica e não axiológica, constituem a representação conceitual de uma certa conduta, um esquema interpretativo da conduta, na qual a referência da norma à conduta corresponde à relação gnoseológica entre o significado ou conceito e o objecto. Parte, portanto, da racionalidade própria da doutrina kelsiana, embora lhe acrescente “a intuição da liberdade e intuição axiológica” – cf. p. 118. Algumas objecções de princípio são, em nome disto, apresentadas por BRAZ TEIXEIRA contra a referida concepção egológica, a denotar a imprestabilidade da mesma para captar o fenómeno jurídico: 1) dependência normativa, posto a conduta ser jurídica ou não consoante haja ou não uma norma que a considere como tal; 2) apresentação da norma como um dever-ser lógico, apartando dela as valorações que lhe vão ínsitas – cf. p. 119].

social que nos situa e condiciona. É a noção exacta do carácter arriscado do mundo moderno e da controlabilidade desse perigo que avulta necessariamente.

Dela passamos, então, para a adopção do risco como categoria imputacional e já não apenas como factor fundamentador das respostas normativamente predispostas para a resolução do problema de que partimos.

Contudo, impõe-se a pergunta: com que legitimidade discursiva?

A seu tempo, tivemos oportunidade de alicerçar a ideia de responsabilidade na pessoalidade. Distanto da individualidade, vimos que a mesma se baseia num determinado entendimento acerca do ser humano, que se assume comprometidamente, e no justificado e justificável salto para o patamar axiológico, sem o qual o direito deixa de o ser.

Se isto parece bastante para perceber, dada a inserção comunitária daquele, a importância da categoria no quadro da nossa investigação, corremos o risco de, se não atentarmos aprofundadamente neste ponto, incompreendermos a intencionalidade normativa dela.

É que, chegados à consideração do risco a partir do dado sociológico, duas opções intelectivas são plausíveis em termos teóricos. Uma que, traduzindo uma linearidade de pensamento, conduz à eleição dele como factor determinante assumido na sua autonomia. Outra que, não esquecendo que a ele acedemos com base na pressuposição ontológica, inseparável daqueloutra axiológica, adopta densificadamente uma visão dialéctica, eivando o risco com as notas predicativas da própria pessoalidade¹⁸⁴⁸. Pelo que, deste ponto de vista, a ideia de risco vem afinal a confluir na ideia da própria actuação do agente ou pretenso lesante.

Como veremos não é incólume a opção por uma das duas vias.

E como se denota, *a priori*, sabemos em qual dos pólos escoramos o nosso pensamento. Só que o que poderia ser líquido reclama sedimentação, já que importa obter o convencimento do auditório a que nos dirigimos.

É certo que o que a seguir expendiremos nada adianta ao núcleo fundacional aflorado anteriormente. Olha-se para o problema segundo um enfoque diverso, a anunciar a mesmíssima solução, e a reclamar uma apurada tomada de posição acerca do modo como se relaciona o direito com o dado societário de que é incidível.

¹⁸⁴⁸ Cf. CASTANHEIRA NEVES, *Questão de facto...* cit., p. 217: “se o direito se propõe projectar uma determinada ordem de valores na vida social real e histórica, sempre todo e qualquer preceito normativo será duplamente transcendido: pelo valor ou juízo de valor que fundamenta o seu sentido normativo, por um lado, e pelos objectos histórico reais do seu cumprimento, por outro”

A questão foi anteriormente ponderada, recusando-se, então, uma perspectiva funcionalista sistémica que olha para o jurídico a partir da consideração do sistema social.

Descontada a visão, importa considerar outras formas de se conceber a relação.

Como salienta CASTANHEIRA NEVES, a propósito das posições hodiernas acerca da juridicidade, o direito vem compreendido por referência “à vida social real e às suas estruturas institucionais, porque o direito se passa a entender ontologicamente fundado na estrutura essencial-normativa do seu objecto ou do ser da realidade histórico-social que pressupõe (natureza das coisas), ou porque o axiológico se faz solidário com o real”¹⁸⁴⁹.

O que na asserção vai intencionado são os diversos modos de conceber a relação entre o direito e a realidade que o provoca, chamando-o, quer à abertura sistemática, quer à redensificação da normatividade já constituída pela mediação dos casos concretos. E o que parece não passar de uma mera lucubração teórica avulta densificado com importância crescente, posto que é nessa intenção com que nos dirigimos ao real que, para lá de dele colhermos os dados caracterizadores do seu concreto modo de ser actual, podemos desvelar o peso específico que ao risco deve ser concedido no âmbito da dogmática ressarcitória.

Dois são os pólos agora em confronto: direito e realidade social. E, como se constata em geral, também aqui se experimentaram posições extremas, a redundar na hipertrofia de um deles.

A sobrevalorização do peso da sociedade na equação que se pretende formular conduziu, embora de forma não unívoca e uniforme, à compreensão do direito enquanto expressão da realidade social, numa perspectiva realista que se queda, afinal, numa racionalidade de tipo explicativo, abrindo-se, então, as portas a outro tipo de positivismo, agora com matriz naturalista e empirista¹⁸⁵⁰.

¹⁸⁴⁹ Cf. CASTANHEIRA NEVES, *Questão de facto...* cit., p., 54.

¹⁸⁵⁰ Esta seria, no fundo, uma sociologia jurídica que, não reconhecendo uma intencionalidade jurídico-normativa autónoma ao direito, ultrapassa a mera consideração da realidade sócio-cultural que vai ínsita àquele.

Cf., para maiores, desenvolvimentos CASTANHEIRA NEVES, *Questão de Facto...* cit., p. 679.

Entroncam aqui movimentos como o sociologismo positivista de COMTE, DURKHEIM, o realismo norte-americano, o realismo de ALF ROSS e as concepções marxistas acerca da juridicidade.

Nenhum deles se confunde com a orientação sociológica de BENJAMIM CARDOZO a inspirar a *Jurisprudência Sociológica*. É que nestes casos a intencionalidade jurídica não é negada, pese embora a redução à perspectiva sociológica.

Dista, por isso, esta da *Jurisprudência dos Interesses* que, colhendo inspiração análoga, não se aparta da materialidade normativa com que pretende contaminar a realização do direito.

Compreende-se, em geral, e em particular pela consciência do que anteriormente ficou dito, a imprestabilidade de uma tal visão para captar o fenómeno jurídico. Não é sequer necessário mergulhar nos meandros da juridicidade para desferir argumentos que firam de morte a impositação referida. Na verdade, se a missão do jurista é valorar a realidade social, a atenção que ela requer – pela índole prática do pensamento de que não nos podemos apartar – não pode ser confundida com uma miscigenação entre objecto e fundamento. A decisão do caso concreto há-de basear-se em algo que necessariamente transcenda o objecto valorado, já que a imersão no cosmos não logra garantir o distanciamento necessário que aquela requer. Dir-se-ia, de uma forma mais simples, que se torna impossível compreender o mundo e julgá-lo quando estamos imbuídos desse mundo. Só saindo dele, pela pressuposição de um patamar referencial que o ultrapasse, estamos aptos a levar a cabo a penosa tarefa que nos onera.

Ao que acresce, no mesmo sentido de refutação para que depõe o argumento anterior, a inconsonância da intencionalidade sociológica com a matriz essencial da juridicidade. Sendo esta algo que se vai reconstituindo pela mediação dos casos concretos, nunca sendo um dado perfeitamente constituído, torna-se incompatível a sua compreensão à luz da racionalidade puramente sociológica que, olhando para a realidade do ponto de vista teórico, passa a assumi-lo como um objecto acabado¹⁸⁵¹.

Donde se conclui que a adequada relevância do dado real-social não pode ir ao ponto do apagamento da especificidade do jurídico. Ou dito de outro modo, o facto de se louvar a não alienação do direito não nos conduz inexoravelmente aos antípodas do seu acantonamento descaracterizador.

Não se pense, contudo, tratar-se aqui de uma preocupação de índole autonomista. Não está em causa, tão-só, proteger o direito da contaminação externa, resguardando a sua pureza, até porque a criticamos em KELSEN, mas da constatação da improcedência de uma visão como estas a que topicamente aludimos.

A antevisão sugerida permite, agora, na consideração específica do problema da causalidade, perceber melhor as aporias a que ela nos conduziria. Olhando para aquela categoria imputacional, procurar-se-ia encontrar na realidade social o filão fundamentador do seu preenchimento.

A priori, denota-se inequivocamente um *deficit*. Qual o sentido a extrair da categoria causal? Como procurar, na simples referência ao húmus social, a resposta para

¹⁸⁵¹ No mesmo sentido das críticas aqui apresentadas, cf. CASTANHEIRA NEVES, *Questão-de-facto...* cit., p. 683.

a pergunta inicial? Repare-se que quando, na contextura da nossa argumentação, sentimos necessidade de contemplar o dado fáctico para nuclearmente colhermos dele um critério orientador da nossa demanda, não partimos do vazio dialógico. Antes, na pressuposição da pessoalidade, nos ancorámos pré-judicialmente na esfera de responsabilidade correspondente a um sentido positivo de liberdade, só perceptível no encontro com o outro, pelo que, quando remontando a um patamar fundacional de nível inferior, e como tal dogmaticamente mais densificado, há uma clara contaminação do olhar que sobre a realidade se derrama com a intencionalidade de sentido de que se parte.

Sem isso, perderia legitimidade a ancoragem da solução no risco. Ou melhor, ficaria por explicar por que razão, pese embora a consciência das notas predicativas do real, ele nos condiciona e não nos quedávamos, simplesmente, na procura da causa do dano *tout court*.

Descontados os casos em que a missão se afiguraria impossível, sempre poderíamos dizer que a aproximação a um tipo de verdade fáctica ou o paralelo com o sentido corrente da causalidade era, então, o nosso objectivo.

Parece ser, aliás, essa a lição de HART e HONORÉ, a que não será alheia a concepção de direito explanada pelo primeiro autor e as influências denotadas do realismo norte-americano. É claro que mesmo estes autores se confrontaram com dúvidas, dificuldades e problemas vários, a impor uma limitação da indemnização pela intervenção posterior da finalidade da norma violada. Contudo, num primeiro momento, a coerência entre o dado de que se parte e a conclusão a que se chega é perfeita^{1852 1853}.

¹⁸⁵² Mais uma vez fica implícito que o modo como orientamos a nossa argumentação neste ponto preciso se relaciona intimamente com aqueloutro problema, relevantíssimo no nicho temático em que mergulhámos, que se prende com a consideração da causalidade de facto. Pese embora a proximidade material das questões, diríamos mesmo que pese embora a analogia reflexiva entre elas, autonomizaremos a apurada resolução da segunda.

¹⁸⁵³ HART e HONORÉ, de facto, partem de uma noção de causalidade própria do homem comum. Assumindo que a noção de causa deve ficar longe da incursão de considerações de *policy*, os autores procuram um critério que, servindo para salvaguardar o recorte comutativo da justiça civilística, garanta a neutralidade almejada. Ancoram-se, então, em dois critérios fundamentais. Por um lado, é a ideia de intervenção humana voluntária a marcar terreno; por outro lado, é a noção de evento anormal ou não comum a orientar o decidente na solução que busca alcançar. Cf. *Causation...* cit.

Para uma crítica da posição dos autores, perguntando por que motivo, ainda que do ponto de vista sociológico a noção de causa seja a correcta, ela é válida em termos jurídicos, cf. MICHAEL S. MOORE, “The Methaphysics of Causal Intervening”, *California Law Review*, 88, 2000, p. 853 e ss. Para outras críticas, veja-se, ainda, com grande importância, p. 855 e ss., considerando que os autores se alicerçam numa acepção de causa que, sendo consentânea com o *ordinary use of causation*, acaba por restringir a conduta relevante àquilo que provoca uma modificação no curso normal dos acontecimentos e por permitir que a sua noção seja fixada por recurso a convenções de uso presente da linguagem – cf. p. 857. A crítica tornada patente, e por nós comungada, ainda que a muitos ensejos nos afastemos do pensamento de MOORE, pode sistematizar-se por referência a dois vectores. Por um lado, atinge a posição dos autores

Não se ignora que o todo social não se confunde com o processamento natural dos factos e que a contemplação sistémica da *societas* não necessita de ser inteligida segundo um prisma empobrecedor que obnubile a diferença, já expressa por KANT, entre a causalidade natural e a causalidade final. Não obstante o alerta, sempre se dirá que ou aportamos ao risco do ponto de vista da sociedade e dos dados sociológicos e é a totalidade globalizante que objectiva e abstractamente nos dá a resposta, que não pode ser outra que não a da causa real; ou, em alternativa, perspectivamos o risco sob a malha de cota do sujeito que o assume, incrementa ou diminui e, nesse caso, independentemente dos acertos a que se há-de dar lugar, abandonamos o enfoque sociológico para nos estribarmos numa orientação ontológica. Que outro caminho não nos pode fazer traçar senão aquele imbuído da nota de imputação a que tantas vezes fizemos referência.

Só que com isto ferimos de morte uma empirista consideração societária, porquanto, na realidade, o não desencarnar do direito que procuramos realizar daquele dado fáctico, que o mobiliza, não nos permite obter aproblematicamente a solução do nosso caso.

De entre as diversas condições que confluem na realidade para a produção de um dano qual é aquela que realmente pode ser tida como causa dele? Indicar-nos-á o dado social a resposta? Não cremos. E se olharmos para o sujeito pretensamente lesante para determinarmos em concreto se ele foi ou não o causador que se busca individualizar, então, tal só pode significar que o nosso modo de referência ao real já não é científico, meramente cognitivo, mas prático-normativo.

Com o que, e continuando o nosso excursus, chegamos à conclusão que a referência ao risco não é meramente sociológica, mas ontológica. Ele não nos importa, tão só, como característica predicativa das sociedades hodiernas – como parece ser o sentido mais usual da abordagem que dele se faz ao nível da prescrição legislativa –, mas como modo de ser humano.

a incapacidade de perceber que a resolução de uma questão jurídica há-se ser sempre guiada pela intencionalidade ético-axiológica predicativa do direito e que informa, sustentando-os, cada um dos critérios predispostos pelos estratos menos rarefeitos do sistema jurídico. Por outro lado, e se quisermos acompanhar as reflexões de MOORE, parece ficar a posição de HART e HONORÉ ferida pelos anátemas que recaem, em geral, sobre a filosofia da linguagem que, procurando a linguagem pura, pretende alcançar a essência dos fenómenos através dela.

É nessa referência, já não sociológica, mas fenomenológica que se encontraria o sentido exacto da causalidade^{1854 1855}.

¹⁸⁵⁴ Sublinhe-se que é de acordo com esta visão que WELZEL alicerça a estrutura da acção final. O autor fundamenta a juridicidade com apelo à natureza das coisas, enquanto estruturas categoriais objectivas. Estas seriam verdades que nenhum legislador poderia alterar. Inerentes ao direito positivo – e não se situando acima dele – ofereceriam ao jurista um ponto fixo a partir do qual se poderia decidir do conteúdo da normatividade.

Definida, eideticamente, a essência do ser, o penalista passa à caracterização da conduta humana como finalisticamente determinada, a corresponder, assim, a uma dessas categorias objectivas.

Sobre as possíveis interpretações do recurso à natureza das coisas, cf. CASTANHEIRA NEVES, *Questão-de-facto...* cit., p. 710 e ss.

Especificamente sobre a consideração teleológica da acção a que nos conduz WELZEL, cf. p. 726. CASTANHEIRA NEVES, não deixando de reconhecer o mérito da pressuposição da estrutura material da acção humana no quadro da juridicidade, afirma inequivocamente que tal “não implica que se tenha por exacta a interpretação ontológica da acção de Welzel (...). A acção fica assim circunscrita através de uma acção representativa – intelectual e psicológica – sem exigir uma mais ampla e profunda integração no sentido do ser humano”.

Note-se, ainda, que não é esta a única forma de compreender a natureza das coisas. Desde logo, uma dada impositação dela redundaria, igualmente, numa visão empírico-sociológica do direito; outra cursaria de modo paralelo ao direito natural. Para uma aprofundada compreensão das semelhanças e diferenças entre eles, cf., uma vez mais, CASTANHEIRA NEVES, *Questão-de-facto...* cit., p. 763 e ss. Veja-se, ainda, p. 765-766, onde o autor traça a dicotomia entre uma visão sociológica e a apreensão do sentido ontológico [No último caso, não estaria, tal como por nós foi sublinhado em texto, uma mera determinação empírica dos factos sociais. Esclareça-se, contudo, o sentido exacto da natureza das coisas a que o autor faz, nesta contextura, referência. São agora vistas como estruturas objectivo-históricas e existenciais. Segundo a impositação, o direito referir-se-ia ao sentido ontológico-normativo das entidades reais que concorrem no mundo social do comportamento humano, como sejam as relações da vida, os dados institucionais, as relações económicas e sociais, a família e o Estado. Seriam as próprias relações da vida a oferecer o critério de julgamento. Só que, indo o direito imanente nos factos que o convocam, não lograríamos verdadeiramente obter um fundamento de valoração da realidade, pelo que também esta compreensão da natureza das coisas se mostra, afinal, imprestável – cf. p. 764-765]

¹⁸⁵⁵ Voltamos a realçar, a este ensejo, a mais-valia da abordagem fenomenológica da juridicidade. Aportando ao homem pelo método com o mesmo nome, por meio da redução fenomenológica e redução eidética, o sujeito não é descaracterizado e condenado ao individualismo autista, mas assume-se como verdadeiro ser com os outros. Cf. MAIHOFER, *Recht und Sein, Prolegomena zu einer Rechtsontologie*, Vitorio Klostermann Verlag, 1954. O ser a que o direito se refere passa a ser entendido como o resultado de uma relação ontológica entre ele e o mundo. Ao homem caberia sempre não só a sua individualidade, mas também formas de co-existência com os outros no mundo. É assim que o autor tematiza a ideia de papéis que ele socialmente desempenha diante dos demais. Estes permitem a inserção do ser humano no mundo exterior e nessa estrutura iria intencionado o sentido da ordem humana ético-jurídica.

O pensamento do autor conflui naquilo que ficou por nós inscrito em texto. A consideração sociológica não é outra que a consideração ontológica do ser com os outros.

Cf. CASTANHEIRA NEVES, *Questão-de-facto...* cit., p. 786, para uma crítica à ancoragem fundacional do dever ser do direito no ser, ainda que compreendido na sua personalidade. Afirma o autor que pode haver um conflito irreduzível entre o ser individual e o ser socialmente integrado. Tal resulta de duas particularidades do modo como MAIHOFER concebe o ser – dualizado entre a individualidade e a generalidade, de modo inconciliável com uma existência unitária – e a juridicidade, não percebendo que a superação do conflito tem de ser procurada num plano axiológico que transcenda os conflitos de deveres a que, pelo primeiro dado, somos conduzidos.

Com o que, afinal, o nosso salto é triplo. Ou seja, se a referência sociológica é pensável enquanto referência ontológica, ela não permitirá determinar por si só o sentido da causalidade, porque a dimensão valorativa não pode ser colhida na simples determinação do eu, ainda que inserido no mundo.

Tal como explicita CASTANHEIRA NEVES, não é possível continuar a sustentar a ancoragem da juridicidade na distinção existencial antinómica entre a dimensão individual e a sua inserção no mundo, tendo antes de se operar a síntese no plano ético. Essa, que nos é dada pelo *Selbstsein im Alssein* – exacta estrutura ontológica do ser no mundo –, supera a oposição do eu e o mundo [cf. CASTANHEIRA NEVES, *Questão-de-facto...* cit., p. 797-798] e foi procurada por MAIHOFER na obra *Naturrecht als Existenzrecht*.

Dito de outro modo, o que releva para a nossa análise não é a predicação da sociedade amorfa como perigosa ou arriscada, mas a percepção exacta de que o homem,

Atentemos na mais-valia da precisão, para o que continuaremos a acompanhar de muito perto os ensinamentos do filósofo luso.

A mera referência às estruturas sociais, ainda que resultasse da compreensão não atomista do ser humano, não permitira a rectificação exigida pela evolução da sociedade [p. 800]. Ademais, se a existência só é pensável na comunicação existencial, deixa de haver uma antinomia entre a subjectividade e a objectividade, afirmando-se naquela síntese dialéctica a autenticidade da existência de cada um [p. 802]. Mas tem de se chegar à conclusão não ser possível decidir acerca dos conflitos de interesses com base na natureza das coisas, porque “as notas caracterizadoras do *Alssein* reproduzem as notas mediante as quais Heidegger descreve fenomenológico-existencialmente a mundaneidade do mundo (as notas que dão um sentido ontológico-existencial do mundo)”, pelo que não podem ser compreendidas como “determinações de coisas que fossem pré-dadas”, posto que o homem se deixa de compreender na heteronomia objectivada mas é em si mesmo que encontra o fundamento e a medida [cf. p. 803, 807].

Às estruturas sociais a que se apela caberiam “constelações típicas de expectativas e interesses ligados ao ser e ao comportamento dos outros, com base nos quais esse ser e esse comportamento assumem valor ou desvalor para nós” [p. 809]. Tudo isto a redundar numa pergunta de não pequena monta: “o que nos permite reconhecer, dentre os interesses, as exigências e os deveres que os participantes de uma mesma situação concreta opõem uns aos outros, aqueles interesses, exigências e deveres que se hão-de impor como uma validade unívoca?” [p. 810].

Na polemização com MAIHOFER, CASTANHEIRA NEVES acaba por dar um passo em frente. Não se atém, na verdade, à mera consideração do *Alssein*. O mesmo é dizer que não bastaria colocarmo-nos no papel do outro e questionarmos o que dele esperaríamos, assumindo-o, por isso, como legítimo. Nem tão-pouco seria suficiente, em complementaridade com essa primeira indagação, questionar se a exigência comunicada pela regra de ouro era ou não justificada, pelo reconhecimento dela como uma lei geral de comportamento emergente da natureza das coisas [cf. p. 811]. É que, segundo nos ensina, há um “salto injustificado de uma referência objectiva para uma intenção axiológica” [p. 814]. Segundo CASTANHEIRA NEVES, “a minha posição em si, na sua subjectividade, não seria capaz de determinar a minha situação normativa, pelo que há que recorrer ao ponto de vista do outro, ponto de vista que vindo de fora é para mim objectivo. Mas a posição subjectiva do outro também não é susceptível de traçar com objectividade a sua própria situação normativa, pelo que há que recorrer também ao meu ponto de vista, que para ele é agora objectivo. A minha posição não tem garantia de coincidir com a posição que o outro me determinará. A regra de ouro nada resolve” [p. 815]. Por outro lado, não esquece o insigne jurista pátrio que, enquanto o *Alssein* traduzir uma oposição de existências, ele não pode ser critério de um vínculo normativo. [cf. p. 816].

Conclui, portanto, que “a regra de ouro só adquire sentido ao pressupor uma comunidade ética que fundamente a corresponsabilidade ou solidariedade moral”, conferindo um sentido muito particular a essa comunidade, vista como “comunhão axiológica em que cada um de nós se compreende como pessoa” [cf. p. 818].

Em suma, o que aqui fica patente é a necessidade de pressuposição de uma estrutura ético-axiológica que fundamente as diversas soluções jurídicas. Não constitui, por certo, novidade a conclusão, porquanto ela ficou explanada anteriormente na nossa dissertação, também aí tendo-nos socorrido de muitos dos ensinamentos de CASTANHEIRA NEVES.

Torna-se, porém, oportuno que a retomemos neste momento, na medida em que, agora directamente no confronto com a necessidade de contemplar a realidade onde o sujeito se move e no qual assume comportamentos arriscados, estamos mais aptos a perceber a sua relevância em sede especificamente causal.

O desenvolvimento subsequente a que queremos abrir a porta terá lugar em texto.

Veja-se, ainda, neste particular ponto, MAIHOFER, “Der soziale Handlungsbegriff”, *Festschrift für Eberhard Schmidt*, 1961, p. 156 e ss. O autor apresenta aí o seu conceito de acção, partindo, para o efeito, da crítica às anteriores impositões que conduziriam, segundo o seu parecer, a resultados práticos inaceitáveis, e sustentando que o jurista se deve libertar de todos os pré-conceitos naturalistas e causalistas. Nessa medida, sustenta MAIHOFER que a diferença entre a acção humana e a acção não humana não reside no que um determinado homem pode ou não prever e dominar, antes deve ser orientada pela resposta à questão: “o que é que um homem tem de fazer ou não fazer” (cf. p. 177). Apresenta, então, quatro elementos caracterizadores da acção: a) previsibilidade dos resultados da acção; b) controlabilidade do curso da acção; c) objectiva possibilidade humana; d) critério do social resultado para os outros (cf. p. 178).

na sua pessoalidade livre, é capaz de controlar, pelo menos em parte, essa perigosidade. Se a nota causal se transfigura, afinal, em nota imputacional percebe-se que a referência à realidade, sem a qual o direito se alienaria e sem a qual ele não seria vigente, posto que mera expressão de uma validade nefelibata, não faça sentido como uma pura objectivação sociológica com reflexos normativos.

A comunidade de risco é transcendida por uma intenção de validade.

Escalpelizemos, um pouco, a asserção conclusiva e projectemo-la depois em dados sistemáticos não negligenciáveis.

Vimos que a referência sociológica só faz sentido quando polarizada num determinado sujeito. Considerámo-lo pela im procedência de abarcar a juridicidade com a positividade científica dos saberes exactos. Mas também porque a sociedade que nos importa não é mais do que a comunidade de seres pessoas. Ora, porque a pessoa, distante do indivíduo¹⁸⁵⁶, não vive no isolamento, mas apenas se realiza no encontro

¹⁸⁵⁶ Sobre o ponto, veja-se tudo o que *supra* referimos acerca da distinção entre o indivíduo e a pessoa. Cf. PEREIRA COELHO, “O nex o de causalidade...”, ... cit., p. 102, afirmando que “o homem dos direitos absolutos – o homem proprietário, o home com direito à vida – é o mais individualista dos homens. É o isolado da ilha deserta mesmo que viva na 5ª Avenida. Porque é o homem que diz aos outros: não se metam comigo. O meu direito à vida, o meu direito de propriedade, o meu direito à liberdade, vistos no seu aspecto externo, como relações jurídicas, e não no seu aspecto interno, através dos poderes que me conferem, a mim seu titular, são todos eles justamente o poder que eu tenho de exigir aos outros – que não se metam comigo”.

Sobre o ponto, cf., ainda, de modo a reforçar o que sobre a matéria já se disse, LÉON DUGUIT, “Les grandes doctrines juridiques et le pragmatisme”, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, ano II, 1934, p. 7 e ss. Referindo-se ao individualismo francês, a que o cristianismo católico se terá oposto frontalmente, DUGUIT afirma que ele “coloca o indivíduo isolado, independente do todo social, senhor da sua vontade e titular do direito de manifestar essa vontade no triplo domínio físico, intelectual e moral. O homem é livre, nasce livre, porque ele é homem (...). Tal autonomia é vista como verdadeira soberania; o indivíduo pode opor-se aos outros indivíduos e à colectividade politicamente organizada, isto é, ao Estado, entendido como o resultado da expressão das vontades individuais”. Ora, segundo o autor, a concepção torna-se impraticável. Do ponto de vista publicista, “não permite uma verdadeira limitação ao poder estadual. Afirma que a autonomia do indivíduo se impõe ao Estado, mas acaba por ser imprescindível o estabelecimento de certas limitações às manifestações de liberdade individuais. E nessa medida o Estado é imprescindível, tendo de se determinar o limite à sua intervenção”. Mais concretamente, “ou a vontade autónoma do indivíduo se impõe ao Estado e o Estado deixa de ser soberano; ou é a soberania do Estado que se impõe ao indivíduo e ele deixa de ser autónomo. Conduz logicamente ou à anarquia ou ao despotismo. E como a anarquia é um estado de natureza que não pode manter-se, ela conduz necessariamente ao absolutismo”. Do ponto de vista privatístico, a rejeição da noção de indivíduo como suporte de ponderação judicativa também se torna evidente. DUGUIT mobiliza dois argumentos para o efeito. Desde logo, lembra que, no quadro dos ordenamentos jurídicos, não se tutelam apenas posições singulares, mas colectividades que reclamam a titularidade de certos direitos – para ele, as “pessoas colectivas tornam-se um obstáculo à congruência da doutrina individualista” (cf. p. 12), até porque o recurso à ideia de ficção, não só não explica tudo, como desemboca, novamente, no reconhecimento ao Estado de um poder absoluto, contrariando-se, assim, o desiderato das próprias doutrinas individualistas de onde se partiu. Por outro lado, “no quadro da concepção individualista, o comércio jurídico só se pode realizar por mediação do mecanismo contratual”, quando a verdade é que ele opera por via de actos unilaterais e plurilaterais (não contratuais).

Referência, ainda, à contraposição com a doutrina subjectivista alemã (cf. p. 15). Colocando a mesma ênfase no direito subjectivo, o modo como ele é concebido acaba por diferir, fruto da influência do pensamento hegeliano que naquela latitude se fez sentir. O direito subjectivo só encontra a sua plenitude

com o outro, aquela não é outra que uma referência ontológica devidamente compreendida.

Sem que, por si só, isso nos baste. Ainda que o homem controle uma actividade perigosa e ainda que o perspectivemos inserido no todo, que não apaga a sua individualidade, nem por isso encontramos um ponto de apoio seguro que nos indique o caminho a seguir, isto é, que nos esclareça apuradamente acerca da justeza da imputação de um determinado comportamento a um determinado sujeito.

Sabemos, ademais, que esse crivo há-de passar, no plano valorativo que se projecta dogmaticamente em critérios, pela assunção comprometida da liberdade responsabilizante de cada um. Mas tal também não é suficiente.

Assim, de um lado, a mera validade ancorada na ideia de direito como direito não é suficiente. De outro lado, a consideração do risco em si mesmo, desarraigado da polarização subjectiva mínima, faz-nos resvalar para a desconsideração, ainda que inconsciente, daquela, transformando o anódino e pretensamente neutral risco sistémico social em critério imputacional guia, ao mesmo tempo que não nos indica mais do que um cálculo probabilístico que tínhamos criticado ao nível da causalidade adequada.

Não constitui isto, porém, motivo de aflição dialógico-argumentativa nem nos condena a um influxo discursivo. Não esquecendo que o que nos importa é saber em que medida um determinado dano pode ser atribuído a um sujeito, o dado social que nos interessa passa a ser, afinal, o dado ôntico, já que relevante é apenas o comportamento do homem que assume o risco. Este encontra-se inserido na comunidade, não como um opositor a ela, mas como uma pessoa que só nessa imersão, no encontro com o outro, consegue cumprir a sua personalidade.

Nessa ausência de antagonismo, nesse olhar pessoalizante derramado sobre o outro, delinea-se uma actuação livre, positivamente autónoma e responsável, pela qual cada um reassume as intenções fundamentantes que lhe são constitutivas.

no Estado e pelo Estado, o que leva à absorção total do indivíduo pela colectividade e a poder sem limites do Estado. Sob a égide da dialéctica entre tese, antítese e síntese, “chega-se a uma subtil doutrina de auto-limitação do Estado”, já que este passa a ser entendido como a realização de uma ideia moral, onde o indivíduo encontrará a plenitude do seu ser.

Mostra-nos, pois, DUGUIT que qualquer uma das posições acaba por conduzir a uma deturpação do sentido da juridicidade, que, por uma via ou outra, recebe legitimação por via do Estado, perdendo-se o referencial último de fundamentação dela, assente na pessoalidade.

In fine, importa frisar que a rejeição da perspectiva individualista não impõe a aceitação do que o autor apelida de doutrina realista, que, procurando fazer derivar a regra de conduta de factos, acaba por encaminhar-se, igualmente, para um conceptualismo, já que, ao recusar o conceito de direito subjectivo, mas ao admitir o dever, acaba por ter de abraçar o primeiro, já que o conceito de dever é indissociável daquele (cf. p. 21).

Em tal quadro, não será suficiente para impor uma obrigação ressarcitória a imputação subjectiva, a traduzir-se na culpa. Se é imprescindível saber se houve ou não um desvio do comportamento concreto relativamente ao que era exigível tendo em conta a comunicação com o outro, a justificar a censura ético-jurídica que sobre o agente se derrama, a referência ôntica não nos focaliza apenas no risco, mas *mutatis mutandi* na complexidade da interacção condicional, humana e natural. Donde, aquela imputação subjectiva há-de ser complementada com uma de índole objectiva.

Ora, a noção de risco não deixa de ter o sentido ético-ontológico de toda a juridicidade, uma vez assumido como critério dela, pelo que a correcta resolução do nosso problema tem de passar pela acentuação do seu imbricamento com o sentido de exigibilidade pessoalmente radicado. Dito de outro modo, a referência ao risco não pode ser só ôntica, impondo-se, como ficou esclarecido anteriormente, o salto axiológico. É, por isso, possível que se denote, em determinados casos, um imbricamento entre a imputação objectiva e a conduta culposa do agente. Não porque se confundam ou sobreponham, mas porque, traduzindo-se aquele no resultado a que se chegue por virtude do cotejo de esferas de risco e responsabilidade, pode a conduta culposa avultar como ponto de partida do desenho concreto desta.

Tal não tem, porém, de ser necessariamente assim, desde que se desvele, em concreto, um outro pilar de ancoragem da categoria prático-normativa. Do que resulta, desde logo, a autonomia das duas sindicâncias. E, se dúvidas houvesse, sempre se diria, em abono da não confusão, que pode existir culpa e, não obstante, ser negativa a resposta imputacional que se busca.

Duas notas se tornam, a partir daqui, relevantes.

Uma para, na repriminção do que foram os ensinamentos de ROXIN, evidenciarmos a não coincidência plena com aqueles, pese embora haja pontos de contacto entre as soluções concretas a que chega e aquelas outras a que nós mesmos aportaremos.

Outra para explicitarmos que com estas lucubrações nos afastamos do sentido da acção final^{1857 1858 1859}. A estrutura teleológica do agir humano não deixa de estar, é

¹⁸⁵⁷ Cf., sobre o ponto, embora tendo como mote a responsabilidade objectiva do comitente, SOFIA SEQUEIRA GALVÃO, *Reflexões acerca da responsabilidade do comitente no direito civil português ... cit.*, p. 74, nota 176, onde, adivinhando-se a rejeição da concepção finalista da acção, pela insuficiência descritivo-exegética e pelas reservas da sua base ontológica, apontadas por outros autores, afirma que “a teoria da acção final não serve hoje um sistema moderno de responsabilidade civil – caracterizada por elementos que escapam a um *approach* finalista, a imputação civil de danos passa, decisivamente, por uma reavaliada e reformulada determinação de esferas de risco”.

certo, presente. Simplesmente, alguns pormenores não despiciendo avultam a este nível mostrando que a característica não tem de se converter caleidoscopicamente em dado informador da imputação de que se cura.

Sendo central para COSSIO a conduta humana, que aqui vai também questionada, acompanhemos, a este ensejo, alguns dos ensinamentos do autor¹⁸⁶⁰.

Ancorado no pensamento egológico que protagoniza¹⁸⁶¹, cinde aquela em dois momentos. Um ôntico, a explicitá-la como um acto de liberdade; outro ontológico, a imbuir a conduta com dados axiológicos¹⁸⁶². Vai, por isso, ínsita nela um dado sentido de juridicidade, porquanto coenvolva sempre um determinado senso normativo. Ao que acresce o facto de ela implicar um relacionamento intersubjectivo¹⁸⁶³.

Não podemos deixar de distar do autor. Não pelo apontamento que aqui fica impresso, mas pela globalidade do seu pensamento. Efectivamente, embora não resulte da brevidade com que a ele nos dirigimos, a dimensão axiológica do agir intersubjectivo implica, segundo COSSIO, a pressuposição de uma norma, quer na sua estrutura lógica, quer o seu conteúdo. Seria ela a transmitir a vocação coexistencial da vida humana e a sustentar todo o ordenamento¹⁸⁶⁴. Simplesmente, no pensamento do autor, àquela norma

¹⁸⁵⁸ Sobre o ponto, veja-se, ainda, EBERHARD SCHMIDHÄUSER, “Was ist aus den finalen Handlungslehre geworden?”, *Juristenzeitung*, 41, Heft 3, 1986, p. 109 e ss.

¹⁸⁵⁹ Cf., também, a este propósito, MATHIAS HEIDENESCHER, “Zurechnung als soziologische Kategorie. Zu Luhmanns Verständnis von Handlung als Systemleistung”, *Zeitschrift für Soziologie*, Band 21, Heft 6, p. 440

¹⁸⁶⁰ Veja-se COSSIO, *La normatividad según el análisis de la conducta jurídica*, ... cit.

Cf. para um acompanhamento crítico, CASTANHEIRA NEVES, *Questão-de-facto...* cit., p. 848 e ss. Vide, igualmente, CABRAL DE MONCADA, “Recensão a Carlos Cossio, Teoria de la Verdad Juridica, Editorial Losada, Buenos Aires”, 1954, *Boletim da Faculdade de Direito*, vol. XXX, 1954, p. 410 a 420.

¹⁸⁶¹ Ver, para mais desenvolvimentos sobre a caracterização dele enquanto modo de aceder à compreensão da juridicidade, CASTANHEIRA NEVES, *op. cit., loc. cit.*

¹⁸⁶² Segundo interpretação de CASTANHEIRA NEVES, a conduta teria assim uma dupla estrutura a compreender, simultaneamente, um dever ser existencial e um dever ser axiológico – cf. CASTANHEIRA NEVES, *Questão-de-facto...* cit., p. 850.

¹⁸⁶³ Também segundo a explicitação que CASTANHEIRA NEVES faz do autor, há uma referência “à comparticipação unitária do actuar de dois ou mais sujeitos num fenómeno de co-existência” – cf. CASTANHEIRA NEVES, *Questão-de-facto...* cit., p. 851.

¹⁸⁶⁴ Repare-se, pois, no sentido crítico com que a doutrina é recebida pelo filósofo do direito português. Cf. CASTANHEIRA NEVES, *Questão-de-facto...* cit., p. 855. Para o autor, a doutrina egológica faria sentido se e na medida em que o problema normativo já estivesse resolvido. Deixa de ser pertinente, porém, se se pensa que ele se reequaciona diante de cada caso concreto. No fundo, o que vai aqui recusado é o entendimento segundo o qual a norma surge como um momento integrante da conduta.

Saliente-se que também nós afirmámos anteriormente ir a actuação livre da pessoa imbuída do sentido axiológico específico sem o qual ela se converteria numa não liberdade, juridicamente desvaliosa. Contudo, trata-se aí da consideração de um sentido ético-normativo que transcende a conduta humana e a permite sindical. Contrariamente, em COSSIO a conduta é co-integrada pela norma, não sendo as normas legais mais do que antecipação pensada daquelas. Reduz-se a juridicidade à normatividade e obnubila-se que o sentido normativo da conduta “não é um sentido que uma posição existencialmente autónoma a si mesma se pusesse, mas o sentido que a conduta obtém para assumir uma prescrição autónoma” [cf. CASTANHEIRA NEVES, *Questão-de-facto...* cit., p. 857].

não se chega pela transcendental referência do agir concreto, no momento da opção do sujeito, à dimensão axiológica que a predica, mas ela integra a própria conduta. Com a consequência inadmissível de se reduzir, afinal, a juridicidade à normatividade que antecipa aquelas condutas assim pensadas e de se desconsiderar a dimensão constituída do direito.

Contudo, ainda que a discordância deva ser assinalada, não obsta a que a lição oferecida acerca da conduta humana possa ser positivamente valorada¹⁸⁶⁵.

Ilustrativas do ponto sobre o qual também derramamos a nossa crítica são as palavras do próprio COSSIO – cf., *inter alia*, CARLOS COSSIO, “Sobre as relações da filosofia do direito com a ciência jurídica”, *Boletim do Ministério da Justiça*, nº3, 1947, p. 16 (Distingue-se, aí, o valor, como um dever ser axiológico, da norma, enquanto dever ser lógico – “simples relação entre dois termos, o segundo dos quais está ao primeiro imputado”. Saliente-se, contudo, nas páginas seguintes a preocupação do autor de não se fechar num puro empirismo científico que não colha quaisquer dados no plano axiológico.)

Para um maior desenvolvimento sobre as posições egológicas do autor, cf. CARLOS COSSIO, *Teoria de La Verdad Juridica*, Editorial Losada, Buenos Aires, 1954

¹⁸⁶⁵ Referindo-se expressamente ao problema da causa jurídica, embora num contexto totalmente diverso do nosso que, não obstante, importa revisitar, cf. COSSIO, “O problema da coordenação das normas jurídicas com especial referência ao problema da causa no direito”, *Boletim do Ministério da Justiça*, nº12, 1949, p. 5-88.

O autor, mergulhando numa concepção da juridicidade ainda presa à normatividade, pese embora o salto egológico por si protagonizado, questiona a coordenação horizontal dentro do mesmo patamar normativo, isto é, indaga como se passa de um dever jurídico para outro dever jurídico. É nesse quadro que emerge a problematização da causa ao nível do direito, diagnosticando o autor o mau tratamento que o tema tem recebido ao nível da doutrina. Curiosamente, cinge a problemática, no campo civilístico, à questão da causa dos contratos ou mais amplamente dos negócios jurídicos, considerando que a indagação delitual dela é específica do mundo criminal. Sem embargo da imprecisão, procuremos acompanhar os momentos fulcrais do pensamento expandido no artigo citado, porquanto eles possam ser instrumentos acessórios úteis para reforçar as posições que, no cotejo com a teoria egológica, temos vindo a sustentar.

COSSIO entende que a inquirição da causa se afigura impescindível por ser através dela que acedemos à compreensão dos fenómenos jurídicos [cf. p. 26], mas adianta que “repudiará qualquer concepção causalista, por ser ontologicamente inadequada para a esfera do Direito”. Acrescenta, então, “para a mentalidade científica do homem moderno não há outra causa que não seja a que produz o seu efeito mecanicamente. E todo o intento de referir-se a uma causalidade da realidade (...) à margem dessa firme construção da ciência natural, introduzindo outras espécies de causa, equivale não só a colocar-se abaixo a mentalidade científica mas também a pôr em risco a inteligibilidade daquela realidade que se deseja explicar, pois a realidade jurídica existe imersa na natureza, já que a vida do homem é esse estar-sendo-no-mundo tão bem iluminado pela filosofia existencial (...). Assim, (...) para a teoria egológica não se trata de tornar inteligível a minha viagem a Nova Iorque, do nosso exemplo, procurando outras espécies de causa; com ela, tenta-se alcançar ponto de vista alheio a qualquer causalismo” [cf. p. 27]. Eis pois o primeiro ponto que urge sublinhar. Considera COSSIO que não possível é pensar o mundo sem a referência causal, mas não deixa de notar que essa causalidade naturalística não importa a um jurista. Pelo que, sob pena de se cogitar a realidade jurídica como algo desconexo do mundo – “coisa inaceitável porque não podemos separar o homem do mundo” [cf. p. 27 –, temos de abandonar “a noção causal ao procurar a inteligibilidade dos actos humanos e só conseguiremos conciliar esta atitude com a realidade do mundo se chegarmos a assumir ponto de vista não interferente com o conducente à explicação causal”. É esse o erro das posições empiristas (“Mas o empirismo (...) equivocou-se ao recorrer à noção de causa a fim de conquistar a inteligibilidade de um fenómeno jurídico. A causalidade permite que a Natureza se nos torne inteligível, mas não o direito” – cf. p. 34. Mais especificamente, COSSIO sustenta que “o jurista salta dos actos humanos, existentes em encadeamento causal, procurando, não a sua causa, mas sim o seu sentido (...)” – cf. p. 37).

No que à causalidade jurídica concerne, COSSIO defende, porém, que não podemos desconhecer a concatenação causal de que falam as ciências exactas. E nessa medida contesta o que designa por formalismo racionalista que, não ultrapassando a norma, procura determinar aquela tendo em conta a identificação entre esta e o acto, pelo que também esquece o autor da conduta enquanto acto de liberdade.

De facto, ligando-se intrinsecamente a conduta humana a uma ideia de liberdade, e sendo esta impensável no isolamento solipsista, há que meritoriamente reconhecer a bondade da circunscrição da conduta juridicamente relevante àquela que se constitui como uma interferência subjectiva¹⁸⁶⁶. Matizada com a nota coexistencial, a conduta humana, *de per si*, permite realçar a dimensão ontológico-axiológica a que nos temos vindo a referir ao mesmo tempo que nos afasta de uma simples, com contornos individualistas¹⁸⁶⁷, acção finalista.

Não se põe em causa a dimensão teleológica do agir humano, orientado por finalidades precisas. Mas questiona-se o acerto de a arvorar em categoria base da responsabilidade num nicho dogmático onde a intencionalidade pode ficar arredada dos quadros imputacionais e, sobretudo, a omissão se torna para vários efeitos relevante¹⁸⁶⁸¹⁸⁶⁹. E complementa-se o seu sentido primário com aqueloutra dimensão ética, sem a qual o ser humano, desdignificando-se, não pode ser pessoa.

Segundo a sua posição egológica, o conhecimento do jurista implica compreensão, pelo que “a referência à pessoa humana como *ego* é o caminho forçoso que lhe apresenta a experiência. Mas compreender a pessoa humana é – note-se – compreendê-la nos seus valores reais e efectivos. De outra parte, como o direito é a conduta humana na sua interferência intersubjectiva, esta compreensão dos actos mediante a pessoa significa que os actos se lhe tornam inteligíveis quando encontra para eles um sentido axiológico bilateral, isto é, o seu valor expresso na justiça, solidariedade, cooperação, paz, poder, segurança e ordem – o que tudo é valor de personalidade” (cf. p. 38). É, aliás, nesse fundo axiológico que o autor alicerça a sua crítica a uma perspectiva puramente teleológica do problema. Para ele, “o homem actua só pela simples razão de que é homem: o seu ser é conduta” (p. 45).

¹⁸⁶⁶ Assinalando a nota em COSSIO, cf. CASTANHEIRA NEVES, *Questão-de-facto...* cit., p. 851.

Cf. COSSIO, “Norma, direito e filosofia”, *Boletim da Faculdade de Direito*, vol. XXIII, 1947, p. 90. Apresentando a conduta como o verdadeiro objecto jurídico, COSSIO sustenta que ela “se constitui dialecticamente com a reunião de dois elementos: o sentido completo (sentido axiológico da conduta) e o substracto desse sentido (o factum da conduta de interferência intersubjectiva)”.

¹⁸⁶⁷ Não há aqui, da nossa parte, uma pretensão de fidelidade histórico-filosófica. Dito de outro modo, importa-nos menos a origem da doutrina e as influências que ela, nesse embrião, bebeu do que a constatação da congruência intencional entre si e uma impostação individualista da juridicidade.

¹⁸⁶⁸ A propósito da relevância da omissão, cf., ainda, LEON GREEN, “The causal relation issue in negligence law”, ... cit., p. 546-547. Considera o autor que “omissions to act are merely incidents in a longer line of affirmative conduct and are easily resolved into it”. E exemplifica o seu pensamento com recurso à seguinte hipótese: “uma pessoa guia o seu automóvel e pode acelerar ao ponto de colidir com outro automobilista. Mas pode também simplesmente não travar ou falhar quando pretende colocar o pé no pedal de travão, com resultados análogos (...). Pressionar o acelerador ou falhar na utilização do travão são detalhes insignificantes que coloram a conduta do automobilista para vermos se ela é ou não negligente” (cf. p. 547, por nós livremente traduzida). Com isto parece o autor estabelecer uma equiparação entre a acção e a omissão por via da aferição do grau de negligência do comportamento do pretenso lesante. Donde se conclui, outrotanto, que o que está verdadeiramente em causa é o dever que em concreto se viola com a conduta, de tipo activo ou omissivo, do agente, dever esse que deve intentar proteger a vítima relativamente ao tipo de dano experimentado. Sem o que não se poderá falar de relevância causal do comportamento. Cf. p. 548.

Acerca da omissão e da relevância que a sua análise pode ter em sede de estudo da causalidade, veja-se o que se referirá *infra*.

¹⁸⁶⁹ Sobre a relação entre o problema da causalidade e a diferença entre o comportamento activo e omissivo, cf. CALIXTO DÍAZ-REGAÑÓN GARCIA-ALCALÁ, “Relación de causalidad e imputación objetiva...”, ... cit., p. 20 e ss.

Ora, se assim é, então parece que, em consonância com o que temos vindo a expender, a conduta relevante não deve ser olhada no isolamento exclusivo do *eu* a projectar-se na alteridade do *tu*, mas na contextura da comunicação intersubjectiva que entre eles, na sua pessoalidade, se estabelece¹⁸⁷⁰.

Sobre o ponto, cf., igualmente, FRANZ BYDLINSKI, “Mittäterschaft im Schadensrecht”, ... cit., p. 410 e ss., aqui p. 422 e ss. e LARENZ, “Ursächlichkeit der Unterlassung”, *Neue Juristische Wochenschrift*, 1953, p. 686 e ss.

Abordando o problema da omissão e questionando a *liability* sob a lupa dos *duties*, cf. MARGARET ISABEL HALL, “Duty to protect, duty to control and the duty to warn”, *La Review du Barreau Canadien*, vol. 82, 2003, p. 645 e ss.

¹⁸⁷⁰ Cf., dando nota da *nuance* entre alteridade e intersubjectividade, CASTANHEIRA NEVES, *Questão-de-facto...* cit., p. 851.

Saliente-se, no mesmo ensejo, a clivagem entre a exterioridade e as duas grandezas postas em confronto por CASTANHEIRA NEVES. Na verdade, a simples consideração da exterioridade projectável em face de terceiros, se bem que espelho fiel da estrutura superficial da conflitualidade informadora da responsabilidade civil, deixa na sombra a matriz valorativa que a enerva. Posto o que avultam agigantados os problemas atinentes à causalidade, vista, então, como mera ligação que, em última instância, deve socorrer-se da condicionalidade do mundo natural para se estabelecer. Nesse sentido, não obstante as preocupações com a intencionalidade predicativa do direito, cf. GERALDES DE CARVALHO, “A causalidade. Subsídios para uma teoria da responsabilidade jurídica em geral”, ... cit., p. 21-30. Na verdade, o autor, começando por salientar que “o direito só se põe em relação a efeitos actuados”, considera que, no âmbito da responsabilidade jurídica, “o responsável tem de ser, de uma maneira ou de outra, um agente do efeito violador, ou de outra maneira dizendo, o responsável deve ser o causador do efeito não devido”. Com isto, lança a ponte à consideração da causalidade que, matizada pela nota da exterioridade, nem por isso surge contaminada por aquela outra da intersubjectividade, pelo que não exclui *a priori* soluções de tipo naturalista e mecanicista. Cf. especificamente p. 21-22.

Cf., quanto ao ponto, DIOGO COSTA GONÇALVES, “Pessoa e ontologia...”, ... cit., p. 155, onde se nega que a solidão ontológica, que agudizaria profundamente o drama humano, fazendo “a hora suprema da morte [revelar] a esterilidade e a mentira das relações humanas”, e se consubstanciaria na afirmação de que “nenhuma realidade da alteridade humana constitui o *esse* da pessoa”, seja uma dimensão implicada pela radical intimidade ôntica do ser humano, que faz dele um ser único, irrepetível, incomunicável. Na verdade, “a relação, no Homem, é constitutiva da sua realidade ontológica”.

Embora de um prisma não totalmente concordante com as posições que temos expandido, veja-se, quanto ao ponto, ARTHUR RIPSTEIN, *Equality, Responsibility* ... cit., p. 7, estabelecendo o confronto entre o homem racional e o homem razoável. Este, assumido como expressão da justiça, obtida pela intersecção entre os valores da liberdade e da segurança, não é aquele que actua de acordo com o seu ponto de vista subjectivo, promovendo os seus próprios fins, mas aquele que interage com os restantes membros da comunidade de forma equitativa. Assim, ao invés de opor a sua liberdade à segurança de outro, a pessoa razoável acredita que todos têm o mesmo interesse na segurança e na liberdade. Refira-se, contudo, o diálogo que RIPSTEIN estabelece com o pensamento de RAWLS, o qual surge ali citado expressamente, tornando clara, por tudo quanto já expendemos, a clivagem da compreensão que o último apresenta da estrutura delitual relativamente à nossa. Atente-se, na primacial diferença entre a pessoalidade eticamente conformada de que partimos e a pressuposição fundadora da juridicidade que RAWLS cultiva, a qual comportará ou poderá comportar, em casos limites, resultados judicativos divergentes: enquanto nós partimos da real compreensão do ser pessoa, nas suas dimensões predicativas funcionais, RAWLS e aqueles que nele bebem inspiração mobilizam uma *fictio*, pressupondo que todos têm os mesmos interesses nos vectores fundamentais de manutenção de uma comunidade. Em vez de uma pressuposição axiológica dos limites que devem ser impostos ao comportamento de cada um, sustenta-se uma pressuposição política, mostrando-se arauto de uma neutralidade que, aos nossos olhos, é irrealizável na prática por vir nela já insita uma opção de base. O dado imporia a análise da relação entre o político e o jurídico e bem assim a discussão acerca dos próprios limites da juridicidade (cf. p. 12). Não obstante, RIPSTEIN reconhece que a ideia da interacção voluntária, que assume como central na economia delitual, é indeterminada até que se consiga delinear que riscos devem repousar sobre que pessoas e tal implica a resposta a questões substanciais acerca da importância dos interesses na liberdade e na segurança que cada um tem (cf. p. 21, no anúncio do filão de inteligibilidade da sua obra). Mais especificamente, e no que ao ideário de justiça concerne, RIPSTEIN mostra como uma absolutização da liberdade resta no vazio

Posto isto, percebe-se que, na indagação causal, para além da nota axiológica *ab initio* predicativa da concatenação que se há-de estabelecer, a referência sociológica, pensada enquanto referência ontológica dialecticamente dialogante com aquela primeira¹⁸⁷¹, não pode deixar de nos conduzir ao cotejo de esferas de actuação ou mais precisamente ao cotejo de esferas de responsabilidade^{1872 1873}.

O sentido ético do agir, por um lado, e as características hodiernas das comunidades de risco em que se estruturam as sociedades actuais, por outro lado, marcam a dialéctica que estará sempre presente na problemática imputacional.

fundacional, pois é o próprio que admite ter-se necessidade de algo que justifique, do ponto de vista liberal, que as liberdades que se protegem são mais importantes do que aquelas que se negam (cf. p. 29) [veja-se, ainda, COLEMAN e RIPSTEIN, “Mischief and Misfortune”, ... cit., p. 98, criticando uma suposta neutralidade com que se pretendem valorar as condutas, considerando que ela é inalcançável e sustentando que há que ponderar normativamente os comportamentos dialogantes na realidade, valorando-os à luz dos interesses na segurança e na liberdade, único expediente capaz de nos dizer quais os deveres de uns para com os outros, essenciais na determinação da *liability*, que assim repousa na *responsibility*].

¹⁸⁷¹ Sublinhe-se, pois, a necessária pressuposição axiológica, que não se confunde com um mero apelo ontológico à natureza do homem. Nesse sentido, cf. KAUFMANN, “Die ontologische Struktur der Handlung. Skizze einer personaler Handlungslehre”, *Festschrift für Helmut Mayer*, 1966, p. 88 e ss., em especial p. 92, considerando que a estrutura da acção deve deduzir-se do modo de ser do homem, devendo ter-se em conta quatro elementos: causalidade, finalidade, cunho psicológico e sentido mental (*Kausalität, Finalität, psychische Prägung und geistig Sinnhaftigkeit* – cf. p. 98). Note-se, porém, que o autor não deixa de clamar por um sentido de responsabilidade pessoal. Diz-nos KAUFMANN que a acção é uma forma de objectivação da pessoa e que temos de compreender a personalidade humana na sua responsabilidade do ser, adiantando, ademais, num apelo à cisão entre a possibilidade humana (*Menschenmöglichen*), a possibilidade de alguém (*Jemandmöglichen*) e a possibilidade própria (*Selbstmöglichen*), que não são só imputáveis ao homem os resultados da sua conduta que controla pelo conhecimento causal. Sustentando, num quadro dogmático que não é o nosso, que a ilicitude deve ser medida segundo uma ideia de adequação social e a culpa segundo o critério da adequação individual (*Menschheitsadäquanz, Sozialadäquanz e Individualadäquanz*), KAUFMANN apresenta a acção como um acontecimento no mundo do sentido da responsabilidade, pelo que nunca poderá ser o dado ontológico a suportar a noção, devendo operar-se o salto, mesmo quando disso os pensadores não tenham consciência, para o patamar ético-axiológico, único capaz de nos comunicar o sentido responsabilizatório a que se faz apelo.

¹⁸⁷² Trata-se, pois, de uma categoria com referentes onto-socio-axiológicos.

¹⁸⁷³ Explícita-se, assim, a dissonância relativamente a ROXIN, que não resulta apenas da intencionalidade especificamente jurídica do direito civil.

Capítulo VIII

A acção juridicamente relevante como base da imputação e a dialéctica entre a axiológica liberdade positiva e a óptica realidade do risco: a definição dos critérios de imputação objectiva a partir da ideia de cotejo de esferas de responsabilidade.

45. A acção humana como alicerce da imputação objectiva

O que ficou dito no ponto expositivo antecedente permite traçar a íntima conexão entre o conceito de acção de que se parte e a concepção de “causalidade” que se abraça¹⁸⁷⁴.

¹⁸⁷⁴ Cf., a este propósito, ERWIN DEUTSCH, *Allgemeines Haftungsrecht...* cit., p. 64, mostrando que a ideia de causalidade passa a estar intimamente ligada ao conceito de acção de que se parte.

Acerca do problema da relação entre a noção operante de causalidade e o modo como vai compreendida a acção humana, cf. JOHN GARDNER, “Moore on complicity and causality: in response to Michael S. Moore, Causing, Aiding and the superfluity of accomplice liability”, *University of Pennsylvania Law Review PENNumbra*, vol. 156, 2008, p. 432 e ss. Inscrevendo-se no quadro da dogmática penal, e em resposta ao que cunha por *Moore's Transitivity Axiom* (MTA) – se *c* causa *e* e *e* causa *f*, então *c* causa *f* – ao que opõe o *Gardner's Transitivity Axiom* (GTA) – se *x* contribui causalmente para *y* e *y* contribui causalmente para *z*, então *x* contribui causalmente para *z* –, GARDNER mostra-se defensor de um pluralismo causal, que MOORE rejeita, e explicita que a dessintonia remonta a um diferente entendimento do que é a acção. Se o segundo tenta explicá-la através de um apontamento causal, o primeiro sustenta a inversão do pensamento a este propósito. E importa, neste ensejo, mais do que olhar para a concreta problemática que enerva o escrito do autor – a identificar-se com a tematização da cumplicidade –, perceber como é pensada a acção em GARDNER. Diz-nos o autor que “os seres humanos estão ausentes das ciências experimentais, onde não são estudados como tal, mas reduzidos a outros agentes, como a mente, o corpo e os genes, mais facilmente adaptáveis às restritivas metafísica e metodologias das ciências exactas. Mas a acção racional é filtrada do desenho científico. As razões não são visíveis para as ciências experimentais (...); por isso as ciências experimentais não vêem as diferenças causais que se estruturam pelas razões e que só podem ser compreendidas ao considerar a acção e a interacção dos agentes racionais”, donde conclui que “para entendermos a causalidade temos de colocar um pé na humanidade, isto é, com os agentes humanos” [cf. p. 439/440]. O que, nas palavras do próprio autor, é visto como um *causal humanism*, por oposição a um *causal scientism*, permite olhar para os comportamentos humanos ora como causa, ora como ocasião, ora

Não cremos que haja, porém, uma precedência lógica entre os termos, mas unicamente que a congruência denotada espelha a contaminação do discurso com a mesma racionalidade e perspectiva valorativa, como será de esperar.

Em jeito tópico, facilitador da lograda compreensão que se pretende obter, enunciemos pois, com o auxílio da doutrina penal – nestas matérias mais sistemática e consciente dos termos a conjugar do que a sua congénere civilista em que nos situamos –, os diversos entendimentos que podem ser derramados sobre o conceito de acção. Advirta-se, contudo, que o esquematismo, que a nós próprios imputamos, se fica também a dever à noção clara de que muita da complexidade com que ali temos que lidar fica, aqui, aplanada, porque não nos movemos no quadro da estrita legalidade criminal, com todas as limitações que tal co-envolve para a autónoma constituição normativa.

Assim, profundamente imbuídos do espírito cientista, positivista e empirista, muitos autores mostram-se defensores de um conceito naturalista de acção. A conduta humana seria, então, vista como uma manifestação do mundo exterior, ligada causalmente à vontade de uma pessoa, independentemente de quaisquer juízos de valor. E nessa medida o resultado, naturalisticamente perspectivado, ligar-se-ia àquela vontade por meio do nexos causal já evidenciado¹⁸⁷⁵. Na crítica ao posicionamento dogmático, não faltam as vozes que defendem que ele conduziria à doutrina da *conditio sine qua non*, com resultados inaceitáveis¹⁸⁷⁶.

A paulatina evolução, encorajada pelas críticas que certamente foram atingindo esta impostação do problema, conduziu à superação da visão fisicista da acção para se passar a considerar, na diferenciação de planos, e tendo em conta a “necessária natureza referencial a valores” e “a esfera característica do ser em que o homem prático age”, e que “é por ele funcionalmente determinada”, a acção na sua “estrutura ôntica de facto social¹⁸⁷⁷.

Estão, então, lançadas as bases para a conceptualização da acção finalista, já que a nota matizadora desse fenómeno é encontrada na finalidade com que a referida conduta vai intencionada.

como falha na prevenção, *inter alia*, e, sem apagar as diferenças conceptuais e dogmáticas entre o que ali fica inscrito e o modo como temos vindo a abordar o problema, sempre sublinha quer a íntima relação entre a acção e a causalidade, quer a insusceptibilidade de ser captado o critério jurídico por referência – ainda que juridificada – ao mundo da natureza.

¹⁸⁷⁵ Cf. EDUARDO CORREIA, *Direito Criminal...* cit., p. 199 e ss., que aqui acompanhamos de perto.

¹⁸⁷⁶ Cf. EDUARDO CORREIA, *op. cit.*, *loc. cit.*

¹⁸⁷⁷ Cf. EDUARDO CORREIA, *op. cit.*, p. 211.

Na acentuação da estrutura ontológica da acção ia implícita a ancoragem do modo de intervenção humana longe da esfera do ser causal¹⁸⁷⁸. Salienta EDUARDO CORREIA que aquela surge, então, definida como “a realização de um sentido posto pela vontade”, devendo ser tomada, não num sentido “causal-modificativo”, mas naqueloutro “pré-modelar final”¹⁸⁷⁹. Várias são as dúvidas que se lhe concitam a propósito dela. Desde logo, questiona se “a acção não é determinada em menor medida pela expressão individual do seu autor do que o é pelo carácter de acontecimento produzido pelo agente no mundo exterior”¹⁸⁸⁰. Sobretudo porque, e ainda de acordo com a sua lição, aquilo que confere sentido à acção são os valores, então verdadeiramente tal “está fora da finalidade subjectiva, pelo que mal se compreenderá que seja esta a determinar a sua estrutura”¹⁸⁸¹. Não anda, como se constata, longe a crítica de EDUARDO CORREIA daquilo que sufragamos. Sem que se possa deixar de precisar alguns aspectos delicados da complexa matéria abordada. Na verdade, uma subtilidade deve ser realçada, já que alguns autores, embora presos à estrutura finalista da acção, conformam-na com a nota valorativa. A acção implicaria, nessa medida, uma relação com fins predispostos pela ordem jurídica e assim constituiria a base da ilicitude.

Alguns pontos urgem ser fixados. Primeiro, está claramente em evidência um aspecto dogmático da doutrina penalista, com o qual não lidamos. Parte do que aqui vem referido lida com o problema da relação entre a tipicidade e a ilicitude, ainda que se projecte em sede causal. Segundo, a partir do momento em que a intencionalidade especificamente criminal é trazida para o seio definitório da conduta, a perspectiva deixa de ser ontológica para passar a ser onto-axiológica. Só que, assim sendo, perde sentido que se continue a sublinhar o aspecto finalista ou intencional, necessariamente ancorado a uma perspectiva do ser humano que obnubila a dimensão comunitária que o entretece.

De todo o modo, EDUARDO CORREIA mostra-se particularmente crítico em relação à construção welziana. O pendor mais marcadamente objectivo da acção e da ilicitude que se perde com ela¹⁸⁸² e as dificuldades acrescidas, quer no que toca à negligência, quer no que tange ao esvaziamento da culpa, circunscrita à indagação da censurabilidade do comportamento, perdendo-se, com isso, uma base material sobre a

¹⁸⁷⁸ Cf. EDUARDO CORREIA, *Direito criminal...* cit., p. 238

¹⁸⁷⁹ Cf. EDUARDO CORREIA, *Direito criminal...* cit., p. 239

¹⁸⁸⁰ Cf. EDUARDO CORREIA, *Direito criminal...* cit., p. 244

¹⁸⁸¹ Cf. EDUARDO CORREIA, *Direito criminal...* cit., p. 245

¹⁸⁸² Cf. EDUARDO CORREIA, *Direito criminal...* cit., p. 244

qual ela se derrama¹⁸⁸³, parecem ser motivos bastantes para o não acolhimento dela por parte do autor.

Uma última concepção da acção em direito penal ficou conhecida pela doutrina da acção social ou da acção objectivo-final¹⁸⁸⁴.

Postas assim as coisas, há que salientar a importância delas. Efectivamente, é grande a distância entre as duas congéneres responsabilizantes do ser pessoas em termos juridicamente cunhados. A estrutura dogmática própria do direito penal, justificada pelas limitações de tipo constitucional já aludidas e eivadas de uma intencionalidade muito específica, determina a galvanização de nichos problemáticos que são de todo em todo espúrios ao pensamento civilista. Donde se conclui que o excuro acerca da noção de acção de que se parte apenas cumprirá duas finalidades: 1) explicitar o modo como a causalidade deve ir pensada, dada a relação entre os termos equacionados; 2) semear o gémem do que poderá ser um ponto de apoio importante para o tratamento daquilo que tradicionalmente ficou conhecido pela causalidade de facto.

Embora menos desenvolvida a temática ao nível do direito civil, não se erra se se adiantar que ela tem concitado a atenção dos cultores do direito privado. Vários são os autores que se têm dedicado ao estudo da acção juridicamente relevante^{1885 1886}.

ERNST WOLF¹⁸⁸⁷, evidenciando que a *Handlungslehre* (doutrina da acção), sendo embora estudada preferencialmente ao nível do direito penal, tem também fundamental importância no quadro do direito civil, apresenta uma taxonomia dos diversos conceitos de acção com que os autores se confrontam ao longo dos tempos¹⁸⁸⁸.

¹⁸⁸³ Cf. EDUARDO CORREIA, *Direito criminal...* cit., p. 251-252

¹⁸⁸⁴ Cf. EDUARDO CORREIA, *Direito criminal...* cit., p. 244, nota 2

¹⁸⁸⁵ Veja-se, a este ensejo, GEORGE WILSON, “Action”, *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, www.plato.stanford.edu/archives/spr2008/entries/action, 2008.

¹⁸⁸⁶ Pense-se, entre nós, no caso de OLIVEIRA ASCENSÃO, *A acção finalista...* cit., e relembre-se tudo o que anteriormente ficou dito a propósito do estudo do autor. Veja-se, também, PITTA E CUNHA, *Omissão e dever de agir em direito civil...* cit., p. 33 e ss. Não deixa de ser relevantíssimo a este ensejo dar nota da compreensão de conduta humana apresentada pelo autor. Veremos como aí se liga uma estrutura comportamental a uma dada concepção do problema da causalidade – cf. PITTA E CUNHA, *Omissão e dever de agir...* cit., p. 49 e ss. Para o autor, a noção de comportamento deve partir do evento ou acontecimento socialmente relevante. O facto engloba não só a conduta como também o resultado, pelo que é necessário estabelecer a ligação entre este acontecimento socialmente relevante e uma determinada causa, natural ou humana. Portanto, e continuando a acompanhar o raciocínio expandido nas páginas citadas, o problema do nexo de causalidade deve colocar-se logo em primeiro lugar ao nível da análise do comportamento humano, só posteriormente se estabelecendo a ligação entre o facto e o dano ou prejuízo.

¹⁸⁸⁷ ERNST WOLF, “Die Lehre von der Handlung”, *Archiv für die civilistische Praxis*, 170, 1970, p. 181 e ss.

¹⁸⁸⁸ Cf., a este propósito, ESSER/WEYERS, *Schuldrecht*, Band II, ... cit., p. 556 (relacionando a questão da acção com a temática da causalidade).

Fala, assim, da *naturalistische Handlungslehre*, protagonizada por BELING, que vê a acção como “um comportamento corporal arbitrário”, que pode ser um fazer (*Tun*), como um movimento do corpo, ou um não fazer (*nicht-tun*), pelo que o seu conceito fica dependente da causalidade entre a *Willkür* (vontade arbitrária) e o movimento corporal e a noção de omissão surge como um sub-tipo daquele (*Artbegriff des Begriffs Handlung*). E critica abertamente tal concepção, já que não é logicamente possível definir a omissão como um não fazer quando a acção é remetida para o domínio dos movimentos corporais. Além disso, nem só a dimensão corporal é real, ao mesmo tempo que nem sempre o resultado de uma acção se produz exclusivamente no mundo exterior, não sendo, por isso, necessária a cisão entre o *Außenwelt* e o *Innenwelt*.

Diferente seria a *Lehre vom strafrechtlichen Handlungsbegriff* (doutrina do conceito penal de acção), que, remontando ao pensamento de RADBRUCH, implica que o conceito de acção penal fosse determinado de acordo com a lei, sendo aquela o que o direito vigente determinasse¹⁸⁸⁹. Ora, “este conceito de acção da lei, como qualquer conceito jurídico, assenta na dimensão ontológica da existência humana, que também vincula o legislador e portanto a questão é saber o que é que a partir dessa base o legislador concebeu”. Se com a concepção se pretende afirmar que o legislador não está ontologicamente vinculado, então estamos diante de uma fixação arbitrária “que nenhum possível conteúdo tem no objecto e portanto diante de um falso conceito”¹⁸⁹⁰.

Comunga, também, de um radical ontológico a *finale Handlungslehre Welzels* (doutrina da acção final de WELZEL)¹⁸⁹¹, nos termos da qual a acção é vista como supradeterminação final de um processo causal. Sobre ela, em síntese, podemos apontar duas notas. Assim, em primeiro lugar, convém vincar que, ao convocar para o cerne definitório da acção a finalidade, a doutrina finalista da acção torna-se problemática quando o jurista tem de lidar ou com comportamentos negligentes, ou com comportamentos omissivos. Em segundo lugar, ao implicar o sentido individualístico do

¹⁸⁸⁹ Cf. ERNST WOLF, “Die Lehre von der Handlung...”, ... cit., p. 183.

Cf. RADBRUCH, *Der Handlungsbegriff in seiner Bedeutung für das Strafrechtssystem, zugleich ein Beitrag zur Lehre von der rechtswissenschaftlichen Systematik*, Verlag J. Guttentag, 1904.

¹⁸⁹⁰ Cf. ERNST WOLF, “Die Lehre von der Handlung...”, ... cit., p. 184.

¹⁸⁹¹ Cf. ERNST WOLF, “Die Lehre von der Handlung...”, ... cit., p. 187.

Remontando às fontes, cf. WELZEL, *Um die finale Handlungslehre*, Mohr Siebeck, Tübingen, 1949 (*La teoría de la acción finalista*, De Palma, Buenos Aires, 1951); ID., “Die finale Handlungslehre und die fahrlässigen Handlungen”, ... cit., p. 316 e ss.

Vide, ainda, EBERHARD SCHMIDHÄUSER, “Was ist aus den finalen Handlungslehre geworden?”, *Juristenzeitung*, 41, Heft 3, 1986, p. 109 e ss.

agir humano e ao assentar exclusivamente em dados ontológicos, deixando de lado a necessária componente axiológica, mostra-se incapaz de captar a intencionalidade da acção juridicamente relevante.

Talvez por isso tenha sido mais recentemente proposta a análise da *Handlung* segundo a *Soziale Handlungslehre* (doutrina da acção social)¹⁸⁹². Segundo JESCHEKS, o conceito de acção social operaria a síntese que as anteriores concepções não lograram oferecer, dado que a causalidade e a finalidade não se mostram suficientes para esclarecer exaustivamente a noção. A acção passaria, então, a ser entendida como o comportamento socialmente significante, no qual cada homem assumiria um papel diante do outro homem. Esta relevância social determinar-se-ia pela orientação voluntária (finalidade), pelo resultado (causalidade) e finalmente (no caso das omissões) de acordo com a expectativa de acção. WOLF haveria de também se mostrar crítico relativamente a esta impostação. São duas as aporias que lhe reconhece. Assim, em primeiro lugar, salienta que “a síntese procurada por JESCHEK entre as categorias da sua esfera – *Kategorien der Seinsphäre (Kausalität und Finalität)* – e a expectativa da acção justa (no caso da omissão) não é possível, porque estes conceitos não são espécies conceituais da mesma classe e porque o ponto de vista de subordinação em que se encontra a própria noção de relevância social não é um conceito abrangente. Em segundo lugar, questiona como se pode determinar qual a expectativa da acção se não se fizer apelo a um dado sentido jurídico¹⁸⁹³.

Já segundo a *reale Handlungslehre*¹⁸⁹⁴, o conceito de acção não pode ficar dependente das regras jurídicas. Não se trata de um conceito da ciência jurídica, mas de um conceito da ciência em geral, que é a ontologia. O conceito naturalista mostrava-se demasiado restrito, ao excluir a dimensão intelectual; o conceito idealista não é logicamente possível porque a filosofia idealista do ser absoluto esgota-se na ideia e este pressuposto é, em si, contraditório. De acordo com a explicitação de WOLF, “o ser ou tem um conteúdo determinável e não é absoluto ou não tem um conteúdo determinável e não é compreensível”. Assim, “para a determinação das características do conceito de acção é necessário definir a noção de ser através de uma ontologia”, que deve basear-se no empírico reconhecimento dos objectos reais. Padece esta perspectiva da mesmíssima falha que se aponta à doutrina finalista da acção, ao não reconhecer a

¹⁸⁹² Cf. ERNST WOLF, “Die Lehre von der Handlung...”, ... cit., p. 191.

¹⁸⁹³ Cf. ERNST WOLF, “Die Lehre von der Handlung...”, ... cit., p. 193.

¹⁸⁹⁴ Cf. ERNST WOLF, “Die Lehre von der Handlung...”, ... cit., p. 205.

imperiosa necessidade da convocação de dados axiológicos para a compreensão da categoria de que se parte.

COSSIO, por seu turno, cinde-a em dois momentos. Um ôntico, a explicitá-la como um acto de liberdade; outro ontológico, a imbuir a conduta com dados axiológicos. Vai, por isso, ínsita nela um dado sentido de juridicidade, porquanto coenvolva sempre um determinado senso normativo. Ao que acresce o facto de ela implicar um relacionamento intersubjectivo. Ainda que não seja possível abraçar a perspectiva egológica protagonizada pelo pensador¹⁸⁹⁵, o apelo à dimensão axiológica e a implicação da transsubjectividade acabam por oferecer duas notas que, ausentes de concepções referidas até aqui, não podem ser obliteradas pelo jurista.

Mais do que a tarefa definitória, vale o esforço analítico de decomposição do conceito nos seus elementos estruturantes.

WOLF oferece-nos, no seu estudo sobre o tema, um exercício como este que se anuncia. Fala então de *Verhalten*, que considera sinónimo de *Änder*¹⁸⁹⁶, havendo que determinar a característica através da qual o comportamento (*Verhalten*) que seja uma acção se distingue de comportamentos de outro tipo. O movimento corporal é uma alteração espacial de um ser corporal em relação a outro ser corporal e uma alteração que se realiza a partir de um ser na sua centralidade é uma actividade. Posteriormente, importa procurar a característica através da qual uma actividade de um homem, que é uma acção, se distingue das actividades de outro tipo. O conceito chave passa a ser *Wollen* (vontade)¹⁸⁹⁷. Continuando a acompanhar a lição do autor, vemos que, para determinar o seu conteúdo e as suas características conceptuais, parte-se da ideia de que a actividade corporal que é parte integrante da acção é uma causa e se realiza através da mental actividade. Ou seja, segue-se a lei causal segundo a qual cada modificação corporal é a realização de uma causa. Uma causa é, nas palavras de WOLF, uma condição a que se segue um resultado; o nexó entre um resultado e a condição é um nexó de condicionalidade (*Bedingungszusammenhang*¹⁸⁹⁸); o nexó entre um efeito e a sua causa é um nexó de causalidade (*Kausalzusammenhang*); um nexó de causalidade existe dentro de mais nexos de condicionalidade. O nexó entre um resultado e o seu fundamento é um nexó de fundamentação (*Begründungszusammenhang*). A actividade corporal que tenha como condição uma actividade mental, a vontade, é uma acção.

¹⁸⁹⁵ Cf., no ponto expositivo precedente, as aporias que se lhe reconhecem.

¹⁸⁹⁶ Cf. ERNST WOLF, “Die Lehre von der Handlung...”, ... cit., p. 207

¹⁸⁹⁷ Cf. WOLF, “Die Lehre von der Handlung...”, ... cit., p. 209

¹⁸⁹⁸ Cf. WOLF, “Die Lehre von der Handlung...”, ... cit., p. 210.

Encontram-se, desta forma, as características do conceito de acção: actividade corporal ou intelectual e vontade como condição de realização dessa acção. Só que a acção humana não é concebível sem o recurso a um outro conceito – o de liberdade¹⁸⁹⁹. Esta, por sua vez, conexas-se com o conceito de decisão (*Entschluß*), enquanto realização da vontade. Entre uma possível decisão positiva ou negativa e as suas condições facilitadoras existe um nexó de condicionalidade. Uma vez tomada a decisão e realizada, não existe mais a possibilidade positiva e negativa, cessando o possível nexó de condicionalidade, que é substituído por um nexó real, que realiza o efeito directo da decisão positiva¹⁹⁰⁰. WOLF fala, igualmente, de um nexó de motivação (*Veranlassungszusammenhang*¹⁹⁰¹), enquanto nexó de condicionalidade entre as condições de possibilidade e uma decisão. O conteúdo de uma decisão positiva é a realização de um resultado; o conteúdo de uma decisão negativa é a não causação de um resultado. Esclarece, seguidamente, o autor que a acção é uma actividade do homem, enquanto o resultado de uma acção se pode projectar fora das acções humanas, pelo que a ocorrência de um resultado não é uma característica do conceito de acção^{1902 1903}.

A ligação do resultado ao comportamento surge, na análise de WOLF, eivada pela marca da exterioridade. Ora, ainda que não se negue que o resultado extrapola a conduta que lhe dá azo, a verdade é que, se tivermos em conta a predicação ética da *Handlung*, a consequência passa a fazer parte dela. Não porque esta, sendo tida como a sobredeterminação final de um processo causal, incorpore o resultado que o sujeito antecipa, mas porque, ao agir, aquele põe em marcha a sua esfera de liberdade, que, longe de o isolar no confronto solipsístico com o outro, o faz comunicar com o seu semelhante, ao qual se dirige com uma pretensão de respeito. Quer isto dizer que, porque a liberdade juridicamente relevante não radica na *voluntas* arbitrária, mas se alicerça na eticidade da pessoa, só estaremos diante de um verdadeiro exercício dessa

¹⁸⁹⁹ Cf. WOLF, “Die Lehre von der Handlung...”, ... cit., p. 212.

¹⁹⁰⁰ Cf. WOLF, “Die Lehre von der Handlung...”, ... cit., p. 215.

¹⁹⁰¹ Cf. WOLF, “Die Lehre von der Handlung...”, ... cit., p. 216

¹⁹⁰² Cf. WOLF, “Die Lehre von der Handlung...”, ... cit., p. 217.

¹⁹⁰³ Sobre o conceito de acção, veja-se, ainda, LARENZ/CANARIS, *Lehrbuch...* cit., II/2, p. 361 e ss.; LARENZ, *Lehrbuch...* cit., I, p. 400 e ss.; LARENZ, “Rechtswidrigkeit und Handlungsbegriff im Zivilrecht”, ...cit. p. 176, onde apresenta o confronto com a doutrina da acção final; LAURENZ VOSS, *Die Verkehrspflichten...*cit., p. 64 (mergulhando no objectivo de construção de uma teoria da acção em direito civil); HANS STOLL, “Unrechtstypen bei Verletzung absoluter Rechte”, ... cit., p. 235 e ss.; CARNEIRO DA FRADA, *Teoria da Confiança...* cit., p. 631; ADELAIDE MENEZES LEITÃO, *Normas de protecção...* cit., p. 644, considerando a necessidade de autonomizar a acção, enquanto pressuposto mínimo de apreciação do regime da responsabilidade delitual, exigindo-se uma acção controlável pela vontade, pelo que não faria sentido afirmar a ilicitude nos casos fortuitos; ERWIN DEUTSCH, *Allgemeines Haftungsrecht...* cit., p. 64 e ss.

liberdade quando o sujeito, ao actuar, mobilize o cuidado com o outro, nos termos anteriormente explicitados.

Em causa não está apenas o que é socialmente expectável, mas o que é pessoalmente exigível. E, portanto, o significado da acção não é comunicado pelo papel que cada homem assumiria diante de outro homem, nem a sua relevância é determinada pela finalidade (no caso de voluntariedade), pela causalidade (quanto atidos ao resultado) ou de acordo com a expectativa de acção (no caso das omissões).

A liberdade positiva em que radica a acção leva consigo a ideia de responsabilidade – uma responsabilidade que, no momento do comportamento, se caracteriza pela assunção de uma esfera de risco orientada pelo respeito que cada homem concita (responsabilidade pelo outro), e que, posteriormente, verificado que seja um determinado resultado lesivo, se convola, numa actualização daquela liberdade de que é indissociável, em responsabilidade pelo dano. Não será, pois, difícil perceber que o resultado lesão pertence à conduta, de acordo com a pressuposição axiológica de que se parte, na medida em que se possa inscrever naquela zona de influência que determina a adopção de deveres de prevenção em relação ao outro ou aos outros.

Fundada na pessoalidade, animada pela axiologia alicerçadora de toda a juridicidade, a acção tem na liberdade o seu vector fundamental. Simplesmente, esta não se vem a mostrar simples expressão da vontade, antes sendo animada pelo respeito pela personalidade de cada um. Baseia-se em dados ontológicos e axiológicos e envolve uma dimensão de intersubjectividade ou de alteridade.

Na recondução do efeito à esfera de responsabilidade previamente edificada há que ter em conta não só o pendor comunicacional do modo-de-ser humano, como o sentido arriscado do viver gregário e natural. Não se ignora, portanto, que as consequências de uma acção possam extrapolá-la. Mas sublinha-se que, uma vez estabelecido o juízo imputacional, a própria acção incorpora o resultado dela, até porque, ele estrutura-se com base na esfera pré-delineada de risco.

O que assim fica dito influencia de modo não negligenciável o tratamento do problema causal. Compreende-se que assim seja. Se a concepção naturalística da acção nos conduz a um entendimento condicionalista do requisito causal; se o entendimento finalista nos reporta para um chamamento à liça da previsibilidade a este ensejo; se a acção social poderia estar em consonância com uma dada perspectiva da causalidade adequada, a compreensão da acção como uma categoria onto-axiológica da pessoa

permite-nos, no diálogo com a pressuposição do risco, inverter alguns dos aspectos tradicionais do problema.

Antes de mergulharmos no cerne da nossa dissertação, importa, contudo, pensar na hipótese das omissões. O excuro permitir-nos-á reforçar o entendimento que derramámos sobre a noção de acção e, deste modo, ver em que medida isso terá consequências ao nível da construção imputacional. Além disso, ao lidarmos com comportamentos negativos, estamos em condições de arredar definitivamente do discurso do decidente qualquer resquício de uma visão naturalísta que poderia contaminar aquilo que tradicionalmente vinha entendido como causalidade¹⁹⁰⁴.

46. Nova referência ao sistema já constituído: a relevância da omissão no quadro da responsabilidade civil (breve excuro)

A recusa do solipsista sentido da actuação humana convoca-nos para a compreensão do problema das omissões em direito civil e, mais precisamente, no quadro da responsabilidade civil. Na verdade, do que ficou dito até aqui conseguimos

¹⁹⁰⁴ Na verdade, tem-se por certo que, sendo a omissão um nada, ela coloca especiais problemas no tocante ao nexo de causalidade. Designadamente, seria difícil estabelecer uma conexão naturalística entre o que não existe e um determinado dano.

Veja-se, porém, a posição de REALMONTE, *Il problema del rapporto di causalità nel risarcimento del danno...* cit., p. 53 e ss., considerando que a omissão pode ter eficácia causal. Pense-se na hipótese de A impedir B de combater um incêndio em casa de C, sem que B estivesse obrigado a fazê-lo. Entre nós, dando conta da situação e do posicionamento, v. ANTUNES VARELA, *Das obrigações...* cit., I, p. 528, nota 1.

Cf., também, THOMAS PROBST, “La causalité aujourd’hui”, ... cit., p. 16 (versão digital, cf. p. 12-13: considera o autor que a doutrina tem adoptado uma perspectiva casuística em relação às causas hipotéticas. Elas são consideradas pertinentes no caso da responsabilidade por omissão e no caso do comportamento lícito alternativo; não são relevantes no caso da causalidade *dépassante*. Também no caso das predisposições constitucionais do lesado e do dano futuro, a jurisprudência tem admitido a sua relevância. Assim, considera PROBST que a causalidade das omissões implica considerações de índole hipotética. O jurista tem de considerar que o acto omitido – e devido – teria evitado o surgimento do dano. Como a causalidade que se pretende provar não é real, a jurisprudência contenta-se com a verosimilhança preponderante. Pode também recorrer-se à experiência geral da vida, aplicando-se o mesmo critério que é tradicionalmente empregue ao nível da causalidade adequado. Por isso, no caso das omissões a causalidade natural e a causalidade jurídica tendem a confundir-se, embora os Tribunais insistam em manter a dicotomia, sobretudo por questões processuais).

No quadro do ordenamento jurídico italiano, a propósito da causalidade na omissão, cf., igualmente, GALGANO, *Trattato di diritto civile*, vol. 3... cit., p. 166 e ss.

Sobre o problema da omissão (e mais concretamente da causalidade da omissão) no direito civil, cf., no tocante ao ordenamento jurídico alemão, para além de outras referências específicas, TRAEGER, *Der Kausalbegriff...*, p. 61 e ss. (do autor, veja-se, também, *Das Problem der Unterlassungsdelikte im Straf- und Zivilrecht*, 1913); LARENZ, *Hegels Zurechnung...* cit., p. 85 e ss.; WOLFF, “Die Lehre von der Handlung”, ... cit., p. 181 e ss.; HERMANN LANGE/GOTTFRIED SCHIEMANN, *Handbuch des Schuldrechts...* cit., p. 153 e ss.; GOTTWALD, *Schadenszurechnung und Schadensschätzung: ...* cit., p. 81 e ss.; WOLFF, “Die Lehre von der Handlung”, ... cit., p. 181 e ss.; RÜMELIN, “Die Verwendung der Causalbegriffe...”, ... cit., p. 319; WENDT, “Unterlassung und Versäumnisse im bürgerlichen Recht”, *Archiv für die civilistische Praxis*, 92, Heft ½, 1902, p. 1 e ss., em especial p. 128 e ss.

antever a resposta a um dos problemas com que a doutrina se tem debatido e, com base nele, encontrar mais um argumento no sentido da prestabilidade da visão derramada sobre o fenómeno da causalidade jurídica.

A acção deixa de ser, bem o compreendemos, vista como um simples movimento corporal exterior. Tão pouco pode ser encarada à luz da intencionalidade, quer porque ontologicamente o finalismo deixa de fora determinados comportamentos humanos, quer porque ele se refere ainda ao homem isolado, olvidando com isso a estrutura intersubjectiva da sua vivência. O apelo ao sentido ôntico-ontológico e axiológico da acção permitir-nos-á incluir as omissões numa acepção mais densificada e profunda da conduta^{1905 1906}.

É claro que, porque no plano do ser a omissão é um nada, a relevância do comportamento omissivo fica dependente de uma pressuposta valoração referida ao concreto caso *decidendum*. Não se trata, pois, de saber se ele pode servir de base à responsabilidade, mas de determinar em que caso é que alguém pode ser obrigado a indemnizar com fundamento numa omissão^{1907 1908}. Intui-se a presença necessária de

¹⁹⁰⁵ V., numa perspectiva histórica, NILS JANSEN, “Damage caused by omissions: historical report”, *Digest...* cit., p. 103 e ss. Ensina o autor que, “no direito romano, uma omissão geralmente não dá lugar à responsabilidade excepto se, de modo muito próximo, estiver conectado com uma acção positiva”. Contudo, o requisito não era entendido em termos causais. “Simplesmente, os autores consideravam que a omissão não podia ser equiparada ao *occidere* ou ser qualificada como negligente”. Mais acrescenta JANSEN que “relativamente aos deveres que permite equiparar a acção à omissão, no direito romano eles só existiam se a omissão surgisse conectada com uma anterior conduta do lesante”.

Cf., igualmente, do autor, *Die Struktur...* cit., p. 307 e ss.

¹⁹⁰⁶ Opomo-nos, portanto, a todas as teses valorativas que olham para a omissão como uma realidade física, insusceptível, por isso, de se integrar num conceito amplo de conduta conjuntamente com a acção. Esta seria caracterizada pela vontade, pela actividade e por um nexó de causalidade, aspectos que estariam ausentes nos comportamentos negativos. Sobre o ponto, em crítica a RABDRUCH, cf. PITTA E CUNHA, *Omissão...* cit., p. 105

¹⁹⁰⁷ Distinguindo as duas questões, cf. ANTUNES VARELA, *Das obrigações...* cit., I, p. 528, nota 2.

Cf., também, MENEZES CORDEIRO, *Direito das Obrigações...* cit., II, p. 347, considerando que, em face do artigo 486º CC, poderia “parecer que o delito omissivo requereria, na sua verificação, todos os requisitos geralmente previstos no artigo 483º, nº1, e ainda a existência legal ou convencional do dever de praticar o acto omitido. Mas não: porque entre os requisitos gerais já se compreendia a violação; ora como pode uma omissão implicar violação fora da hipótese de existência de norma que mande praticar a actividade omitida”, pelo que “não existem, assim, problemas específicos na determinação de eventuais delitos por omissão. O problema que se deve pôr é outro e resulta da questão de saber quando é que, face a determinado dano eminente, existe, para com as pessoas que possam intervir, a obrigação de o evitar ou, pelo menos, de desenvolver, nesse sentido, um esforço razoável”.

¹⁹⁰⁸ Como se poderá constatar pela exposição, o artigo 486º CC é o preceito base em matéria de responsabilidade por omissões. Ele estabelece a equiparação entre uma acção e uma omissão. Para tanto exige que exista, previamente, o dever de agir, apresentando um elenco de fontes de onde ele pode brotar. No tratamento dogmático do problema, os autores nacionais olham simbioticamente para as duas questões que, no entanto, se podem cindir. Isto é; por um lado, há a questão de saber qual o fundamento último da equiparação que se procura; por outro lado, avulta com importância prática acrescida o problema da determinação daquele elenco, porquanto no plano sistemático é ele que vai permitir ao jurista decidente a mobilização de um critério seguro de orientação da decisão que há-de proferir. Consideramos que o segundo é impensável sem a prévia resolução do primeiro e que a adequada solução dele há-de

um momento valorativo, no âmbito do qual se conclua que um determinado sujeito, em face dos valores que estavam em risco, não podia ter ficado inactivo¹⁹⁰⁹.

Só que, a ser assim, concita-se a dúvida: por que razão se há-de circunscrever tal momento valorativo para as omissões se também a acção, sem a nota da pressuposição intencional, é um nada jurídico e se, muitas vezes, especialmente no que tange aos comportamentos negligentes, é difícil distinguir as ditas omissões das acções¹⁹¹⁰ 1911
1912,

Fugindo à possível circularidade argumentativa, alguns passos urgem dar-se de forma firme. Assim, importa, antes de mais, a título instrumental, perceber o que é a omissão no plano jurídico e como pode esta ser equiparada a uma acção.

inviabilizar o formalismo ou tendencial formalismo que alguns autores denotam. Contudo, será possível perspectivar o primeiro sem o complementar. Porque o nosso propósito não é inquirir o modo concreto de desvelação da ilicitude, mas tão-só encontrar um arrimo argumentativo seguro de prossecução das nossas lucubrações em sede de causalidade, mais do que de mera possibilidade pode-se inclusivamente falar de legitimidade de tal opção discursiva. O que não significa que, incidentalmente, não possamos discorrer sobre alguns dados que contribuam para a dilucidação cabal dos problemas com que a doutrina se tem visto enredada a este propósito.

¹⁹⁰⁹ A este propósito, cf. VALCAVI, “On juridical causation...”, ... cit.; ID., “Intorno al rapporto...”, ... cit., p. 409 e ss.; REALMONTE, *Il problema del rapporto di causalità*... cit., p. 28, 42, 97 e ss.

¹⁹¹⁰ Cf. PITTA E CUNHA, *Omissão e dever de agir* ...cit., p. 94. O autor, analisando o problema da omissão em direito civil, afirma que, neste quadro, ela aparece também no tocante aos comportamentos negligentes, porquanto se traduza em ausência de diligência ou dos cuidados devidos. Entende o autor que, quando uma conduta é negligente, se coloca o problema de saber se ela é activa ou omissiva. Aponta, então, como ilustrativo o seguinte exemplo: “um ciclista atropela outrem porque não levava a luz ligada. Será que o resultado foi causado por uma acção (conduzir sem luz) ou por uma omissão (não ligar o sistema de iluminação)?”

Veja-se ANTUNES VARELA, *Das obrigações*... cit., I, p. 528, dando o exemplo do automobilista ou do ciclista que não acendem as luzes do veículo, apesar de a noite já ter caído. Verdadeiramente lidamos aí com um delito omissivo ou com uma lesão por comissão? O que deve ser valorado: a condução automóvel com desrespeito dos deveres de cuidado ou a omissão do acto que tinham o dever de praticar? Sobre o ponto, cf., igualmente, VON CAEMMERER, “Wandlung des Deliktsrechts”, ... cit., p. 49 e ss., e 75 e ss.; ZIMMERMANN, “Comparative Report”, *Digest*... cit., p. 165 e ss., em especial p. 166, considerando que nem sempre é fácil distinguir uma acção de uma omissão e encontrando, aqui, um argumento para o tratamento uniforme do requisito causal nos dois domínios.

V., também, LARENZ/CANARIS, *Lehrbuch*... cit. II/2, p. 401, apontando a semelhança estrutural entre as omissões e as lesões indirectas; VON BAR, *Verkehrspflichten*... cit., p. 156 e ss.; HERMANN LANGE/GOTTFRIED SCHIEMANN, *Handbuch des Schuldrechts*... cit., p. 153

Cf., ainda, WOLFGANG SCHÖNE, “Unterlassungsbegriff und Fahrlässigkeit”, *Juristenzeitung*, 32, Heft 5/6, 1977, p. 150 e ss.; EBERHARD STRUENSEE, “Die Struktur der fahrlässigen Unterlassungsdelikte”, *Juristenzeitung*, 32, Heft 7, p. 217 e ss.; RUDOLF SCHMIDT, “Zur Systematik der Unterlassungsdelikte”, *Juristenzeitung*, 14, Heft 14, 1959, p. 432 e ss.; HANS WELZEL, “Zur Problematik der Unterlassungsdelikte”, *Juristenzeitung*, 13, Heft 16, 1958, p. 494 e ss.

Por último, cf., a propósito da equiparação entre as acções e as omissões, falando de um princípio de simetria, e analisando o problema do ponto de vista da liberdade moral para agir, cf. JOHN MARTIN FISCHER, “Responsibility, control and omissions”, *The Journal of Ethics*, vol. 1, 1997, p. 45-64.

¹⁹¹¹ Numa perspectiva que recusamos liminarmente pelos motivos anteriormente expostos, veja-se, com a explicitação da *ratio* do diferente tratamento entre a acção e a omissão ao nível da responsabilidade civil, à luz da racionalidade económica, ALON HAREL e ASSAF JACOB, “An economic rationale for the legal treatment of omissions in tort law”, *The Federalist Papers*, nº15, 2001

¹⁹¹² Cf. HONORÉ, “Are omissions less culpable?”, *Essays for Patrick Atiyah* (PETER CANE & JANE STAPLETON, ed.), 1991, p. 31 e ss.

Não será preciso muito para perceber *ab initio* a imprestabilidade de uma concepção mecanicista da omissão e bem assim daqueloutra que, quedando-se num puro ficcionismo, releva, não o nada, mas a acção que foi concretamente levada a cabo em substituição da omitida¹⁹¹³. Não nos cabe a constatação da sua falência, tendo outros antes de nós denunciado as suas fraquezas e vícios. É o caso de todos aqueles que, pendendo para uma posição mais normativista a clamar pelo direito positivo, olham para este e constataam que ele impõe uma determinada acção que em concreto não se realizou, e todos os outros que, sufragando uma posição colimada no finalismo, acabam por preencher material e valorativamente o nada que, no plano jurídico, se assume como base de um juízo imputacional¹⁹¹⁴.

Como sublinhado anteriormente, o que vai, então, questionado não é a pura facticidade, nem a presença ôntica da omissão na realidade do ser, mas a assunção de critérios de equiparação entre ela e a acção, já que no plano jurídico é esta que conta¹⁹¹⁵.

Só que, aqui chegados, deparamo-nos, uma vez mais, com uma alternativa discursiva a apontar num sentido metodologicamente cunhado: ou resvalamos para uma posição positivista, aceitando que o legislador determina impositivamente tais critérios ou, ainda que com apego aos dados sistemáticos previstos na legislação, indagamos o fundamento último dela¹⁹¹⁶.

¹⁹¹³ Cf. LEONE ZEPPIERI, “L’omissione come Evento”, *Annali di Diritto e Procedura Penale*, Anno V, 1936-15, p. 108

Para uma crítica das duas posições mencionadas, cf. PITTA E CUNHA, *Omissão e dever de agir...* cit., p. 97 e 99.

A primeira posição referida conduzir-nos-ia a perspectivar a omissão de acordo com um comportamento efectivamente levado a cabo, como esforço do autor para travar o seu movimento corporal exterior; a segunda redundaria no paradoxo de considerar fonte de imputação delitual a ida ao cinema e não o abandono de uma criança.

Sublinhe-se que, do prisma da causalidade das omissões, o problema era resolvido também fazendo-se apelo à positividade. O nexa que se pretendia edificar devia unir, não a omissão ao dano, mas a conduta omitida e a não ocorrência do dano – cf. TRAEGER, *Das Problem der Unterlassungsdelikte im Straf- und Zivilrecht*, Elwert, Malburg, 1913, p. 21.

¹⁹¹⁴ Cf., a este propósito, WELZEL, “Zur Problematik der Unterlassungsdelikte”, ... cit., p. 494 e ss.

¹⁹¹⁵ Cf. DEUTSCH, *Allgemeines Haftungsrecht...* cit., p. 58 e ss.

¹⁹¹⁶ A escalpelização dos fundamentos afigura-se aos nossos olhos imprescindível. Não só em particular resulta fundamental para lograr cumprir o desiderato argumentativo anunciado, como em geral é o único meio de interpretar o artigo 486º CC. Designadamente, só através da intelecção do sentido normativo da norma, e portanto da procura da *ratio* da equiparação entre a acção e a omissão, se consegue saber em que medida um *non facere* pode relevar em termos jurídicos, viabilizando-se um salto interpretativo que transcenda as hipóteses plasmadas naquele preceito.

No entanto, não há uma relação de necessidade lógica entre a busca dos fundamentos e a falta de prisão ao acervo legal do artigo 486º CC. Na verdade, assiste-se, ainda hoje, a posições dogmáticas que, cumprindo o *iter* fundacional a que nos referimos, acabam por – inclusivamente ao arrepio do que se constata em sede penalista – ficar presos ao elenco legal de surgimento do chamado dever de garante que logra estabelecer a equiparação de que se fala. Assim, PITTA E CUNHA, *Omissão e dever de agir...* cit., p. 213 e ss. Sustenta o autor que o artigo 486º CC apresenta um elenco formal das fontes do dever de agir,

A este propósito, MENEZES CORDEIRO sustenta que, fora das situações previstas no artigo 486º CC, pode avultar um concreto dever de agir, ancorador de uma pretensão indemnizatória procedente, “à luz das normas aplicáveis e no espírito dado, pela boa fé, à colaboração intersubjectiva que deve reinar no espaço jurídico da nossa disciplina”¹⁹¹⁷. Por seu turno, CUNHA GONÇALVES, recusando que a liberdade possa ser entendida no sentido desumanizador da conduta que nos relegue à total indiferença diante do outro, sustenta que uma omissão pode configurar uma situação abusiva do direito, sempre que a pessoa “não tenha motivo algum ponderoso para se abster, não corra perigo, não sofra prejuízo algum, ou que fosse apreciável em confronto com o dano a evitar”^{1918 1919}.

pelo que, uma vez constatada a insuficiência da solução predisposta, só o recurso ao abuso do direito serve como expediente de correcção daquela.

Mais à frente, afirma ser taxativa a enumeração do artigo citado (cf. p. 224). Em consonância com isso, quando se debruça sobre a questão de saber se a ingerência pode ou não ser considerada uma fonte do dever de garante, PITTA E CUNHA salienta que “é na referência à lei como fonte do dever de agir que a ingerência deve ir buscar apoio para se revelar como tal. A ingerência traduz a ideia de que, se alguém com o seu comportamento criar um perigo para certo bem jurídico, fica investido no dever jurídico de o remover” (cf. *op. cit., loc. cit.*). Ora, para o autor, a obrigação de remover o perigo criado deve ser fundada na própria lei, e, traduzindo-se o dever de remover a situação de perigo numa situação de responsabilidade, sustenta, em nome da unidade sistemática, que aquela tem de ser criada por um comportamento ilícito e culposo, porquanto só exista responsabilidade independentemente destes requisitos nos casos previstos na lei (cf. p. 226). Por isso, sustenta PITTA E CUNHA que a relevância da ingerência fica dependente do recurso ao abuso do direito e bem assim, libertando-o, ao artigo 219º CPenal (cf. p. 253 e ss.).

Não cremos ser este o melhor entendimento para o problema. Três são as razões que podemos chamar à colação no sentido de alicerçar essa nossa crítica. De um lado, concita-nos dúvidas a concepção do abuso do direito a que por meio dele aportamos. Do mesmo modo que, se atentarmos em toda a exposição por si oferecida, não podemos deixar de salientar a insustentabilidade metodológica do argumento que arreda do discurso do decidente a proibição de aplicação analógica das normas excepcionais. É, aliás, essa visão formalista da juridicidade que conduz o autor à impositação a que chega, uma vez que o carácter ilícito do acto omissivo resultará, se ligado ao abuso referido, inequívoco independentemente da criação prévia do perigo ser ou não ilícita.

Mas não deixa de ser importante realçar que o autor sublinha a ideia de perigo como centro nevrálgico da imputação que se busca em sede omissiva.

Sobre o problema da omissão, cf., ainda, GUIDO ALPA, “Colpa omissiva e principi di responsabilità civile”, *Giurisprudenza italiana*, vol. CXXXI, 1979, p. 1366-1375.

Veja-se, igualmente, CHRISTIAN VON BAR, “Entwicklungen und Entwicklungstendenzen im Recht der Verkehrs(sicherungs)plichten”, *Juristische Schulung*, 28. Jahrgang, Heft 3, 1988, p. 169 e ss., sublinhando que o conceito de dever na moderna responsabilidade civil por omissões não se baseia no princípio da ingerência e referindo, a título de argumentação, as áreas de actuação profissional e as relações familiares onde se constate a existência de uma fonte de perigo. Ligando a problemática omissiva à conceptualização dos deveres do tráfego, o autor debruça-se, ainda, sobre o princípio do interesse. Cf., também, “Entwicklung und rechtsstaatliche Bedeutung der Verkehrs(sicherungs)plichten”, *Juristenzeitung*, 34, Heft 10, 1979, p. 332 e ss. Veja-se, igualmente, *Verkehrspflichten Richterliche Gefahrsteuerungsgebote im deutschen Deliktsrecht*, ... cit., em especial p. 25, analisando o problema do desenvolvimento da responsabilidade civil por omissão e considerando que ele tem natureza *contra legem*.

¹⁹¹⁷ MENEZES CORDEIRO, *Direito das Obrigações...* cit., II, p. 347.

¹⁹¹⁸ CUNHA GONÇALVES, *Tratado de Direito Civil*, vol. XII, p. 405 e ss.

Entre nós, cf., igualmente, MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, *O concurso de títulos de aquisição da prestação*, Almedina, Coimbra, 1988, p. 322, relacionando o artigo 486º e os artigos 491º e ss. do mesmo diploma e

Prestando homenagem àquele que tem sido o nosso quadro de tratamento dos problemas ressarcitórios, importa não esquecer que há um fundamento último, a entroncar no plano dos princípios normativos, para a imposição de uma obrigação de indemnização. Encontra-se ele na ideia de liberdade positivamente conformada, que, gerando um espaço de autonomia, co-envolve uma responsabilidade assumida a montante, a encaminhar o sujeito para o cuidado com o outro, sem o qual não se realiza plenamente na sua pessoalidade livre¹⁹²⁰. Ora, esta ideia guia e fundacional não deixa de estar presente sempre que o agente omita um determinado acto. Para tanto urge considerar que o respeito pelo outro lhe impõe o cumprimento de determinados deveres, ditos de garante. Garante ele, na sua posição, a não afectação da esfera jurídica alheia,

LUIS MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, ... cit., I, p. 296 e ss., estabelecendo a aproximação entre os citados preceitos.

¹⁹¹⁹ Na doutrina estrangeira, cf., quanto ao ponto, *inter alia*, HERMANN LANGE/GOTTFRIED SCHIEMANN, *Handbuch des Schuldrechts*...cit., p. 153 e ss., em especial p. 155, falando, a propósito do dever de agir que permite equiparar uma omissão a uma acção, das obrigações de assistência entre cônjuges, familiares, e na relação entre pais e filhos (*Beistandspflichten*); das obrigações de ajuda no caso de acidente ou emergência (*Hilfspflichten*); da ocorrência de acções anteriores (*vorangegangenes Tun*). Veja-se, ainda, T. RAAB, “Die Bedeutung der Verkehrspflichten und ihre systematische Stellung im Deliktsrecht”, *Juristische Schulung*, 2002, p. 1041 e ss., considerando que os deveres do tráfego são fundamentais, quer no tocante à responsabilidade por omissão, quer no tocante à responsabilidade por lesões indirectas/mediatas, e afirmando que eles avultam em três situações específicas: a) domínio de uma esfera de risco; b) acção prévia perigosa; c) assunção de uma determinada tarefa; CANARIS, “Schutzgesetze-Verkehrspflichten-Schutzpflichten”, ... cit. p. 77 e ss.

¹⁹²⁰ O entendimento pode gerar controvérsia. A isso não será alheio o facto de muitos autores se orientarem, ainda, valorativamente pela ideia de individualidade e de liberdade desagregadora que a alicerça.

Cf. FRANCESCO GALGANO, *Diritto Privato*... cit., p. 340. Afirma o autor que “a omissão não pode ser causa de responsabilidade quando se está no campo da responsabilidade aquiliana, a qual pressupõe a violação de um direito independente de qualquer vínculo pré-existente”.

Veja-se, igualmente, VAZ SERRA (“Obrigação de indemnização. ...”, ... cit., p. 5 a 301, p. 109 a 122): “mais difícil é admitir um dever jurídico geral de ajudar os outros. Esse dever é, em regra, negado pelos autores, como vimos. É certo que um dever de humanidade ou de solidariedade pode levar as pessoas a ajudar-se ou socorrer-se umas às outras; mas é duvidoso que caiba elevar esse dever à categoria de dever jurídico, com a consequência de reparar os danos no caso da omissão correspondente. Tal dever importaria uma tal restrição à liberdade individual, tolheria de tal modo a vida de cada um que não parece que deva estabelecer-se de uma maneira global e ilimitada”. Admite, porém, algumas excepções, plasmadas no preceito por si consagrado no anteprojecto do nosso código civil.

E, ainda, DE CUPIS, *Il danno*... cit., p. 147; e KARL LARENZ, *Lehrbuch*... cit. I, p. 592 [“Não existe um dever geral de defender outrem de danos possíveis. Se durante um banquete observo que o comensal que está junto a mim toma mais comida ou bebida que a conveniente, não é meu dever avisá-lo; ele veria isso como uma intromissão inadequada”]

Em sentido próximo da coloração personalista que derramamos sobre o problema, mesmo quando na globalidade do seu pensamento a não abraçam, cf. CUNHA GONÇALVES, *Tratado de Direito Civil*, vol. XII, cit., p. 405 e ss; HENRI MAZEAUD, LÉON MAZEAUD, JEAN MAZEAUD E FRANÇOIS CHABAS, *Leçons de Droit Civil*, tomo II, 1º vol., ... cit. p. 475; BARASSI, *La teoria generale delle obbligazioni*, vol. II, *Le Fonti*, Giuffrè, Milano, 1948, p. 461 [considera que a enumeração lei, resultante das ideias liberais, é incompleta, pois, apesar de não nos poder ser imputado um dano que ocorre sem qualquer interferência da esfera em que se move a nossa personalidade, as circunstâncias concretas podem impor um determinado comportamento, sob pena de o ordenamento aprovar condutas que chocam ao sentido mais elementar de solidariedade social].

Veja-se, ainda, a propósito do princípio da solidariedade no quadro da fundamentação de toda a disciplina ressarcitória, RODOTÀ, *Il problema della responsabilità civile*, Giuffrè, Milano, 1964, p. 107 e ss.

desvelando-se a ilicitude do acto ou na preterição de determinados direitos absolutos, ou numa conduta que, pela estrutura que a matiza, pode ser chancelada de abusiva do direito.

Ousamos, por isso, adiantar, a este ensejo, que o artigo 486º CC se limita a, no plano do direito constituído, enunciar uma decorrência dos princípios com que a este nível lidamos, bipolarizando-se, portanto e conseqüentemente, nas duas possíveis vias de desvelação daquela ilicitude, descontada que seja aqui a violação de disposições legais de protecção de interesses alheios¹⁹²¹.

Não é, porém, qualquer *non facere* que ascende à dimensão de facto juridicamente relevante capaz de suportar um juízo imputacional. E se o dever de garante entronca na noção de pessoalidade que escora todo o instituto, sempre se terá de indagar em concreto quando é que ele emerge. Não é já o plano do *quid ius* que vai pensado, mas aqueloutro do concreto *quid iuris*, iluminando-se esta indagação à luz daquele fundamento último.

Para lá da bipartição anunciada anteriormente, há que ponderar, sistemática-expositivamente, duas situações distintas na estrutura que lhes vai ínsita. Assim, avulta possível a hipótese de o pretenso lesante ter omitido intencionalmente uma determinada conduta de forma a causar um dano. O *non facere* vai aqui visto como um meio ou instrumento ao serviço da violação do direito absoluto ou da produção do dano¹⁹²², em nada distando de um outro mecanismo para a perpetração do ilícito.

¹⁹²¹ Cf., porém, GENEVIÈVE VINEY/PATRICE JOURDAIN, *Traité: les conditions...* cit., p. 452 e ss., salientando a relevância da omissão quando em causa esteja a violação de disposições regulamentares que imponham aos particulares determinadas obrigações de conteúdo positivo.

A dualização a que fazemos referência tem, no entanto, o efeito prático de nos afastar, na matéria, da visão de MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA quanto ao ponto. Cf. MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, *O concurso de títulos...* cit., p. 322.

¹⁹²² Referindo-se, explicitamente, a esta hipótese, cf. SAVATIER, *Traité de la responsabilité civile en Droit Français Civil, Administratif, Professionnel, Procedural*, 2e. édition, Libraire générale de droit et de jurisprudence, tome I, 1951, p. 62 e ss. O autor fala de abstenção maliciosa, isto é, da inacção com o objectivo de prejudicar alguém.

Repare-se, e mesmo descontando toda a distância que separa o modelo ressarcitório francês daqueles, como o nosso, que colhem inspiração iheringiana, que nestas hipóteses, ainda que não haja violação de direitos absolutos, sempre será defensável a procedência da pretensão indemnizatória, já que se desvela em concreto uma actuação – na forma omissiva – de uma esfera de liberdade em perfeita contradição com a estrutura valorativa em que se predica. Pelo que, em concreto, se dilucida uma situação abusiva do direito, a marcar a ilicitude do acto.

Com isto, mostramos, afinal, que nem sempre a omissão, tal como vai pensada pelo artigo 486º CC, pode ser encarada como um requisito adicional aos pressupostos do artigo 483º do mesmo diploma. E bem assim que, nas hipóteses em que a violação do direito subjectivo absoluto esteja presente, é um problema de imputação objectiva de que se cura, afinal.

Cf. MENEZES CORDEIRO, *Direito das Obrigações, ...* cit., II, p. 347; PITTA E CUNHA, *Omissão e dever de agir...* cit., p. 141, nota 282.

Situações há, porém, em que a omissão não é intencional, quedando-se a tarefa do jurista na determinação do grau de exigibilidade da conduta que não chegou a ter lugar. Duas ideias guiam avultam. De um lado, a sempre invocada pessoalidade que não se afasta do nosso horizonte discursivo; do outro, a normalidade padronizada do homem médio. Transsistemática e intrassistematicamente confluem nos critérios que, com algumas oscilações, os autores nacionais e estrangeiros têm vindo a erigir para dar resposta à indagação.

VAZ SERRA fornece-nos a este propósito algumas pistas importantes. Não pela adesão a uma interpretação de tipo subjetivista histórico, que torne imprescindível o recurso aos trabalhos preparatórios de um diploma legal, mas pelo carácter paradigmático e simultaneamente problematizante que os critérios por si elencados transmitem.

Contextualmente imerso numa mundividência que ainda não tinha, de modo consciente, relevado adequadamente a ancoragem personalista da responsabilidade extracontratual, o insigne civilista considera que “as omissões dão lugar à obrigação de reparar o dano quando, independentemente de outros requisitos legais, o acto omitido tivesse evitado, com certeza ou com maior probabilidade, o dano e existisse o dever, resultante da lei ou de negócio jurídico, de praticar o mesmo acto”¹⁹²³. Acrescenta, ainda, que “aquele que abre uma fonte de perigo tem o dever de adoptar as cautelas indispensáveis para a impedir, mesmo que não sejam impostas pelos regulamentos administrativos”¹⁹²⁴ e bem assim que, “se na esfera de poder de alguém se der uma situação produtora de riscos que só essa pessoa pode fazer desaparecer, tem ele o dever de os eliminar”¹⁹²⁵. Do mesmo modo, salienta que “aquele que, não tendo qualquer motivo sério para se abster, não evita um dano grave senão para outrem, apesar de o perigo estar presente no seu espírito, de modo a não proceder manifestamente contra a consciência social, responde por indemnização dentro dos limites dos danos que não impediu”¹⁹²⁶.

A ideia de perigo emerge com toda a sua centralidade. Tal posicionamento nuclear não resulta, exclusivamente, da galvanização da categoria no pensamento do autor, mas outrossim na recorrência com que o mesmo aflora no espectro da dogmática

A este propósito, cf., também, QUÉZEL-AMBRUNAZ, “Definition de la causalité en droit français”, www.greca.univ-rennes1.fr/digitalAssets/267/267952_quezel.pdf, p. 20.

¹⁹²³ Cf. VAZ SERRA, “Obrigação de indemnização...”, ... cit., p. 109 e ss.

¹⁹²⁴ Cf. VAZ SERRA, *op. cit.*, *loc. cit.*

¹⁹²⁵ Cf. VAZ SERRA, *op. cit.*, *loc. cit.*

¹⁹²⁶ Cf. VAZ SERRA, *op. cit.*, *loc. cit.*

civil. LARENZ, com uma formulação similar, e começando por considerar que a fonte do dever de agir se encontra no contrato ou na lei, adianta que, à luz dos ensinamentos jurisprudenciais, “aquele que cria ou mantém no tráfico uma fonte de perigos está obrigado a adoptar as precauções que sejam necessárias para evitar perigos aos participantes no mesmo tráfico (dever de segurança no tráfico)”^{1927 1928}.

Com isto, uma primeira conclusão torna-se plausível. Na verdade, não rememorando agora a problemática da contaminação do juízo de ilicitude com a culpa, sempre se poderá dizer que a preterição dos deveres de segurança no tráfego conflui na sindicância do desvalor subjectivo da conduta. Ora, se ligarmos isto à enunciação preliminar anunciada por nós, constataremos que, ao abordarem o problema das omissões, os autores se debruçam sobre duas realidades distintas nos seus contornos estruturais imediatos.

De um lado, temos todos aqueles casos excepcionais em que, pese embora não se desvele a violação de um direitos subjectivo absoluto ou um interesse legalmente protegido, a contrariedade da actuação do sujeito com o sentido ético-axiológico que o

¹⁹²⁷ Acerca da *Schadenzurechnung im Falle einer Unterlassung*, LARENZ (*Lehrbuch...* cit. I, p. 457-458) considera que a omissão só releva quando haja o dever de agir, dever esse que tem como propósito evitar o dano que efectivamente se materializou. De outro modo, indaga-se se ele teria ocorrido se se tivesse levado a cabo a acção que se obliterou. Importa, ainda, que o dever que se impõe seja objectivamente possível e que sirva para impedir ou atenuar o dano. A omissão é uma condição de responsabilidade. Note-se que tais condições de responsabilidade não são elementos de uma verdadeira cadeia causal, estabelecendo-se, antes, a analogia com as verdadeiras condições da causalidade. A omissão é entendida como uma dada situação que seria controlada por uma acção humana alternativa. Tal dever pode surgir de um contrato, que vem instituir um dever de vigilância sobre certas pessoas, animais, edifícios; pode ter assento legal ou resultar de um dever geral de conduta no tráfego. Surgindo o dever de agir, há que saber se os danos ocorrem como resultado da sua preterição que, a não existir, tê-los-ia evitado. Estabelece-se uma relação causal hipotética: hipotizamos que as consequências não teriam ocorrido se não fosse a omissão. E estabelece-se um nexo de imputação (cf. p. 458), devendo estabelecer-se a adequação e excluir a imputação quando se verificarem razões para tal.

Veja-se, também, o comentário de R. ZIMMERMANN/J. KLEINSCHMIDT à decisão de 30 de Janeiro de 1961 do *Bundesgerichtshof*, in *Digest...* cit., p. 105 e ss., considerando que o teste da *conditio sine qua non* é aplicado por analogia aos casos de omissão, sendo esta causal se houver uma obrigação de agir e a execução do acto for apta a prevenir o resultado danoso com um elevado grau de probabilidade. Em nota (cf. n. 108), os autores explicam que a existência do dever não faz parte do conceito de causalidade. Mas, “ao pensarmos na quantidade de potenciais actos que podem prevenir a lesão, apenas pode ter significado questionar se a omissão é causal se uma específica omissão puder ser identificada”, o que requer o estabelecimento de tal dever. Adiantam, ainda, que as omissões relevam, entre outras situações, nos casos de violação de uma *Verkehrssicherungspflicht*.

Distinguindo a questão da causalidade da questão de saber em que medida o acto omitido era devido atentas as circunstâncias do caso, cf. B.A. BOCH, *Digest...* cit., p. 107. Acrescenta o autor que a questão da causalidade das omissões deve ser colocada em termos absolutos. Pergunta-se em que medida é provável que o dano tivesse sido evitado pelo comportamento omitido, não se indagando em que medida é que a conduta é mais apta a prevenir o dano do que a falha na acção.

¹⁹²⁸ Cf., a este propósito, ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações...* cit., p. 367, chamando à colação a ideia de confiança para interpretar, à sua luz, o artigo 486º CC.

informa, e vai comunicado nos princípios em que se louva a responsabilidade corolário da liberdade, não deixa margem para dúvida no sentido da afirmação daquela ilicitude.

Do outro, assiste-se àquelas situações em que nem sequer é necessário mergulhar na complexidade judicativa da comprovação do abuso, porquanto em concreto existe, de facto, uma violação do direito dotado de eficácia *erga omnes*. Nestes casos, o que se pretende, então, é saber em que medida essa lesão pode ou não ser imputada ao *non facere* registado.

Não é de estranhar, por isso, que mesmo os autores que cuidadosamente cindem a ilicitude da causalidade, negando a pertinência de um nexo de imputação objectiva a preencher materialmente o conteúdo daquela e a traduzir-se, afinal, num nexo de ilicitude, se deixem enredar em considerações atinentes ao que tradicionalmente vem pensado como matéria causal.

Assim, e regressando a VAZ SERRA, relembremos as suas palavras. Exige o autor que se prove que o acto omitido teria, com certeza ou maior probabilidade, evitado o dano. Longe do determinismo de outrora, dificilmente se poderá sustentar alcançar-se aquele grau de certificação. No que à probabilidade concerne, sempre se dirá que ela, quedando-se num conceito quantitativo e estatístico, não pode suportar um juízo imputacional. Onde, afinal, o que se assiste é ao sincretismo judicativo que, pouco resolvendo, porquanto já tenhamos denunciado a falência do juízo probabilístico, mais não faz do que mostrar que a ilicitude vem contaminada por uma nota de imputação objectiva.

Dir-se-á, então, que, no que ao abuso do direito respeita, ela conforma positivamente a própria ilicitude. Não só não o negamos, como nós próprios tivemos oportunidade de o salientar *supra*. E no especificamente tocante à violação de direitos absolutos percebemos, afinal, que, uma vez justificada a equiparação entre a omissão e a acção, do que se trata é de saber em que medida a lesão constatada se reconduz à actuação do pretenso lesante¹⁹²⁹.

¹⁹²⁹ Não se estranha, por isso, que no espectro dos ordenamentos jurídicos em que inexistente uma autónoma noção de ilicitude o problema da omissão venha pensado por alguns autores no quadro do nexo de causalidade. Assim, GAUDEMET, já em 1937, recusava a relevância da omissão no seio do instituto da responsabilidade extracontratual, por considerar que o nexo de causalidade – entendido, então, de forma naturalística – não se verificaria nessas hipóteses de *non facere*, excepto quando previamente existisse uma obrigação positiva (cf. GAUDEMET, *Théorie générale des obligations*, Sirey, Paris, 1937 (*Théorie générale des obligations*, publiée par HENRI DESBOIS, JEAN GAUDEMET, présentation de DENIS MAZEAUD, Dalloz, 2004, p. 306).

É claro que esta é uma visão redutora. Mas não pelo modo como é colocado o problema. Antes pela resposta que para ele se encontra.

Só que a omissão, naturalisticamente, traduz-se num nada. Pelo que aquilo que tradicionalmente era compreendido sob a óptica da causalidade não pode ser solucionado com o apego estrito a uma noção probabilística^{1930 1931 1932}. Ainda que dela

Ligando, igualmente, o problema da responsabilidade por omissões àquele do nexo de causalidade, veja-se, também, LARENZ, *Lehrbuch...* cit. I, p. 457 e ss.; HERMANN LANGE/GOTTFRIED SCHIEMANN, *Handbuch des Schuldrechts...* cit., p. 153 e ss. (v. p. 154, considerando que a obrigação legal para agir, por si só, não resolve o problema da imputação do resultado à omissão do agente. De acordo com o exemplo oferecido pelos autores, havendo violação de um dever de esclarecimento, só há responsabilidade se se concretizou o risco em relação ao qual o lesado deveria ter sido alertado, e p. 156, afirmando que, no caso da omissão, não é suficiente a causalidade possível, porque a omissão só é causal quando a possibilidade do mesmo dano é afastada pela acção).

Sobre a questão da causalidade das omissões, cf., ainda, TRAEGER, *Der Kausalbegriff ...* cit., p. 61 e ss.; ERNEST WOLF, “Die Lehre von der Handlung”,... cit., p. 221 e ss. (considerando que a omissão não pode ser vista como a realização ou causação de um resultado porque este não se produz por uma omissão, implicando antes que seja analisada sob a óptica da decisão negativa. O autor lança mão do conceito de *entschlusshafte Tätigkeit*, enquanto conceito genérico que abarca quer a acção, quer a omissão); LARENZ, *Hegels Zurechnungslehre...* cit., p. 85 e ss.;

Cf. ZIMMERMANN, “Comparative Report”, *Digest...* cit., p. 166, chamando à atenção para a dificuldade mais ou menos nítida em alguns ordenamentos jurídicos para isolar a questão da causalidade relativamente aos tópicos da imputação e da ilicitude. Outros advogariam que a questão se integra no problema da negligência, considerando outros, ainda, que há uma continuidade entre a *conditio sine qua non* e a adequação e/ou previsibilidade.

Vide, ainda, A. M. HONORÉ, “Causation...”, ... cit., p. 14.

¹⁹³⁰ V., mostrando alguns dos expedientes a que se recorre, A. M. HONORÉ, “Causation...”, ... cit., p. 14. Analisam-se, aí, alguns dos argumentos que vão sendo adiantados pela doutrina no sentido de se tratar a omissão positivamente (para assim contornar as dificuldades em sede causal). Acompanhando de perto a exposição do autor: a) a omissão exerce uma influência psicológica [sem que a impostação colha, porque nem sempre uma omissão pode ser compreendida como uma razão para alguém actuar ou moderar a sua actuação]; b) a omissão remove um obstáculo para a operatividade de um processo causal e nesse sentido ela é positiva [mas também aqui a generalização não é possível, porque, no caso em que A não salva B, não se trata de afastar qualquer obstáculo à produção do resultado]; c) uma omissão é positiva tanto quanto seja acompanhada por uma repressão da inclinação para cumprir o dever [simplesmente, isto faria com que uma pessoa pouco conscienciosa nunca chegasse a ser responsabilizada]; d) no caso de omissões não intencionais, um propósito desempenhou um papel positivo, na medida em que ocupou a mente do agente com assuntos diferentes do que era o seu dever no momento relevante [esquecem-se, aqui, todas as pessoas que omitem uma conduta porque vão dormir]; e) uma omissão é sempre precedida ou acompanhada por um acto positivo [sabendo-se, porém, que há situações de responsabilidade pela omissão de auxílio, a asserção não é verdadeira. Adianta HONORÉ que tal consideração serve mais para aferir da ilicitude da omissão do que propriamente para estabelecer a causalidade]; f) uma omissão implica, numa outra perspectiva, um comportamento positivo. O médico que falha um diagnóstico correcto faz um diagnóstico errado, passando por aqui a distinção anglo-saxónica entre a *pure nonfeasance* e a *misfeasance* [mas isto só é certo por referência a algumas hipóteses práticas, como quando o profissional médico omite simplesmente atender o paciente]; g) uma omissão pode ser entendida como uma acção no contexto das relações sociais.

Atente-se, seguidamente, na posição defendida por HONORÉ. Diz o autor que uma omissão pode ser tão real como uma acção. Argumenta com o exemplo da morte devido a sub-nutrição, tão real quanto a morte por envenenamento. Mas acrescenta que “se um homem morre à fome, apenas aquele de quem era esperado que o alimentasse omitiu um comportamento”.

O ensinamento do autor, para lá da sua autónoma relevância, serve aqui outro propósito. Dialogicamente, viabiliza algumas conclusões não despididas. Na verdade, a morte de alguém à fome há-de ser imputada àquele que tinha o dever de alimentar o lesado. A omissão só se torna relevante havendo violação do que a doutrina tem chancelado de dever de garante. Ora, em primeiro lugar, convém salientar que nem sempre a obliteração de tal dever substancia a preterição de um dever de segurança no tráfego, como no exemplo vertido. Em segundo lugar, se com isto se vinca uma dimensão imputacional do problema causal, não menos se pode concluir que o mesmo existe por referência às condutas activas. Pense-se no caso em que A deixou a chave na porta de casa, facilitando com isto que B, ladrão, furtasse um objecto de C, que ali se encontrava guardado.

lançando mão, os autores ganham consciência da particularidade e recusam a consideração atomista do dado. Assim, lançam mão da ideia de perigo, que aqui mais não cumpre do que aquele desiderato imputacional de que se fala.

No fundo, o que pretendemos salientar é que, sempre que se denote a violação de direitos absolutos, a ilicitude, comunicada pelo resultado, não difere pelo facto de o acto perpetrador dela ter natureza omissiva.

Donde, se o recurso ao perigo tem aqui algum relevo para o que queremos argumentar, tal relevância vai pensada em termos de evidenciar a insuficiência de uma ideia probabilística estrita. A grande maioria dos autores aponta, então, as idiosincrasias do *omittere* para sustentar que, nestes casos, haveria de se preencher o *minus* que ele comportaria com um *plus*.

A este ensejo, cf., igualmente, I. DURANT, em comentário à decisão da *Cour de Cassation* Belga de 9 de Janeiro de 2003, *in Digest...* cit., p. 117. Diz-nos o autor que, “em substância, a ideia causal é a mesma nos casos de omissão e de acção. A omissão é causa do dano se este tivesse ocorrido sem ela. Mas a forma como se aplica o teste é, aqui, específica. O juiz, ao reconstruir o curso dos acontecimentos, não tem apenas de eliminar o acto (método da eliminação), mas de substituir a omissão pelo acto positivo (método da substituição). Considera, ainda, que o teste da *conditio sine qua non* se aplica aos casos omissivos, implicando tal tarefa, no entanto, um exercício de imaginação por parte do julgador.

Também J. RIBOT e A. RUDA, a propósito da sentença do Tribunal Supremo Espanhol de 14 de Fevereiro de 2000, *in Digest...* cit., p., 125 e ss., referem que os tribunais não distinguem as acções e as omissões no tocante à aplicação do teste da *conditio sine qua non*, até porque esta primeira vertente da indagação causal não é explicitamente mobilizada. A questão passa por saber “em que medida a conduta que foi omitida teria evitado o acto ilícito com certeza ou qualificada probabilidade”

Cf., igualmente, Ac. STJ de 15 Janeiro de 2002, com comentário de ANDRÉ PEREIRA, *in Digest...* cit., p. 126. Trata-se do caso, já por nós mencionado, de uma criança que, tendo ido brincar para um prédio em construção, sofre graves danos, tendo o STJ considerado que a omissão não foi causa adequada da lesão, por se tratar de uma consequência anormal, atípica e excepcional, e que, apesar de ser *conditio sine qua non* do dano, tal não é suficiente para estabelecer a causalidade. Dois anos mais tarde, num outro aresto, também comentado por ANDRÉ PEREIRA (*Digest...* cit., p. 128), Ac. STJ de 12 Fevereiro de 2004, considerou-se haver um nexo causal entre a omissão verificada e o dano. Em apreço a situação ocorrida no final da Taça de Portugal, quando um *very light* foi disparado, tendo morto um adepto, colocando-se o problema da responsabilidade da Federação Portuguesa de Futebol. Entendeu o STJ que a FPF tinha violado inúmeros deveres de segurança, atendendo ao risco elevado que o jogo comportava, e que a morte do espectador teria sido evitada se quem disparou o fuzilete tivesse sido detido imediatamente depois do primeiro disparo.

Cf. ZIMMERMANN, “Comparative Report”, *Digest...* cit., p. 166, afirmando que o teste da *conditio sine qua non* deve estar preenchido não só em relação às acções, mas também no tocante às omissões.

¹⁹³¹ Veja-se, num sentido muito crítico da *conditio sine qua non*, TRIMARCHI, “La causalità nella responsabilità civile”, cit. O autor parte do seguinte exemplo: ocorre um incêndio num local público, causando danos às pessoas e às coisas. Resulta que o proprietário do local não adoptou medidas que eram impostas e diziam respeito à instalação de dispositivos anti-incêndio. Não é certo se eles permitiriam evitar o incêndio, mas a presença do dispositivo criava uma probabilidade não irrelevante de eliminar o incêndio a tempo. Assim, começa por dirigir-se a nós, dizendo que pode não se saber se o dano se teria igualmente verificado, mas é possível estabelecer se o evento danoso seria também igualmente possível. Note-se que, num caso como este, se o lesado devesse provar que a omissão tinha sido *conditio sine qua non* do dano, a responsabilidade seria negada. Simplesmente, para TRIMARCHI a solução afigura-se inaceitável, sendo suficiente para a responsabilização do agente o facto de haver uma omissão do dever de redução do perigo.

Quer isto dizer que, do ponto de vista, probatório a diferença acaba por ser notória.

¹⁹³² MARIA LUÍSA ARCOS VIEIRA, *Nexo causal e imputación objetiva en la jurisprudencia (con especial referencia a la responsabilidad por omisión)*, Cizur Menor, 2005

Se a via realçada por alguns tem sido a recondução da obliteração dos deveres de segurança no tráfego para o núcleo desvelador da ilicitude¹⁹³³, a verdade é que a assunção da esfera de risco para que a lição de alguns juristas nos encaminha não pode ser negligenciada, com a negação da sua centralidade no tema. No fundo, galvaniza-se o dado, justificando-se o mesmo pela estrutura diversa com que lidamos.

Não parece, porém, satisfazer a estanquicidade com que vêm sistematizadas as hipóteses. Intencionalmente, acção e omissão aproximam-se, cumprindo os momentos de analogia problemática e judicativa que se exigem para oferecer a um caso não típico a solução pensada para um caso mais frequente. Estruturalmente, não distam sobremaneira.

A constatação de tal particularidade não é nova. Pelo contrário, há longo tempo que vem sendo acentuado o imbricamento entre a omissão e os comportamentos negligentes¹⁹³⁴, chegando a falar-se, inclusivamente, das chamadas omissões na actividade^{1935 1936}.

¹⁹³³ Sobre a importância das obrigações no tráfego a este propósito, e a sua génese, ligada ao § 836 BGB, atinente à ruína de edifícios, cf., ainda, *inter alia*, CHRISTIAN VON BAR, *Verkehrspflichten*, ... cit., p. 128, evidenciando, ainda, a confluência sinérgica, para o seu surgimento, do postulado da culpa que começa a receber o influxo da responsabilidade objectiva.

Entre nós, veja-se LUÍS MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*... cit., I, p. 297.

¹⁹³⁴ Para além de outras referências já indicadas, cf. PLANIOL E RIPERT, *Traité pratique de Droit Civil Français* (tome VI, por PAUL ESMEIN), 1952, p. 693 e ss. Consideram os autores que as omissões acompanham, as mais das vezes, actos positivos, vindo enquadradas no âmbito de comportamentos negligentes que se desenvolvem ao longo do tempo. Dão, então, como exemplo, o caso do autor socialista que, num seu livro, omitiu a referência a um sábio católico, relevantíssimo no quadro da invenção de que se falava, provando-se, à época, que o silêncio se teria devido a motivos políticos.

Também SAVATIER se refere às omissões subsequentes à prática de determinados actos de conteúdo positivo. Cf. *Traité de la responsabilité civile en Droit Français* ... cit., p. 689. Encontra-se, aí, igualmente um apontamento relativo à abstenção de um comportamento devido antes de ser levado a cabo um acto, dando-se como exemplo o não acautelar do diagnóstico pelo médico num momento prévio à intervenção que vai ter lugar. Sobrevindo um dano nesta última hipótese, questionamos se verdadeiramente se denota uma especificidade no caso ou se, outrotanto, estaremos a lidar com a questão da actuação negligente do clínico a suscitar o problema da imputação objectiva do dano. Na escalpelização de critérios a que dá lugar, o autor tem ainda oportunidade para falar da responsabilidade pela omissão do dever de informar, na sequência de um acto positivo levado a cabo.

Também BARASSI, *La teoria generale delle obbligazioni*... cit., p. 461 e ss., fala de uma obrigação de evitar danos a terceiros sempre que eles radiquem numa causa por nós posta em movimento, para satisfação dos nossos escopos egoístas. Alicerça a solução na consideração do abuso do direito. Embora o direito positivo sancione, aos olhos do autor, um certo egoísmo, há excepções. Assim, além das situações referidas, haveria a obrigação de entregar ao proprietário a coisa encontrada; tal como haveria a obrigação de prestar assistência ou de avisar as autoridades, em caso de encontro de um corpo humano que esteja ou pareça estar inanimado ou de pessoa ferida.

¹⁹³⁵ Nesse sentido, cf. ENNECCERUS E LEHMANN, *Recht der Schuldverhältnisse*, ... cit., 1958, p. 76. Consideram os autores que o dever segurança no tráfego surge como decorrência de situações particulares, emergindo não autonomamente, mas associado às chamadas omissões na actividade: hipóteses de senhorio e situações em que o sujeito cria uma fonte de perigo.

Veja-se, também, MARGARET ISABEL HALL, "Duty to protect, duty to control and the duty to warn", ... cit., p. 645 e ss.

Atrever-nos-íamos a adiantar que duas razões há para justificar o tratamento não sincopado delas.

De um lado, pesará a dificuldade prático-normativa de, com segurança, se estabelecer a dicotomia. PITTA E CUNHA, referindo-se monograficamente ao problema da omissão em direito civil, adverte-nos para o facto, chamando à colação um exemplo. “Um ciclista atropela outrem porque não levava a luz ligada. Será que o resultado foi causado por uma acção (conduzir sem luz) ou por uma omissão (não ligar o sistema de iluminação)?”¹⁹³⁷. No fundo, resta a percepção de que, ao nível civilístico, a omissão surge com contornos fluidos, nem sempre sendo possível distanciá-la devidamente do comportamento de sinal contrário. Sobretudo porque a negligência, na qual as mais das vezes se estriba culpabilisticamente a pretensão indemnizatória, traduz o não cumprimento de determinados deveres de cuidado, pelo que também aí o *non facere*, embora noutra patamar dialógico, avulta aos olhos do decidente.

De outro lado, e mais acintosamente, segundo cremos, jogará a pequena relevância do dissídio, porque, uma vez apurada a fundacional equiparação entre as duas formas de actuação voluntária – entendida no sentido da controlabilidade e não da intencionalidade dela –, pela sintonia que revelam à luz da perspetivação axiológica e teleológica, o seu tratamento, antes distante, tenderá a afunilar-se num magma uniforme.

Dois quadros teórico-explicativos são, então, viáveis. Ou os autores, aceitando a analogia valorativa, procuram critérios de projecção dela no plano doutrinal, uma vez que olham, ainda, dicotomicamente para as duas realidades, posto o que procuram resolver em termos tradicionais o problema da ligação causal entre o dano sobrevindo e o *non facere* do lesante. Ou, em alternativa, consideram dialecticamente que aquela equiparação de sentido só pode ser pensável em situações específicas, as quais absorvem a ligação que preliminarmente se busca.

Não será difícil perceber qual a posição que abraçaremos. Antes, porém, importa – até porque ela se afasta do comum tratamento da questão – escarpelizar um pouco mais o nosso raciocínio.

¹⁹³⁶ Cf. a este propósito, J. RIBOT e A. RUDA, *Digest...* cit., p. 125, advertindo que os autores que lidam com o tema das omissões traçam uma distinção entre as omissões na acção (*omissions in act*), aquelas que ocorrem no quadro de uma prévia actividade e que geram responsabilidade quando envolvam a violação de um dever de cuidado requerido para o tipo de actividade empreendida; e as puras omissões (*omissions puras o simples/mere omissions*), que, não estando relacionadas com um acto anterior levado a cabo pelo lesante, são aquelas em que o dano teria sido evitado se aquele tivesse agido.

¹⁹³⁷ Cf., novamente, PITTA E CUNHA, *Omissão e dever de agir...* cit., p. 94.

Olhemos para o primeiro pólo da alternativa encabeçada. Duas críticas se lhe podem dirigir com impressividade bastante para ditar a sua improcedência. Em primeiro lugar, não se percebe de que modo, devendo aquela analogia denotar-se também em sede criteriológica, e não só principiológica, é possível não entretecer o juízo em causa com a nota imputacional que absorve, em si, o nexa tradicionalmente estabelecido. E, ainda que assim não ficasse devidamente esclarecido em que medida o dano que avulta é ou não consequência daquela omissão, sempre se teria de concluir, em segundo lugar, que a dita causalidade tal como vem pensada não resolveria o problema. Ou ela se predica normativamente e com isso mais não se obtém do que a duplicação da sindicância já conseguida a montante; ou ela se orienta segundo padrões tendencialmente naturalistas e a aporia é o resultado, já que, sendo a omissão, no plano fáctico, um nada, nada gera, fazendo o jurista resvalar para o campo ficcional.

Se com isto se esclarece a necessidade de considerar o problema à luz do segundo pólo anunciado, fica também, *mutatis mutandi*, explicitado que o juízo imputacional é absorvido pela equiparação, uma vez que sem ele a omissão irreleva do ponto de vista jurídico. Consoante as hipóteses *sub iudice*, a presença dele permite desvelar, verificados que estejam outros pressupostos, a ilicitude do acto. Ao quedarmos na contemplação do abuso, pela desconsideração do *tu* com o qual o *eu*, ético-axiologicamente densificado, dialoga, estamos no fundo a resolver *a priori* a dita questão causal que se coloca. E se, outrotanto, for a violação de direitos absolutos a estar em causa, a ligação entre o *non facere* e o primeiro dano ou lesão tem de ir pensada segundo um prisma de imputação que absorve a causalidade ou pelo menos um primeiro momento dela.

Ora, se assim é no que respeita à omissão, o mesmo terá de ser defendido no tocante à comissão. Não só aquela se distingue tenuemente desta, como só se nos condenarmos ao formalismo de outros tempos podemos continuar presos a uma visão que não informe e enforme a ilicitude com a sua polarização no sujeito pretensamente responsável. É o anteriormente anunciado nexa de ilicitude que aqui avulta.

Com o que justificamos, agora do ponto de vista dogmático e portanto intrassistemático, o que tinha ficado firmado no plano do dever ser. Não é uma atomista consideração do comportamento do agente, ainda que perspectivado *ex ante*, que poderá esclarecer-nos, mas unicamente o cotejo de esferas de responsabilidade que garantirá a obtenção de uma solução que se pretende normativamente fundada e materialmente adequada.

Se nos casos, não facilmente categorizáveis, em que a omissão se segue a uma prévia acção se afirma um dever de agir daquele que, dogmaticamente, é investido na posição de garante, tal resulta das exigências comunicadas pela pessoalidade ao ponto de se afastar a regra de egoísmo socialmente aceitável. Essas exigências criam uma esfera de responsabilidade, delineada em sintonia com aquele referente de sentido, cujas fronteiras são também determinadas tendo em conta a responsabilidade do próprio lesado e da vida em geral.

Ora, não distando de forma negligenciável a estrutura de emergência destas hipóteses juridicamente cunhadas daquelas em que a acção é o comportamento assumido na sequência da prévia acção – dado ser a tecitura vivencial humana encadeada por múltiplas decisões e reacções – justificamos, sublinhamo-lo, a assunção do critério guia erigido a partir de considerações de outra índole.

Em suma, o entendimento ôntico-ontológico e axiológico da acção permite-nos integrar, num conceito mais amplo de conduta, a omissão. Por seu turno, a compreensão dos problemas que esta patenteia mostra-nos que o juízo normativo reclama para o seu núcleo fundamentador o tratamento de questões imputacionais. Sendo possível estabelecer uma analogia problemática e judicativa entre algumas das situações comissivas e aquelas omissivas, não será difícil constatar que também ao nível da acção é imperioso o estabelecimento de um nexos de imputação objectiva. Mais do que isso, se ao nível dos comportamentos negativos a solução passa pela análise da esfera de dever que o sujeito titula, então a mesmíssima noção de acção vai-nos permitir seguir um caminho preciso no que tange à definição dos critérios do que anteriormente era tratado como nexos de causalidade.

47. Pessoalidade, liberdade, responsabilidade e finalidade primária da responsabilidade civil: a definição dos critérios de imputação objectiva a partir da ideia de cotejo de esferas de responsabilidade.

Aqui chegados, estamos, então, segundo cremos, em condições de apontar alguns dos critérios guia de resolução do problema da causalidade neste primeiro nível concatenatório que se busca, isto é, no plano da ligação entre o comportamento do agente e o primeiro dano verificado (lesão do direito absoluto)¹⁹³⁸.

¹⁹³⁸ O nosso âmbito de análise está há muito circunscrito. Na verdade, rodeámo-nos de cautelas no sentido de não defraudar o leitor destas páginas e advertimos, *ab initio*, que, centrando-nos no estabelecimento da

Entre os dados dialogantes a mobilizar, densificados por escarpelizações pretéritas, encontramos a dialéctica que nos orienta, polarizada na liberdade e na responsabilidade da pessoa, enquanto categoria ético-axiológica especificamente predicativa da juridicidade que verdadeiramente o queira ser.

Dela resulta que o filão fundamentador da imputação objectiva não pode deixar de se encontrar numa esfera de risco que se assume.

A afirmação impõe, antes de avançarmos, alguns esclarecimentos.

Em primeiro lugar, convém salientar que ela resulta directamente da intelecção do dado real à luz das exigências de sentido comunicadas pela liberdade. Longe de ser uma sua limitação, apresenta-se como constitutiva dela, indo, então, a jusante, a responsabilidade pensada como projecção actualizante da pessoalidade sempre que aquela liberdade positiva, entendida no sentido responsabilizante, surja preterida pela actuação concreta do sujeito que a olvida.

Esclareça-se, em consonância com o que ficou dito, que esta imputação objectiva não se resume à sindicância da culpabilidade do agente^{1939 1940}. Não negamos,

concatenação entre o comportamento do sujeito e o dano-evento ou dano-lesão, circunscreveríamos o nosso estudo à primeira modalidade de ilicitude. Convém, por isso, lançar um novo alerta. É que, da mesma forma que ao longo da nossa dissertação sentimos necessidade de dialogar com as outras modalidades de ilicitude reconhecíveis no seio do nosso ordenamento jurídico, também agora poderemos resvalar para considerações atinentes a essas outras formas de desvelação do desvalor delitual.

¹⁹³⁹ Para uma apurada distinção entre a culpa e a causalidade, cf. o que, em momento oportuno, ficou inscrito a esse propósito, bem como as indicações bibliográficas aí constantes.

Quanto ao ponto, embora na generalidade nos afastemos da posição do autor, veja-se, ainda, o testemunho de MICHAEL S. MOORE, “The metaphysics...”, ... cit., p. 874, que considera que a causalidade se distingue claramente da culpabilidade. A causalidade é vista, por ele, como um dos critérios que permitem tecer um juízo acerca da *moral blameworthiness*, pelo que não podemos permitir que a *moral culpability* interfira no nosso juízo causal, sob pena de a causalidade não poder ser aquele critério. Como veremos, *infra*, a posição do autor não é concordante com a que expendemos [cf., ainda, *Causation and responsibility... cit.*]

Saliente-se, *in fine*, que a cisão categorial não equivale à incomunicabilidade entre os dois conceitos. Veremos, pois, que, na esteira do que foi defendido por outros autores, há uma influência recíproca entre a dita causalidade e a culpabilidade. Revisitemos, a esse propósito, JAMES GORDLEY, “Tort Law in the Aristotelian Tradition”, ... cit., p. 131; CHRISTIAN VON BAR, *The Common European Law ... cit.*, p. 412, nota 7; PETER CANE, “Responsibility and Fault: a relational and functional approach to responsibility”, ... cit., p. 107; MARTÍN GARCIA- RIPOLL MONTIJANO, *Imputación... cit.*, p. 26; LANGE/SCHIEMANN, *Handbuch des Schuldrechts... cit.*, p. 96, e, *infra*, o que será dito acerca da atenuação das exigências em sede causal quando o agente tenha actuado com dolo.

¹⁹⁴⁰ Veja-se, *supra*, as indicações bibliográficas que inserimos quando, oportunamente, distinguimos a imputação da causalidade. *Inter alia*, revisitemos, também, LARENZ, *Hegels Zurechnungslehre... cit.*, p. 60; ID., *Lehrbuch... I, cit.*, p. 112 e ss. e 435 e ss.; GERT BRÜGGEMEIER, *Haftungsrecht... cit.*, p. 27 (sustentando que a conexão entre a conduta e a lesão do interesse é representada como causa e consequência, o autor aduz que, “embora seja um requisito indispensável a cada delito, a causalidade desempenha na prática no direito delitual um papel muito modesto. Isto fez com que a causalidade na maioria dos casos de responsabilidade, pela violação directa como também pela violação indirecta, fosse não problemática. Devido à experiência quotidiana, torna-se evidente a causa para os envolvidos. A questão fulcral que se pretende solucionar ao nível da causalidade é a imputação normativa ao lado da causalidade dada: que danos consequenciais são indemnizados por uma consequência?”. Para o autor,

actualmente, a questão da causalidade é entendida como um problema de nexos de responsabilidade ou no contexto da finalidade de protecção, emergindo, ao seu lado, o conceito de dever de segurança no tráfego – *Verkehrspflicht*. Simplesmente, consoante explica, como se afigura ser um conceito difuso, fala-se em alternativa de nexos de imputação ou nexos de responsabilidade); MARTÍN GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, *Imputación objetiva*, ... cit., p. 1 e ss.; LUZÓN PEÑA, “Causalidad e imputación...”, ... cit., p. 78 e ss., DEUTSCH, “Zurechnung und Haftung...”, ... cit., p. 33 e ss.; ID., *Allgemeines Haftungsrecht*... cit., p. 76 e ss.; E. A. KRAMER, “Das Prinzip der objektiven Zurechnung...”, ... cit., p. 422 e ss.; HEINRICH LANGE, “Herrschaft und Verfall...”, ... cit., p. 115; FRANZ BYDLINSKI, *Probleme der Schadensverursachung*, cit., p. 59 e ss.; ID., *System und Prinzipien des Privatrechts*, ... cit., p. 186 e ss.; MENEZES CORDEIRO, *Direito das Obrigações*... cit., II, p. 337; MENEZES LEITÃO, *Normas de protecção*... cit., p. 714; F. LEDUC, “Causalité civile et imputation”,... cit.

V., igualmente, a propósito da ideia de nexos de ilicitude, MASSIMO BIANCA, *Diritto Civile*... cit., p. 624 [sem grande desenvolvimento quanto ao ponto, não deixa de ser importante salientar que o autor apresenta o nexos causal como um dos elementos constitutivos do ilícito civil].

Cf., ainda, quanto ao ponto, SOFIA SEQUEIRA GALVÃO, *Reflexões acerca da responsabilidade do comitente no direito civil português*... cit., p. 78, nota 187, definindo a imputação objectiva como a “ligação, ou o estabelecimento da ligação, entre o facto danoso e o dano” e adiantando que “corresponde, grosso modo, àquilo que a doutrina tradicional chamava nexos de causalidade (ao mesmo tempo que reservava o termo imputação para referir o que entre nós se deve antes entender como imputação da conduta”, ao que acresce a denúncia da sua preferência pela “noção de imputação objectiva que muito melhor exprime um raciocínio assente em critérios estritamente jurídicos”.

Três notas se afiguram pertinentes a este ensejo. Em primeiro lugar, louva-se o, mesmo que perfunctório, afastamento relativamente ao sentido tradicional da causalidade, com a inerente normatização da categoria e o afastamento do fisicismo que, em muitos ensejos, parece ainda dominante. Em segundo lugar, dicotomiza-se a imputação objectiva da imputação da conduta, num jogo dual próximo da cisão entre a imputação subjectiva e a imputação objectiva. Por último, importa frisar a ausência de dados no trabalho citado que deponham ora no sentido da coincidência entre o pensamento da autora e o nosso, ora no sentido inverso. Não obstante, ousaremos estabelecer um juízo comparativo com base no que nos é dado a conhecer.

Assim, tal como sublinhámos a outro propósito, SOFIA GALVÃO SEQUEIRA distingue duas funções do risco, catalogado por ela como *risco abstracto* e *risco concreto*. O primeiro diria respeito ao fundamento das hipóteses de responsabilidade objectiva (“a norma em que a responsabilidade pelo risco se ancora é uma norma que se explica no próprio reconhecimento da existência de um potencial de risco e na consequente urgência da edificação de um modelo específico de responsabilidade” – cf. p. 79), com o que divergimos, porquanto tenhamos já sustentado que não é o risco atomisticamente considerado que pode justificar, pela presença de uma norma como a constante no artigo 493º, nº2 CC, o desvio de regime, tendo, antes, de associar-se uma cristalizada e bem delineada esfera de risco com uma finalidade distributiva que, em atenção à envolverência da actividade, avulta no caso (o que SOFIA SEQUEIRA GALVÃO parece reconhecer ao falar de risco-autoridade e risco-vantagem como fundamento da responsabilidade – cf. p. 80, nota 191). Mas já concordamos com a ideia de que este tipo de responsabilidade se vem a concretizar legislativamente pela “formulação de normas de risco abstracto, concebidas (...) como pré-formas de risco concreto” e, redobradamente, com aquela outra ideia do impacto que a previsão normativa terá no problema da imputação objectiva (cf. p. 80 – “ao rever na norma da responsabilidade pelo risco o reconhecimento de um potencial de risco, de uma fonte não actualizada de risco toda a perspectiva da problemática da imputação objectiva é afectada” e nota 191 – “defendemos que a imputação objectiva varia com o fundamento da responsabilidade civil, bem como com o modelo da imputação da conduta adoptado em cada caso (...”). Tivemos oportunidade de expressar essa mesma ideia quando, instrumentalmente, nos embrenhámos nos meandros da responsabilidade objectiva. Repetimo-lo agora, com as palavras da autora: “o risco que informa a *fattispecie* da norma é um risco abstracto, um risco potencial – a imputação objectiva passa pela sua concretização, pela sua actualização”, ao que acrescerá ainda o *domínio do risco*, visto por aquela como “modelo de imputação da conduta” (cf. p. 80 e nota 191). Ou seja, é imperioso que o dano se produza e que ele seja a concretização do risco abstracto que levou à prescrição normativa. Advogámos mais, pela transposição fundada, embora não esvaziada de dificuldades, da responsabilidade objectiva para a responsabilidade por culpa, por entendermos que a compreensão da essência ética dela nos levará a ponderar a existência de uma *role responsibility* a montante e, concomitantemente, a edificação de uma esfera de risco – ainda não concretizada – que permitirá estabelecer um juízo análogo ao que aqui se firma.

E é a partir daqui que a discrepância relativamente à lição de SOFIA SEQUEIRA GALVÃO se torna maior. É que, mesmo confinada à investigação dos contornos da responsabilidade do comitente, diz-nos que “não

é certo, e como se apurará, que a esfera de risco de que se cura pode germinar a partir da constatação do dolo ou negligência que eivam a actuação do pretense lesante. Contudo, há notas de dissemelhança entre ambos os arrimos. O conteúdo dos juízos entretecidos não será o mesmo, como se poderá comprovar tendo em atenção que a exigência concatenadora dita causal pode diminuir diante dos casos de dolo quando comparada com aqueles em que o comportamento não ultrapassa o limiar da falta de cuidado¹⁹⁴¹. A assunção do risco pode, além disso, ser prévia ao desvio desvalioso de que se cura. E não se pense que tal ocorre exclusivamente nas hipóteses omissivas, posto que, não só já chegámos à conclusão de que não seria sempre líquida a cisão entre

há qualquer substituição da imputação objectiva pela teoria do risco, como se chegou a pretender – a averiguação das potencialidades do acto inicial, isto é, dos riscos dele decorrentes, não dispensa, portanto, a análise objectiva da relação causa/consequência”, e, embora não esconda que “a doutrina se apresenta hesitante e algo confusa relativamente a este ponto”, entendendo que “se a responsabilidade objectiva se caracteriza por prescindir da culpa, a responsabilidade pelo risco se caracteriza (...) por prescindir da averiguação do nexo de causalidade” (cf. p. 86, nota 198), mais à frente afirma que “a criação de um risco juridicamente relevante da lesão de um bem jurídico traduz-se na possibilidade objectiva – entendida numa dupla perspectiva de probabilidade e de idoneidade abstracta – de originar um processo causal danoso”, seguindo de perto, como admite, a doutrina da adequação (Cf. p. 83 e nota 200) e sublinhando que MENEZES CORDEIRO terá ido longe demais quando põe de lado a indagação do nexo de causalidade ao nível da imputação pelo risco – cf. nota 203.

Com o que se torna, novamente, imprescindível acrescentar ulteriores explicitações. Desde logo, para, afastando mal-entendidos, se vincar a evolução do pensamento de MENEZES CORDEIRO que, como inscrevemos *supra*, se parece afastar posteriormente da acção finalista e alterar, assim, a sua posição em relação ao problema do nexo de causalidade.

Depois, para mostrar que a lição da adequação acaba por ser assim ferida, pois que, contra o que parece vir sustentado pela autora, não se trata aqui de estabelecer uma ligação exterior entre o comportamento do lesante e um dano que se produz, mas de reconduzir esse dano a uma esfera de risco pré-existente. Sobre o aproveitamento das potencialidades da lição da adequação, cf. o que ficou dito atrás.

In fine, importa sublinhar o sentido exacto da chamada teoria do risco, para o que convocamos o que, atrás, se explicitou acerca do ponto.

¹⁹⁴¹ No fundo, isto vem mostrar que o juízo de imputação objectiva, podendo ancorar-se na culpa do agente, não se confunde com ela. De outro modo, não sealaria numa atenuação dele diante do carácter doloso do comportamento porquanto tal mostra, exactamente, a relação de não identidade (embora de pertença filial) entre ambos, mas assumir-se-ia resolvido o problema, de modo obviamente diferente, ao derramar-se a nota do desvalor subjectivo sobre aquele.

Cf., sobre o ponto, W.V.H. ROGERS, *Winfield and Jolowicz ... cit.*, p. 227, onde, a propósito da disciplina acolhida no precedente *The Wagon Mound*, se sustenta que o teste da *foreseeability* não é universal, devendo ser-se menos exigente para o seu cumprimento quando o agente actue intencionalmente.

Adiante-se, ainda, de modo incidental, ser ali questionada a prestabilidade do critério para os casos de *strict liability*, dada a proximidade do juízo que se estabelece com a culpa, aos olhos dos juristas da *Common Law*.

Na mesma obra, veja-se, *in fine*, p. 235 e ss., onde se dicotomizam, para a concretização da ideia da *remotness of damage*, as *intended consequences* e as *unintended consequences*, sublinhando-se que “intended consequences are never too remote”, embora se acrescente (cf. nota 53) que *The Restatement of Torts*, 2d, ss. 870, 915, qualifica a regra adicionando uma excepção, qual seja “except where the harm results from an outside force the risk of which is not increased by the defendant’s act”. Adverte ROGERS que a responsabilidade não fica, porém, limitada às consequências intencionais, antes se estendendo a todas as que eram previsíveis e mesmo àquelas que não o eram.

Sobre o ponto, cf. ulteriores referências que serão por nós introduzidas quando nos pronunciarmos mais detidamente sobre o problema.

Veja-se, igualmente, *infra* os outros índices de distinção entre a culpabilidade e a imputação objectiva. Na verdade, porque o tópico estará por diversas vezes presente no nosso diálogo, não se justifica o seu tratamento exaustivo nesta nota.

aquelas e as comissivas, como não corresponde aos dados fácticos¹⁹⁴². Acresce que pode, em concreto, desvelar-se a culpa do agente sem que se possa estabelecer o nexo imputacional procurado.

¹⁹⁴² A inicia uma actividade perigosa. Assume, com isso, uma esfera de risco. O mesmo se pode dizer de um profissional que abraça uma tarefa propensa para a geração de danos de um determinado tipo.

Sobre o ponto, embora lidando com a causalidade psicológica, TILL RISTOW, *Die psychische...* cit., p. 76 e ss., justificando em determinadas situações a imputação pela posição de autoridade que o ou um dos agentes detém (em causa o comportamento de um médico que receita ao seu paciente um determinado medicamento para tratamento de uma verruga, tendo-lhe dado instruções acerca das dosagens necessárias. Simplesmente, o doente, na ausência de qualquer explicação acerca do tempo de duração da terapêutica, tomou o remédio durante demasiado tempo, sofrendo de uma intoxicação por arsénico, pelo que reivindica uma indemnização), e, no mesmo sentido, PHILIPPE FORST, *Grenzen...* cit., p. 137. [Repense-se a este ensejo a bondade de se falar de uma responsabilidade profissional. Sobre o ponto, v. SINDE MONTEIRO, *Responsabilidade por conselhos...* cit., p. 484 e ss.; CARNEIRO DA FRADA, *Teoria da Confiança...* cit., p. 329 e ss. e, também citado pelo civilista pátrio, S. LAMMEL, “Zur Auskunftshaftung”, *Archiv für die civilistische Praxis*, 179, 1979, p. 365 e ss. CARNEIRO DA FRADA lança as pontes de diálogo entre a responsabilidade pela confiança, que tenta cinzelar, e a responsabilidade profissional. Aquelas justificam-se pelo facto de a obrigação de indemnizar os danos causados por quem actua profissionalmente no mercado implicar, as mais das vezes, a chamada à liça da ideia de confiança. Ela teria como principal finalidade a fundamentação da emergência de deveres de comportamento cuja violação estaria na base do ressarcimento. Ma, se a sua mais-valia práctico-normativa pode ser encontrada na tentativa de, por via dela, se tutelarem determinadas situações que, fruto dos limites impostos pelos modelos delituais, ficariam, de outro modo, sem a cobertura do direito – pense-se, v.g., nos casos de danos puramente patrimoniais gerados no exercício da actividade profissional, sem que haja entre lesante e lesado uma relação contratual firmada que autorize a mobilização do regime obrigacional para atender aos interesses reparadores da vítima –, o certo é que – e depois de negar a possibilidade de tornar dispensável a dogmática da confiança (cf. p. 332) – “é em princípio estranha ao direito português a imputação de danos baseada no exercício de uma actividade profissional *qua tal*”. A cabal compreensão do que aqui fica dito implica que se dê um passo em frente. Na verdade, as palavras do insigne civilista que agora acompanhamos dirigem-se, em primeira linha, à fundamentação da responsabilidade. Ao falar-se de responsabilidade profissional pretende-se saber se ela constitui um magma uniforme de ancoragem da obrigação de indemnização. Percebe-se, portanto, que o problema ganhe especial acuidade em face dos danos patrimoniais puros. Simplesmente, “as objecções que merece a responsabilidade profissional enquanto conceito jurídico-sistemático não impedem entretanto que o exercício de uma profissão constitua um elemento relevante na especificação de um conjunto de deveres a observar sob pena de responsabilidade”. Na linha de LARENZ e CANARIS (*Lehrbuch...* cit., II/2, p. 409), o autor admite que a “profissão tenha uma eficácia intensificadora de deveres”, mas adverte que a actividade profissional não se pode converter em “fundamento auto-suficiente dos deveres”, que são “expressão de exigências jurídicas mais gerais, essas sim derradeiramente fundamentantes, embora susceptíveis de concretização no contexto particular do exercício de uma profissão” – cf. p. 336 e nota 329. V., igualmente, nota 332: “(...) não está vedada a ponderação (...) do recorte ou da imagem social geral de uma determinada profissão para efeito de responsabilidade. (...) O recurso (...) às representações genericamente aceites numa comunidade acerca das exigências colocadas pela actividade profissional coaduna-se com a função do direito delitual de institucionalização de expectativas sociais gerais”. Mais refere CARNEIRO DA FRADA (p. 337) que “a actividade profissional é um ponto de conexão idóneo para a imputação de danos enquanto preenche critérios gerais a atender nos juízos de distribuição dos riscos relevantes como o da introdução ou controlabilidade de um risco, o da capacidade para a sua absorção ou repercussão, e o de saber quem tira primordial proveito da fonte de perigo”. O testemunho serve, pois, para validar dogmaticamente a possibilidade de se relevar – em termos de imputação – a qualidade de profissional que o lesante pode ostentar].

Veja-se, igualmente, LARENZ, “Die Prinzipien der Schadenszurechnung...”, ... cit., p. 378 e ss. Considera o autor que os diversos princípios de imputação – fundamentadores dos *Tatbestände* delituais – se limitam entre si e chama a atenção para o critério objectivo ou típico da negligência, como é compreendido pela doutrina dominante e pela jurisprudência. Pedindo de empréstimo a palavra ao pensador, podemos dizer que “(...) de culpa no sentido estrito do termo só se pode falar tendo em conta as capacidades e possibilidades individuais (...). No direito civil, a jurisprudência aplica o chamado critério objectivo. Para fazer recair sobre o agente a censura basta ter em conta o seu comportamento e

Em tudo isto vai implícito, para lá das considerações de índole dogmática acerca dos contornos das categorias, o reconhecimento do carácter arriscado das sociedades hodiernas. Não basta, de facto, ainda que a nossa perspectiva seja imputacional, que haja preterição dos deveres de cuidado exigíveis para se poder concluir que a lesão foi “causada” pelo sujeito. Ao considerar a complexidade que as eiva, não podemos deixar de ter presente a necessária sobredeterminação condicional que as predica. Ao que acresce a inviabilidade de se continuar a pensar em termos deterministas o mundo. Há, portanto, que partir da ideia de risco. Só que este, longe de ser encarado sob o mero prisma sociológico, deve ser entendido do ponto de vista ôntico-ontológico e axiológico. O risco de que se cura é, afinal, o risco assumido pelo putativo lesante, ou, de outro ângulo, a esfera de responsabilidade que ele, por ser pessoa, titula ao agir. A concepção de acção de que se parte influi, portanto, directamente no modo como vai solucionada a questão dita causal.

Algumas destas ideias ligam-se à última das notas que pretendemos expender antes de dar início à concretização criteriológica há muito anunciada. Na verdade, não basta contemplar a esfera de risco assumida pelo agente de uma forma atomística, desenraizada da tecitura antropológico-social e mundanal em que ele está inserido. Dito de outro modo, e relacionando-se isso com o pertinentemente aceite em matéria de definição da conduta juridicamente relevante, salienta-se aqui que, porque o referencial de sentido de que partimos é a pessoa humana, matizada pelo dialéctico encontro entre o *eu*, componente da sua individualidade, e o *tu*, potenciador do desenvolvimento integral da sua personalidade, há que cotejá-la com a esfera de risco encabeçada pelo lesado, pelos terceiros que compõem teluricamente o horizonte de actuação daquele, e ainda com a esfera de risco geral da vida. Ao que, aliás, não será também estranho o facto de

compará-lo com o que seria expectável ao homem médio ou ao grupo (por exemplo, profissional) em que está inserido. A falta de conhecimentos e habilidades do tipo de agente não o alivia da responsabilidade. Isto significa que, no seio da responsabilidade por culpa, o princípio da garantia (*Garantieprinzip*) tem um papel limitado”, pois “cada um é responsável por garantir o que é típico do grupo em que está inserido”, havendo “uma garantia para os participantes no tráfico”.

Para um outro grupo de situações, v. TILL RISTOW, *Die psychische...* cit., p. 91 e ss., considerando os casos em que a pessoa encabeça uma determinada esfera de risco que motiva, por si, a adopção de um certo comportamento (repare-se que, se nos exemplos a florados pelo autor o polícia, que intervém para cumprir uma missão a que profissionalmente está obrigado, avulta como lesado, nada impede que se chame à colação uma esfera de riscos alargada em função de uma determinada actividade quando a pessoa é o lesante. É que, como o autor aduz, “a polícia naturalmente incorre num âmbito mais vasto de risco do que as outras pessoas”, tendo uma alargada esfera de perigo, em comparação com um cidadão normal – cf. p. 112/113); p. 135, apontando a criação de um especial perigo como fundamento de imputação delitual.

todo o problema vir enervado pela teleologia primária da responsabilidade delitual, ou seja, pelo escopo eminentemente reparador do instituto

É a partir destes dados que se edifica a construção dos critérios de imputação objectiva^{1943 1944}.

¹⁹⁴³ Procuraremos edificar, com apelo aos contributos que fomos visitando anteriormente, critérios de imputação objectiva que venham responder aos problemas que anteriormente eram tratados sob o signo da causalidade.

Veja-se, a este propósito, não tanto pelo carácter inovador do contributo, mas pela síntese que nos oferece, ANTONIO FERNÁNDEZ CRENDE, “Imputación objetiva...”, ... cit.p. 3. Fala o autor, a propósito de um caso decidido pelo STS (26.9.2005 – Ar. 7336), do *critério da provocação*. Na verdade, a imposição da obrigação de indemnizar baseou-se aí na criação ilegítima de um perigo para a vida e não num juízo de probabilidade em que se traduziria a causalidade adequada. Trata-se, no fundo, de um dos critérios que foram sendo forjados para dar resposta ao problema imputacional. O autor, lidando exclusivamente com este arrimo, elenca os restantes por si considerados. A saber [cf. p. 5]: “1) risco permitido ou risco geral da vida, segundo o qual se exclui a imputação dos resultados danosos que sejam realização de riscos ligados de maneira genérica à existência humana e à civilização correspondente; 2) proibição de regresso, que propõe negar a imputação do evento danoso, quando no processo causal iniciado pelo possível responsável se tenha interposto uma conduta dolosa ou gravemente negligente de um terceiro (...); 3) incremento do risco, que nega a imputação do dano à conduta do possível responsável quando esta não tenha aumentado de forma substancial o risco para a vítima; 4) fim de protecção da norma, que exonera a responsabilidade do possível responsável quando o comportamento ilícito decorra da violação de uma norma que não tinha como finalidade proteger o bem jurídico lesado; 5) competência da vítima, que recusa a imputação no caso de o controlo da acção que provocou o dano ser da competência da vítima; 6) provocação (...)”.

A propósito do critério da provocação, o autor diz-nos que ele foi pensado sobretudo para fazer responsável quem tenha criado ilegítimamente um perigo para outra pessoa ou os seus bens pelos danos sofridos durante uma perseguição ou em virtude do comportamento da vítima para proteger os bens jurídicos postos em causa – cf. p. 6. Ademais esclarece que, sendo sobretudo utilizado na jurisdição penal, ele cede sempre que se denote uma grande desproporcionalidade entre o risco assumido com a intenção de salvamento e o valor do bem jurídico posto em perigo e a probabilidade de ele resultar efectivamente salvo. Note-se que, neste caso, segundo o posicionamento explicitado pelo autor, a vítima que pretendeu pôr-se a salvo deveria assumir os danos sofridos por ela mesma ou os causados a terceiros e a pessoa que intentou salvá-la deveria assumir os danos por ela sofridos ou os causados à vítima ou a terceiros. E indica, como sustentáculo do juízo em questão (o qual serve, não só como guia de orientação do decidente, como também do próprio agente, pelo que CRENDE afirma que ele deve ser formulado *ex ante*), a adopção da fórmula de HAND [cf. p. 7-8]. Evidenciando uma profunda influência da análise económica do direito, CRENDE antecipa a resistência de quantos se mostram cépticos em relação a ela, pelo que propõe, em alternativa, para ancorar o referido juízo, outros índices indagatórios, como sejam a assunção do risco da competência da vítima, a existência ou não de culpa exclusiva da vítima e a possibilidade ou não de apreciar a legítima defesa dela (cf. p. 8).

A este propósito, no ordenamento jurídico espanhol, cf., ainda e novamente, Cf. F. PANTALEÓN PRIETO, “Causalidad e imputación objetiva”, *Centenario del Código Civil II*, ...cit., p. 1561 e ss. O autor sistematiza, originariamente, os critérios de imputação objectiva. Influenciado pelas lições do direito penal, PANTALEÓN fala do critério da provocação, da proibição de regresso, do aumento do risco, do risco geral da vida.

¹⁹⁴⁴ Cf. Projecto Austríaco de reforma do direito das obrigações, de 2005: §1294 (1) *Uma acção, uma omissão e qualquer outro evento é causa de um dano quando ele de outro modo não se teria verificado;* (2) *Um dano pode ser imputado a uma pessoa quando ela o causou ou, de todo o modo, a causa se situa no seu campo de acção (...).*

Veja-se, ainda, o Anteprojecto de Revisão Suiço de Reforma da Responsabilidade Civil: artigo 47º *Uma pessoa não está obrigada à reparação senão na medida em que o facto que lhe é imputável estiver numa relação de causalidade jurídica com o dano;* artigo 47º a) *Uma pessoa fica exonerada de toda a responsabilidade se um facto que não lhe é imputável contribui de maneira preponderante para o surgimento do dano ou a sua agravação, nomeadamente um caso de força maior, um comportamento ou um risco característico imputáveis a um terceiro ou à pessoa lesada;* artigo 52º 1) *o Tribunal fixa a extensão dos danos de acordo com as circunstâncias, nomeadamente a gravidade da culpa, a intensidade*

47.1. A assunção de uma esfera de risco

A pessoalidade livre impõe que, ao assumir-se uma determinada esfera de riscos, o outro com o qual nos cruzamos e a partir do qual nos reconhecemos na integral dignidade que nos predica não seja posto de lado. Tal leva à edificação de uma esfera de responsabilidade, a montante, densificada pela ideia de cuidado. O mesmo cuidado que, uma vez obnubilado na actuação concreta, permite cancelá-la de culposa.

Pode, contudo, acontecer que inexista uma concreta esfera de risco que vá para além da comum actuação do sujeito. Importa, nestes casos, ter em conta que a liberdade positiva que se mobiliza co-envolve, pela sua natureza binária e dialéctica, a formar, afinal, uma unidade de sentido, uma esfera de responsabilidade. Esta, pensada a montante, vai actualizar-se a jusante pela preterição de determinados deveres de conduta que unem cada um ao seu semelhante no encontro no mundo¹⁹⁴⁵. Simplesmente, aquela esfera pode não ser suficientemente definida para justificar o alicerce de um juízo imputacional.

do risco imputáveis à pessoa lesada e ao responsável, e as medidas adoptadas pelo lesado para afastar ou reduzir o dano; 2) pode excepcionalmente ter em conta a situação económica das partes e o facto de estarem ou não cobertas por um seguro

Cf. *Revisión et unificación du droit de la responsabilité civile. Avant-projet de loi fédérale* (par Pierre WIDMER e PIERRE WESSNER). Cf., ainda, WESTER-OUISSE, “Définition de la causalité dans les projets européens sur le droit de la responsabilité”, ... cit., considerando que os suíços juntam, à lógica abstracta, um exame relativamente ao grau de culpabilidade do autor, fim de protecção da norma e carácter previsível do dano.

¹⁹⁴⁵ A este propósito não esquecer a lição de HENRI MAZEAUD, “Essai de classification des obligations: ...”, cit., p. 38 e ss., falando de obrigações que existem quer no domínio contratual, quer no domínio delitual e considerando que importa analisar o conteúdo desta obrigação para depois abordar o problema da responsabilidade (cf. p. 41). O autor fala, assim, de uma obrigação geral de prudência e diligência, que é susceptível de conhecer múltiplos conteúdos. Inserido num sistema aquiliano diverso daquele que nos orienta, MAZEAUD viria a aduzir que, no caso da obrigação de prudência e diligência, é necessário que se verifique uma *faute*, não se exigindo o mesmo no tocante às obrigações determinadas, porque, aí, esta constata-se quase automaticamente, não se exigindo um exame da sua conduta. Note-se, porém, que a *faute* vem então definida, no caso das obrigações de diligência, como “um erro de conduta que não teria sido cometido por uma pessoa avisada”.

Pese embora a referência, sabemos de antemão que, aos nossos olhos, não pode haver confusão entre a culpa e a ilicitude ou entre aquela e o que tradicionalmente vem designado por causalidade.

Veja-se, também, quanto ao ponto MARK A. GEISTFELD, “Social value as a policy-based limitation of the ordinary duty to exercise reasonable care”, *Wake Forest Law Review*, vol. 44, p. 899 e ss., falando de um dever universal de cuidado relativamente ao “vizinho” (*universal duty of care owed by persons to their neighbors*), que foi limitado jurisprudencialmente pelo requisito da previsibilidade. Isto é, “quem cria com uma conduta um risco previsível de dano físico tem o dever de assumir o dever de cuidado relativamente àqueles que podem ser previsivelmente lesados pela conduta”.

Importa, por isso, curar da circunscrição de uma esfera de risco a partir da qual se desenhará a imputação objectiva de um certo dano (primário) a uma conduta do pretense lesante^{1946 1947}.

Uma vez encabeçada, pode determinar que o agente assuma específicos deveres de segurança no tráfego que, em concreto preteridos, fazem desvelar a culpa dele. Mas o juízo imputacional pode, simplesmente, resultar do desvio previamente constatado do comportamento exigível e expectável, face às circunstâncias, a e de um homem médio, sem que isto signifique que, previamente, inexistisse uma esfera de responsabilidade que, agora, se torna actuante^{1948 1949 1950 1951}.

¹⁹⁴⁶ Cf., quanto ao ponto, CHRISTIAN VON BAR, *The Common European...* cit., p. 476, falando, no âmbito da causalidade, dos diversos deveres de prevenção de situações de perigo.

¹⁹⁴⁷ Cf. WERNER ROTHER, “Rezension: Jürgen Hübner, Schadenszurechnung nach Risikosphären”, *Archiv für die civilistische Praxis*, 175, Heft 6, 1975, p. 535 e ss.

¹⁹⁴⁸ FIKENTSCHER, *Schuldrecht*, ... cit., p. 744, sistematiza as fontes do dever de agir, falando da lei, de um contrato, das concretas relações de vida (comparticipação num círculo de risco, como ocorre no caso das relações de parentesco, amizade, etc) e de uma acção anterior. Esta torna-se juridicamente relevante a partir do momento em que eleve o perigo ou em que consubstancie a aceitação fáctica de uma responsabilidade.

Afastada que seja a perspectiva que cinde em termos estanques a acção e a omissão (cf. SINDE MONTEIRO, *Responsabilidade por conselhos...* cit., p. 310, considerando que a diferença entre a violação de um dever de agir resultante de uma acção anterior geradora de perigos e o dever de omitir um comportamento perigoso é muitas vezes evanescente, criando-se deveres de segurança cujo objecto é um agir positivo e não uma omissão; VON BAR, *Verkehrspflichten...* cit., p. 156 e ss., mostrando a proximidade estrutural que existe entre os casos de omissão e aqueles outros de lesões indirectas), podemos dizer que os deveres de segurança no tráfego podem emergir ou no horizonte de uma acção potenciadora do risco, ou no quadro de aceitação de uma responsabilidade, isto é, no âmbito de uma específica comunidade de perigo assumida.

Veja-se, igualmente, CHRISTIAN VON BAR, “Entwicklungen und Entwicklungstendenzen im Recht der Verkehrs(sicherungs)plichten”, *Juristische Schulung*, 28. Jahrgang, 1988, Heft 3, p. 169, que, considerando os diversos deveres do tráfego e buscando o fundamento para a sua emergência, fala de um âmbito de confiança (*Vertrauenserwartungen*), das obrigações profissionais (*Berufspflicht* – cf. p. 171) e do encerramento do tráfego (*Verkehrsschließung*) como cumprimento de um dever. Mais uma vez se torna evidente a clara remissão para o problema das omissões em direito civil, tanto assim que o autor esclarece que o conceito de dever na moderna responsabilidade por omissões não se baseia no princípio da ingerência, bastando que, na área de experiência profissional ou nas imediações do direito familiar, tenha havido uma fonte de perigo. Mas não menos certa é a ponderação do problema da violação do dever no tráfego (*Haftung für Verkehrspflichtwidrigkeit*) como responsabilidade pela intervenção ilícita indirecta (*Haftung für rechtswidrige mittelbare Eingriffe*). Cf., ainda, T. RAAB, “Die Bedeutung der Verkehrspflichten und ihre systematische Stellung im Deliktsrecht”, ... cit., p. 1041 e ss., considerando que os deveres do tráfego avultam prestimosos ao nível da responsabilidade pela segurança da esfera de domínio, quando existe uma acção prévia arriscada ou quando se assume uma determinada tarefa; e CHRISTIAN VON BAR, *The Common European Law...* cit., p. 423, dando nota, a propósito dos problemas suscitados em torno da causalidade, do princípio segundo o qual “aquele que cria uma fonte de perigo deve adoptar todas as medidas razoáveis para prevenir os danos para terceiros”.

O que aqui vai aflorado requer que posteriormente se tenham considerações acerca da problemática dos deveres do tráfego. Na verdade, só assentando em determinadas características deles estaremos em condições, primeiro, de entender cabalmente o testemunho dos autores que aqui citamos, e, segundo, de perceber em que medida se deve ou não circunscrever o âmbito de relevância da categoria a situações específicas. Isto é, em que medida distam sobremaneira ou não as duas hipóteses afloradas.

Veja-se, ainda, sobre o ponto, ANTUNES VARELA, “Comentário ao Ac. STJ de 26 de Março de 1980”, *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, nº114, 1981, p. 76 e ss.; VON BAR, *Verkehrspflichten...* cit., p. 46 e ss.; MENEZES CORDEIRO, *Da Boa Fé...* cit., p. 833, considerando as linhas evolutivas dos deveres do

tráfego (de salvaguarda contra perigos próprios de locais públicos passou-se, numa primeira fase, para a prevenção de riscos atinentes a sítios privados quando seja de prever intromissões de pessoas no local; para depois se abarcarem os danos causados por terceiros em conexão com o âmbito do garante, e, numa terceira fase, os perigos provocados pela actuação dolosa de terceiros sobre a coisa).

Importa, por isso, notar que os deveres do tráfego surgem, amiúde, conotados com obrigações de natureza activa, disso se distinguindo dos deveres de conteúdo negativo, que saíam da alçada destas hipóteses delitualmente relevantes. O dever de não lesar direitos alheios não teria, portanto, segundo esta visão restritiva, a mesma natureza dos deveres do tráfego. Simplesmente, porque a linha de fronteira entre a acção e a omissão nem sempre é nítida e porque a raiz de emergência de uns e de outros pode ser encontrada no mesmíssimo dever de respeito para com o semelhante, pilar de sustentação da personalidade livre, e como tal integrante de uma noção de responsabilidade pensada como indissociável daquela, cremos não ser despropositado assumir-se uma visão ampla que abarque todas as situações.

¹⁹⁴⁹ É óbvio que o desvio a que nos referimos pressupõe, de acordo com aquele que vem sendo o nosso entendimento, uma esfera de responsabilidade definida a montante (como corolário da personalidade livre). Conseguem-se, no entanto, traçar diferenças entre algumas situações de base. Para tanto importará lidar com o conceito de deveres do tráfego e perceber a não univocidade dele. *Infra*, abraçaremos essa tarefa. Por ora, e a propósito de uma possível sua classificação, cf. VON BAR, *Verkehrspflichten...* cit., p. 83 e ss., falando de deveres directos (aviso, instrução e proibição) e indirectos (controle do perigo, escolha, organização, guarda, assistência, *inter alia*). Os primeiros garantiriam que o lesado assumisse a autoresponsabilidade pelo perigo; os segundos envolveriam a actuação do próprio lesante.

Veja-se, ainda, MENEZES CORDEIRO, *Da Boa Fé...* cit., p. 834 (deveres destinados a possibilitar ao ameaçado enfrentar o perigo, como sejam os deveres de aviso, de proibição de acesso ao local perigoso, e de instrução; deveres de actuação sobre o foco do perigo, tais como os deveres de controlo do perigo, deveres de escolha criteriosa de pessoas que lidem com o perigo, deveres de vigilância, deveres de organização, deveres de formação e de participação, deveres de cuidado e de assistência).

¹⁹⁵⁰ Sobre o ponto, cf. NICHOLAS J. MCBRIDE, “Duties of care – do they really exist?”, *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 24, nº3, 2004, p. 417-441. O autor, a propósito dos deveres de cuidado, afirma que há duas perspectivas a partir das quais os podemos encarar: a) *cynical perspective*, nos termos da qual se considera que A não tem um dever de cuidado para com B, mas é chamado a pagar uma indemnização se o último sofrer um dano em virtude da falta de cuidado do primeiro; b) *idealistic view*, a defender que A tem um dever de cuidado para com B e tem-no realmente. A primeira posição, remontando ao pensamento que OLIVER WENDELL HOLMES (*The Common Law*, 1968) desenvolveu no domínio contratual, é criticada por MCBRIDE, que lhe aponta a natureza paradoxal e invoca, como argumento complementar, a *law of injunctions* (cf. p. 425 e 427). Em contraposição, aduzem-se argumentos a favor dela, como seja o facto de a adesão à visão idealista multiplicar os deveres com que cada um seria onerado e de não ser plausível afirmar que existem deveres entre estranhos. V., para a refutação do argumento, J. GOLDBERG E B. ZIPURSKY, “The Restatement (Third) and the Place of Duty in Negligence Law”, *Vanderbilt Law Review*, nº54, p. 657 e ss., aqui 742 e ss., cuja consulta foi viabilizada pela indicação bibliográfica a que tivemos acesso pelo estudo de MCBRIDE. O pensador adianta, a este ensejo, que a classificação tripartida das obrigações leva a que muitos adoptem a posição cínica e mostra como a adesão a uma ou outra visão do problema delitual não deixa incólumes as soluções a que se chega em concreto. Assim, e no tocante à causalidade, cf. p. 430. No exemplo aí apresentando (*Reeves v. Commissioner of Police of the Metropolis*), o polícia tinha a seu cargo um prisioneiro e impedia sobre si o dever de evitar que ele cometesse suicídio. O agente de autoridade violou o seu dever e o prisioneiro, aproveitando a distração, matou-se. Argumentou-se que a conduta do polícia não foi causa da morte, mas a *House of Lords* rejeitou tal entendimento. Se A tem um dever de cuidado em relação a B, os Tribunais vão assegurar que não foi dada a A uma opção para ser descuidado. Já de acordo com os cínicos, A tem a opção para ser descuidado.

¹⁹⁵¹ Sobre o ponto, cf. GERT BRÜGGEMEIER, “Judizielle Schutzpolitik de lege lata – Zur Restrukturierung des BGB – Deliktsrechts”, *Juristenzeitung*, 1986, p. 971. Tendo em conta o incremento dos riscos inerantes à nova sociedade industrializada e as novas formas de racionalidade jurídica – comunicantes com a estrutura delitual –, o autor analisa o impacto dessas mutações no quadro de reestruturação do BGB. Assim, o § 823 I surge como *Tatbestand* de obrigações de comportamento para protecção de interesses jurídicos tutelados. E se não deixa de reconhecer a problematicidade inerente à questão da inserção sistemática dos deveres do tráfego no § 823 I, II ou num não escrito § 823 III, BRÜGGEMEIER afirma, sem hesitações, que as três cláusulas delituais do BGB podem ser vistas como *Steuerungsmechanismus* (§ 823 I – *Steuerung über den Markt* – a liberdade de comportamentos dos participantes do mercado e a integridade corporal e real são postas em diálogo; § 823 II – *Steuerung durch Politik*; § 826 – *Steuerung durch Moral*). No seu escrito, o autor intenta explicar que o domínio da

Podemos, portanto, concluir que a pessoa, ao agir, porque é livre, assume uma *role responsibility*, tendo de, no encontro com o seu semelhante, cumprir uma série de deveres de cuidado. Duas hipóteses são, então, em teoria, viáveis: ou a pessoa actua investida num especial papel/função ou se integra numa comunidade de perigo concretamente definida e, neste caso, a esfera de risco apta a alicerçar o juízo imputacional fica *a priori* desenhada¹⁹⁵²; ou a esfera de risco/responsabilidade que abraça não é suficientemente definida para garantir o acerto daquele juízo. Exige-se, por isso, que haja um aumento do risco, que pode ser comprovado, exactamente, pela preterição daqueles deveres de cuidado. Estes cumprem uma dupla função. Por um lado, permitem desvelar a culpa (devendo, para tanto, haver previsibilidade da lesão e exigibilidade do comportamento contrário tendo como referente o homem médio); por outro lado, alicerçam o juízo imputacional, ao definirem um círculo de responsabilidade, a partir do qual se tem de determinar, posteriormente, se o dano pertence ou não ao seu núcleo.

Lidando-se com a responsabilidade por culpa, constatamos, ainda superficialmente, que a questão imputacional andarà ligada à desvelação daquela, sem que haja simbiose entre os termos, ou seja, pode o epicentro da imputação objectiva residir na imputação subjectiva firmada, sem que, contudo, os dois planos se

ideia de autodeterminação e de mercado fez com que o modelo delitual típico do século XIX se ancorasse na violação dos direitos, mas ele acaba por se tornar insuficiente num mundo cada vez mais complexo. Diríamos, em sintonia com o que aqui se colhe, que não só isso justificou o aparecimento de outras previsões delituais como, na interpretação da cláusula responsabilizatória central, não podemos deixar de ser transcendidos pela remissão para os princípios informadores da personalidade, em oposição ao individualismo que, com assento histórico, esteve na base da cristalização de certos modelos delituais. Em consonância com o que afirmámos na parte histórica da nossa investigação e justificámos metodologicamente, cremos que a chamada à colação dos diversos deveres do tráfego não pode senão ser vista como imprescindível em termos dogmáticos.

¹⁹⁵² É possível que a preliminar esfera de risco se desenhe sem que haja preterição dos deveres de cuidado? A resposta, comportando novamente o afastamento do finalismo, não pode deixar de ser positiva. Ilustremo-la, pois, com um exemplo.

A organiza um espectáculo musical numa praça da cidade onde vive, sabendo que, sem restrições à entrada, porque realizado num espaço público, ocorrerão muitos populares ao local. Assume com isso uma esfera de risco, devendo providenciar no sentido de prover pela segurança das várias pessoas e dos seus bens de natureza patrimonial. Isto independentemente de posteriormente se ter de, caso ocorra alguma lesão, verificar se se violou ou não um dever de cuidado, denotador da negligência do agente.

A este propósito, cf. o caso *Kelly v. Gwinnell*, discutido e decidido pelo Supremo Tribunal de New Jersey (*apud* MARK A. GEISTFELD, “Social value as a policy-based limitation of the ordinary duty to exercise reasonable care”, *Wake Forest Law Review*, vol. 44, p. 899 e ss., p. 908 e ss. O Tribunal considerou que o anfitrião é responsável perante os terceiros que são lesados no acidente que envolve os convidados embriagados. Mais entendeu que a) existiu uma acção do lesante que criou um risco não razoável do dano para o lesado; b) o risco era previsível; c) o risco resultou numa lesão que também era previsível. Assumindo que existia um dever a onerar o organizador da festa, a questão da responsabilidade passa a ser em que medida era ou não razoável ter de prevenir a embriaguez dos convidados tendo em conta a previsibilidade do dano).

confundam. Condicionam-se dialecticamente, é certo, não indo ao ponto de se identificar¹⁹⁵³.

O condicionamento dialéctico de que se dá conta passa pela repercussão do âmbito de relevância da culpa em sede de imputação objectiva. Isto é, a partir do momento em que o agente actua de forma dolosa, encabeçando uma esfera de risco, as exigências comunicadas em sede do que tradicionalmente era entendido como o nexos de causalidade atenuam-se.

Um dos indícios suficientemente fortes da não fungibilidade¹⁹⁵⁴ dos termos passa, exactamente, pela constatação da manutenção das exigências causais mesmo

¹⁹⁵³ A este ensejo, cf. PHILIPPE BRUN, “Causalité juridique et causalité scientifique”, *Les distorsions du lien de causalité en droit de la responsabilité civile*, *Revue Lamy Droit Civil*, 2007/40, n°2630, n°27

¹⁹⁵⁴ Cf. LOTHAR VOLLMER, “Haftungsbefreiende Übertragung von Verkehrssicherungspflichten – Ein Problem der Haftungszurechnung und- Kanalisierung”, *Juristenzeitung*, 1977, p. 371 e ss., falando de situações da vida nas quais alguém por ser proprietário ou detentor de uma coisa ou de uma área de organização ou por causa da sua profissão deve adoptar determinadas medidas para afastar o perigo. Note-se que, de acordo com o enfoque dispensado ao problema dos deveres no tráfego pelo autor, extrapolamos a sindicância da culpa a este ensejo, como se poderá constatar pela questão analisada no estudo. De facto, pergunta-se se o cumprimento do dever no tráfego pode ser executado por um terceiro a quem o onerado pelo dever comete a missão. Sobre o ponto, cf., igualmente, entre nós, CARNEIRO DA FRADA, *Direito Civil...* cit., p. 74; ADELAIDE MENEZES LEITÃO, *Normas de protecção...* cit., p. 591. V., também, MENEZES CORDEIRO, *Da Boa fé...* cit., p. 835, considerando que, no caso de violação de deveres no tráfego, estaríamos diante de um caso de responsabilidade contratual, o que vem mostrar a cisão entre as duas problemáticas. Em sentido contrário, inserindo a hipótese juridicamente relevante na responsabilidade extracontratual, v. SINDE MONTEIRO, *Responsabilidade por conselhos...* cit., p. 318 e ss. e ADELAIDE MENEZES LEITÃO, *Normas de protecção...* cit., p. 597.

A problemática dos deveres do tráfego não se esgota, portanto, no juízo culpabilístico como aqui bem se patenteia. Mas importa, ainda, frisar, por um lado, que os deveres de segurança no tráfego não são sinónimo de deveres do tráfego, categoria mais ampla a que aludiremos, e, por outro lado, que haveremos de cuidar, embora a título incidental, das específicas situações em que é a coisa ou a área de organização o pólo dinamizador do fluxo causal conducente ao dano.

Adiantem-se, contudo, alguns esclarecimentos adicionais. Na verdade, se a culpa não se esgota na preterição dos deveres do tráfego, é bom não esquecer que eles podem ser chamados a depor no sentido da concretização do juízo de censura que sobre o agente se derrama. Sobre o ponto, cf. LARENZ/CANARIS, *Lehrbuch...* cit., II/2, p. 402 e 407, considerando que os deveres em apreço se ligam a uma ideia de prevenção ou afastamento do perigo (*Gefahrvermeidungs- und- abwendungspflichten*) e evidenciando que, ao nível das condutas activas, servem para concretizar o cuidado exigível nos termos do § 276 BGB. Também ADELAIDE MENEZES LEITÃO (*Normas de protecção...* cit., p. 684) mostra a relação íntima entre os deveres do tráfego e o cuidado exigível. Mas sublinham os autores citados que a violação das obrigações de segurança no tráfego não se confunde com a culpa – cf. LARENZ/CANARIS, *Lehrbuch...* cit., II/2, p. 369 e 426. Como índice da cisão encontramos o facto de a culpa, no quadro do § 823 I BGB, se ter de referir à violação dos bens jurídicos e não simplesmente à contravenção do dever. Sobre o ponto, v., entre nós, SINDE MONTEIRO, *Responsabilidade por conselhos...* cit., p. 318 e LARENZ, *Lehrbuch...* cit., I, p. 618. Veja-se, igualmente, sobre o ponto, ADELAIDE MENEZES LEITÃO, *Normas de protecção...* cit., p. 683, perguntando se a violação negligente de um dever do tráfego é um pleonismo, devido à identidade de conceitos ao nível da culpa e da ilicitude.

In fine, veja-se, sobre o ponto, e sem embargo de ulteriores explicitações acerca da categoria dogmática dos deveres do tráfego, LARENZ/CANARIS, *Lehrbuch...* cit., II/2, p. 407 e ss., considerando que tais deveres podem surgir no quadro da responsabilidade por uma esfera, pela assunção de uma tarefa ou em virtude de uma acção antecedente, e que a medida de cuidado devido só pode ser determinada tendo em conta factores como o esforço para evitar o dano, os custos económicos, a perda de tempo e o emprego da força de trabalho. Assim, quanto maior for o perigo e o dano e quanto menor for o esforço para o evitar, mais acutilantemente se manifesta o dever de afastar o perigo. Veja-se, ainda, p. 413, onde os autores,

quando haja dolo directo por parte do pretensu lesante. Haverá, para além deste, outros argumentos a mobilizar no sentido da cisão categorial. Na verdade, basta pensar que, ainda que os deveres de segurança no tráfego ou deveres do tráfego¹⁹⁵⁵ sejam chamados a fundar o juízo culpabilístico e o juízo imputacional objectivo, os papéis por eles cumpridos num e noutro caso não se confundem^{1956 1957 1958}. Do mesmo modo, se

considerando que quem abre um tráfego público fica obrifado a evitar lesões para terceiros, analisam uma situação prática. Assim, o morador de uma rua não está obrigado a espalhar sal defronte do seu terreno, ainda que o pudesse fazer com facilidade, porque não é ele que abre ou tolera o tráfego no passeio; mas já terá esse dever o proprietário de um estabelecimento comercial que, ao atrair cliente e aumentar o afluxo de peões, aumenta o risco ao mesmo tempo que dali retira uma vantagem

¹⁹⁵⁵ Note-se que os autores apontam para a não perfeita sinonímia entre os dois conceitos. Assim, cf. CHRISTIAN VON BAR, *Verkehrspflichten...* cit., p. 43 e ss.; ID., “Entwicklungen und Entwicklungstendenzen im Recht der Verkehrs(sicherungs)plichten”, *Juristische Schulung*, 28. Jahrgang, 1988, Heft 3, p. 169 e ss., considerando que a *Verkehrssicherungspflicht* é apenas uma parte do círculo de *Verkehrspflichten* existentes; LARENZ/CANARIS, *Lehrbuch...* cit., II/2, p. 399 e ss.; ADELAIDE MENEZES LEITÃO, *Normas de protecção...* cit., p. 571/572, nota 1520; SINDE MONTEIRO, *Responsabilidade por conselhos...* cit., p. 311, nota 490; MENEZES CORDEIRO, *Direito das Obrigações...* cit., II, p. 833 e ss.; ID., *Da Boa fé...* cit., p. 832, nota 673; LAURENZ VOSS, *Die Verkehrspflichten...* cit., explicitando a evolução da *Verkehrssicherungspflicht* até à *Verkehrspflicht*. Os deveres de segurança no tráfego incluir-se-iam no conceito mais vasto de deveres no tráfego. Os primeiros apontariam no sentido de salvaguarda do outro diante da criação de uma fonte de perigo, isto é, traduzir-se-iam em deveres destinados à protecção do público em geral. A categoria mais ampla dos deveres no tráfego incluiria também deveres mais genéricos, como por exemplo os deveres dos produtores para com os consumidores, os deveres dos polícias com os manifestantes, entre outros.

¹⁹⁵⁶ Mostrando a importância da categoria a este nível, cf. TILL RISTOW, *Die psychische Kausalität...* cit., p. 126 e ss. Lidando com a causalidade psicológica, e procurando solucionar os casos de intervenção pelo concreto dever de controlo do perigo do primeiro agente (*Dazwischentreten bei gegenständlichen Gefahrenkontrollpflichten des Erstverursacher*) – isto é, casos em que o primeiro agente detém o controlo sobre uma concreta fonte de perigo e viola um dever de conduta/ dever do tráfego, intervindo um segundo agente que, com a sua conduta, causa o dano, que repousa naquela fonte de perigo –, RISTOW afirma que o primeiro sujeito é responsável pela violação de uma *Verkehrssicherungspflicht*, apesar de apenas contribuir indirectamente para a lesão que, na realidade, emerge por acção do lesado. Note-se que, tal como o autor explicita, não se trata, aqui, de uma situação de causalidade psicológica no sentido próprio do termo, levando-o, inclusivamente, a adiantar, em abono da nossa chamada à colação do pensamento, que “a delimitação da causalidade psicológica relativamente aos casos normalmente discutidos sob a óptica da violação de um dever do tráfego é difícil”, sendo certo que estes emergem nas lesões indirectas. V. p. 135, indicando como fundamento da imputação, nestes casos, a criação não controlada de uma situação perigosa e a violação de um dever do tráfego, já que “quem abre uma fonte de risco tem de tomar as medidas de precaução necessárias e razoáveis para que ele não se concretize numa lesão dos outros”, e sublinhando que “quando o segundo agente (*Zweitverursachen*) é menor são maiores as exigências no que toca às medidas de segurança que devem ser adoptadas”; e p. 136, apresentando os limites à imputação (o dano tem de consistir na realização do perigo contra o qual o dever do tráfego protegia e o segundo agente tem de estar incluído naquele âmbito de protecção pessoal).

No mesmo sentido, cf., também, VON BAR, *Verkehrspflichten...* cit., p. 54 e ss.; LARENZ/CANARIS, *Lehrbuch...* cit., II/2, p. 410 e ss.

Note-se que, não sendo divergente o fundamento imputacional, ele acaba por não ser assumido em termos generalistas, mas mobilizado, unicamente, para fazer face a situações pontuais, nisto distando o pensamento dos autores aqui chamados à liça da concreta proposta que tentamos edificar. A mobilização do critério por TILL RISTOW acaba por ser, no entanto, mais abrangente do que aquilo que se poderia supor. Na verdade, a páginas 146, fala dos casos de *Dazwischentreten bei Unterlassung einer hinreichenden Sicherheitsvorkehrung durch den Erstverursacher* (intervenção pela omissão de cumprimento de uma disposição de segurança pelo primeiro agente), ou seja, das situações em que o primeiro agente não cumpre uma disposição de segurança relativamente a uma fonte de perigo que emerge da sua esfera e o segundo agente adopta, na sequência disto, uma conduta que lesa um terceiro, sendo certo que aquela disposição de protecção visava, precisamente, evitar aquele dano. Em vez do

tratamento do problema à luz da interrupção do nexos causal, RISTOW abraça uma perspectiva normativa que parte da constatação da violação do dever do tráfego. Cf. p. 169 e ss. Mais uma vez, o fundamento da imputação encontra-se, exactamente, na preterição do dever do tráfego, que visava proteger o terceiro contra a actuação do segundo agente. Nas suas palavras, tal ocorre quando “o primeiro agente está obrigado a um dever de segurança em face de uma fonte de perigo concreta e o perigo de lesão existe através da actuação do segundo agente”. Continuando a acompanhar a exposição do autor, RISTOW esclarece que se exige uma dupla segurança (*doppelte Sicherung*): a) *Sicherung der Gegenstandsgefahr* (em relação a uma fonte de perigo própria); b) *Sicherung der Personengefahr* (medida de segurança contra actuações não autorizadas), isto é, emerge um secundário dever do tráfego que está em conexão directa com o dever primitivo. Esta duplicidade avulta quando o primeiro agente cria uma concreta fonte de perigo por cuja segurança é responsável e existe o perigo também concreto de intervenção de um segundo agente que possa lesar um terceiro, ou quando existe o perigo abstracto de abuso da concreta fonte de perigo. Uma terceira situação (p. 170) sugere que o primeiro agente é onerado com um dever de segurança por criar e assumir uma fonte de perigo de lesão de terceiros. É, por exemplo, o caso em que o sujeito organiza eventos em massa (e não ajuntamentos de massas). Próximas destas constelações estão aquelas em que o primeiro agente viola uma disposição de segurança com que estava onerado e o segundo agente aproveita a situação para lesar um bem jurídico, actuando na maioria das vezes de forma intencional – *Dazwischentreten bei Beeinträchtigung einer bestehenden Sicherungsvorkehrung durch den Erstverursacher* (p. 172 e ss.); as situações em que há intervenção pela criação de uma fonte de perigo através do primeiro agente (*Dazwischentreten bei Schaffung einer Gefahrenlage durch den Erstverursacher* – p. 205), ou seja, o primeiro agente cria uma fonte de perigo concreta que tem de controlar e o segundo agente gera, com a sua actuação, uma nova fonte; as situações em que o primeiro agente detém em relação ao segundo um estatuto de autoridade e fornece uma informação errada, por meio da qual o último provoca o dano, podendo-se concluir que o dano se produz na própria esfera do primeiro – *Dazwischentreten bei Autoritätsstellung des Erstverursachers* (p. 211 e ss.); as situações em que o primeiro agente cria ou conserva uma fonte de perigo pela violação de um dever no tráfego, que representa para o bem jurídico, sem a intervenção do segundo agente, um perigo abstracto.

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

¹⁹⁵⁷ A propósito dos deveres do tráfego, na sua relação com os problemas imputacionais, cf. LAURENZ VOSS, *Die Verkehrspflichten...* cit., p. 54, considerando que eles permitem tornar conhecido o ponto em que termina o âmbito da responsabilidade do lesante e onde começa a autorresponsabilidade do lesado; BRÜGGEMEIER, *Haftungsrecht...* cit., p. 76 e ss., chamando à colação os deveres do tráfego para lidar com situações de violação indirecta de bens jurídicos [entre os quais contempla a) os casos em que a conduta é negligente mas se verifica igualmente a impropriedade do comportamento do lesado ou de um terceiro; b) os casos em que se verificam danos por ricochete, como nas situações de choque nervoso e nos *cable cases*, relativamente aos quais se deve questionar se existe ou não um *Haftungszusammenhang* e se indaga em que medida o problema deve ser equacionado em sede de causalidade ou sem sede de *duty*, numa abordagem que só faz sentido por remissão para o quadro de pensamento da *Common Law*, com o qual o autor dialoga [sobre o ponto, cf., ainda, CHRISTIAN LAPOYDE DESCHAMPS, “La réparation du préjudice économique pur en droit français”, *Revue internationale de droit comparé*, année 50^o, n^o2, 1998, p. 367 e ss., em especial p. 373, considerando que os danos por ricochete colocam um problema de causalidade e que a dificuldade diz respeito tanto à causalidade anterior ao dano como à causalidade posterior, uma vez que a causa do dano é determinada e o responsável é designado e devemos indagar quais as consequências que devem ser reparadas]; c) casos de danos à distância (*Entfernte Erstverletzungen*), entre os quais se integra o problema da responsabilidade do produtor] e afirmando que o conceito, um dos mais enigmáticos da responsabilidade por negligência, anda paredes-meias com a noção de nexos de imputação ou de nexos de responsabilidade. Veja-se, ainda, na mesma obra p. 91 e ss. Tomando como referência as considerações gerais acerca da negligência e os três grupos de casos abordados, sustenta que a negligência é cega para as consequências (*Fahrlässigkeit als Schuldform ist bling gegen die Folgen*): não se aplicando o conceito de desvio da vontade na apreciação da culpa ao nível do direito civil, ela envolve apenas um veredicto acerca do comportamento humano que não se adequa ao dever de cuidado exigível, traduzindo-se na ausência de dever de cuidado atentas as circunstâncias. Isto não implica qualquer declaração sobre os deveres de comportamento positivos e questões mais complexas de imputação. Na verdade, tradicionalmente, o fundamento da responsabilidade

alguma relevância tiver aqui a previsibilidade, o referente a que se dirige numa e noutra situação será também divergente.

era transmitido pela causalidade negligente e as questões imputacionais (*Zurechnungsfragen*) apenas se levantavam para limitar a indemnização (ao nível da *Haftungsausfüllung*), sendo a causalidade oferecida por uma tríade de teorias – as nossas conhecidas doutrinas da *conditio sine qua non*, fórmula da equivalência e doutrina da adequação. Simplesmente, a complexificação da vida traz consigo um acréscimo de problematidade ao nível da imputação e as doutrinas clássicas não lograram dar resposta satisfatória. Ao nível das lesões negligentes indirectas (*mittelbaren Fahrlässigkeitsdelikten*), torna-se fulcral que a fundamentação da responsabilidade seja acompanhada por uma decisão normativa sobre a imputação. Por isso, segundo o autor, a ideia de previsibilidade acaba por estar presente quer na indagação respeitante à imputação, quer na indagação atinente à negligência. O grande erro desta abordagem foi ter transformado a imputação normativa numa questão perspectivada empírico-descritivamente, sendo que *ex post* é sempre possível falar de previsibilidade, ao mesmo tempo que acaba por haver uma confluência entre categorias dogmáticas. Por isso, se torna tão importante a chamada à colação da finalidade de protecção da norma e do nexu de ilicitude. Neste ensejo, na segunda metade do séc. XX os deveres do tráfego assumem uma importância crescente.

¹⁹⁵⁸ Para reforçar a ideia de que a partir da preterição de certos deveres do tráfego – cuja obliteração permite ancorar o juízo de culpa – se podem esboçar os contornos externos de uma esfera de responsabilidade a partir da qual vai pensada a *imputação*, lembre-se que, mesmo no quadro do pensamento tradicional, onde a categoria *causalidade* continua a ser dominante, a constatação da culpa do agente viabiliza a presunção da segunda (cf., com uma afirmação no mesmo sentido, CHRISTOPHE QUÉZEL-AMBRUNAZ, *Essai sur la causalité...* cit., p. 236 e nota 1). O problema, contendendo com aspectos a que ainda não nos dedicamos, será considerado *infra*. Não obstante, e independentemente das posições doutrinárias e jurisprudenciais que aí serão chamadas à liça, importa considerar, por ora, o disposto no artigo 493º CC. Sabemos de antemão qual o entendimento que dispensamos ao citado preceito. A dilucidação dele implicará maiores desenvolvimentos que posteriormente recuperaremos. Por ora, importa, ainda que alertando para a remissão, lembrar que alguns daqueles que olham para a norma no sentido de ver nela uma simples presunção de culpa entendem que ela consubstancia também uma presunção de causalidade. Cf., novamente, HENRIQUE SOUSA ANTUNES, *Responsabilidade civil dos obrigados...* cit., p. 270 e ss., considerando que ali se consagra uma presunção de culpa e de causalidade; ANA MARIA TAVEIRA DA FONSECA, “Responsabilidade civil pelos danos causados pela ruína de edifícios e outras obras”, *Novas Tendências da Responsabilidade Civil*, Almedina, Coimbra, 2007, p. 126 e ss., falando de uma presunção de culpa, de causalidade e de ilicitude. Sobre o ponto, veja-se, ainda, BRANDÃO PROENÇA, “Balizas Perigosas e responsabilidade civil – Ac. do STJ de 26.2.2006, Proc. 3834/05”, *Cadernos de Direito Privado*, nº17, 2007, p. 32 e ss. (afirmando que as presunções de culpa partem de uma certa realidade alegada, como seja a conexão factual-causal entre o dano e a coisa sujeita a uma esfera de vigilância. Adianta, ainda, o autor que “a presumida responsabilidade, no tocante ao artigo 493º/1, não deriva da imputação causal do dano à coisa móvel ou imóvel, nem de se ter agido com ela mas da falta de controlo no seu agir danoso”, mas, no que respeita à defesa aberta pelo preceito, “parece prender-se mais com a invocação da causa virtual do que com o relevo da diferente conduta alternativa lícita ou com a falência de um dos elementos do dever de diligências, concebido segundo as normas protectoras ou os deveres de protecção, dotados de um certo escopo”).

A este propósito, retomemos as considerações de CHRISTOPHE QUÉZEL-AMBRUNAZ, *Essai sur la causalité...* cit., p. 233, defendendo que a causalidade e o *fait defectueux* devem ser distinguidos, sendo, contudo, inegável que a apreciação da causalidade é influenciada pela defeituosidade. Para o autor, a causalidade não só implica a imputação de um dano a um comportamento humano, como pressupõe que esse mesmo comportamento esteja contaminado por uma defeituosidade. Cf., também, p. 236 e ss., onde o autor considera que a juridicidade da causalidade convida-nos a só considerar causa do dano os factos defeituosos, mas não convida a fundar a questão da causalidade naquela da defeituosidade. Esta, segundo as palavras do autor, deve ser apreciada por ela mesma, como contrária a uma norma, e não em função da sua ligação, real ou potencial, com um dano. Do mesmo modo, a causalidade não pode ser estabelecida em função da defeituosidade, por maior que ela seja (cf. p. 237). Segundo, QUÉZEL-AMBRUNAZ, o *fait defectueux* e a causalidade são as duas condições da responsabilidade civil mais confundidas. Tal confusão terá sido, de acordo com o seu testemunho, incrementada pela doutrina da causalidade adequada.

O que ficou dito parece-nos claro. Preocupações de índole dialógica instam-nos, contudo, a assegurar a transparência do discurso. Nessa medida, impõem-se algumas palavras adicionais.

Importa, de facto, não esquecer que a culpa se traduz num juízo de censura ético-jurídica que se derrama sobre um sujeito diante de um desvio comportamental. O sujeito – ou porque intencionalmente pretende ou se conforma com o resultado lesivo; ou porque, consciente ou inconscientemente, oblitera o cuidado devido em relação ao outro, em face das circunstâncias concretas – pratica um acto reprovável. Ora, esses deveres de cuidado podem emergir em virtude de uma especial esfera de actividade em que aquele se integra, a partir da qual podem ser sopesados os termos da imputação objectiva; ou podem emergir *ad hoc* atenta que seja a conduta concreta do pretense lesante. Neste caso, será a obliteração do cuidado devido que irradia a sua influência em dois sentidos: por um lado, ela consubstanciará a base para a formulação do juízo de culpa; por outro lado, permitirá que se esboce uma esfera de risco/responsabilidade a partir da qual se repensam os problemas da imputação objectiva.

Ainda que a génese seja comum, não reduzimos a dita “causalidade” à culpabilidade. Em qualquer dos casos, a imputação objectiva vai pensada segundo os limites traçados por uma *role responsibility* que é prévia à constatação de qualquer conduta culposa.

Suscita-se, então, a dúvida: se a esfera de responsabilidade que se actualiza é posterior à conduta culposa do agente, não significa isso que afinal a imputação deve ir pensada nos moldes tradicionais, exactamente por não existir, previamente, uma esfera de dever cuja intencionalidade delimite a *liability*? Tradicionalmente, ou se avançava com tal argumento para recusar uma solução para o problema causal assente na finalidade de protecção da norma; ou se restringia o tratamento da questão ao apego culpabilístico. Ora, como bem sabemos, não é uma, nem outra a nossa perspectiva.

O salto em frente que ousamos dar baseia-se, então, numa determinada concepção de acção a que fundadamente pensamos ter chegado. A coloração ético-axiológica com que a matizámos viabiliza o exercício. Na verdade, não é só no puro plano da realidade do ser ou no plano finalisticamente determinado que nos situamos. Ao considerar que a relevância jurídica da conduta resulta, antes de mais, da relação que por meio dela, no apelo à dialéctica liberdade/responsabilidade, se estabelece entre o *eu* e o *tu*, ou seja, ao entender que o comportamento, porque é livre, é simultaneamente responsável – no sentido de incorporar para com o nosso semelhante uma série de

deveres –, então torna-se plausível falar de uma esfera de responsabilidade que positivamente actualiza a liberdade sempre que haja preterição dos deveres de cuidado¹⁹⁵⁹.

¹⁹⁵⁹ A este propósito importa confrontarmo-nos, ainda que incidentalmente e sem embargo do que foi sendo dito, com a problemática dos deveres no tráfego e deveres de segurança no tráfego. Referiremos, em nota, alguns dos problemas que ainda hoje envolvem tal categoria dogmática, justificando-se, por isso, a extensão que a mesma venha a adquirir.

Sobre eles, em geral, LARENZ/CANARIS, *Lehrbuch...* cit. II/2, p. 399 e ss.; DEUTSCH, “Entwicklungstendenzen des Schadensrechts in Rechtsprechung und Wissenschaft”, *Juristische Schulung*, 1967, p. 157 e ss.; MERTENS, “Verkehrspflichten und Deliktsrecht – Gedanken zu einer Dogmatik der Verkehrspflichtverletzung”, *Versicherungsrecht*, 1980, p. 397 e ss.; CANARIS, “Schutzgesetze...”, ... cit., p. 27 e ss.; ADELAIDE MENEZES LEITÃO, *Normas de protecção...* cit., p. 571 e ss.; SINDE MONTEIRO, *Responsabilidade por conselhos...* cit., p. 318 e ss.; LAURENZ VOSS, *Die Verkehrspflichten...* cit.; VON BAR, “Entwicklungen und Entwicklungstendenzen ...”, ... cit., p. 169 e ss. Vários são as questões que se patenteiam neste âmbito.

Em primeiro lugar, os autores questionam-se acerca da inserção sistemática dos deveres no tráfego. E as posições doutrinárias não são unânimes quanto ao ponto. Se muitos defendem a sua localização no § 823 I BGB, entendendo que eles foram forjados para permitir o alargamento do preceito que se afigurava demasiado restritivo ao impor a intervenção activa do lesante nos direitos absolutos ali contidos [cf., neste sentido, LARENZ/CANARIS, *Lehrbuch...* cit. II/2, p. 405], outros advogam a sua ligação ao § 823 II BGB [cf. VON BAR, *Verkehrspflichten...* cit., p. 157 e ss.]. Entre os principais argumentos alicerçadores da primeira posição expandida encontra-se a necessidade de salvaguardar o desenho do modelo delitual tal como ele foi pensado pelo legislador [Para uma análise desse modelo, com recurso aos trabalhos preparatórios, cf. LAURENZ VOSS, *Die Verkehrspflichten...* cit., p. 20 e ss.] Assim, tendo sido forjados para resolver o problema da responsabilidade no caso das omissões e no caso das acções indirectas, entendeu-se que retirá-los do âmbito de aplicação do § 823 I BGB implicaria esvaziar o preceito daquelas formas de desvelação da ilicitude, o que inverteria, por seu turno, a hierarquia normativa, uma vez que de previsão central delitual ela converter-se-ia numa norma especial atinente às intervenções imediatas [Sobre o ponto, cf., ainda, MERTENS, “Deliktsrecht und Sonderprivatrecht Zur Rechtsortbildung des deliktischen Schutzes von Vermögensinteressen”, ...cit., p. 227 e ss. e VON BAR, “Entwicklungen und Entwicklungstendenzen ...”, ... cit., p. 171 e ss.].

Liga-se a isto a preocupação denotada por muitos relativamente à contenção dos limites ressarcitórios. Em apreço a questão da indemnizabilidade dos chamados danos puramente patrimoniais. Sobre o ponto, cf., *inter alia*, CANARIS, “Schutzgesetz...”, ... cit., p. 82 e ss., considerando que a criação de deveres no tráfego para protecção do património não se compatibiliza com a inexistência de uma cláusula delitual de tipo napoleónico. Quer isto dizer que os deveres do tráfego, independentemente da ligação a um dos *Tatbestände* referidos, hão-de conectar-se sempre com um deles, porque de outro modo frustrar-se-ia a intencionalidade do modelo com que o jurista alemão lida. Já não se pergunta pela polarização da categoria, mas pelo objecto de tutela a que se dirige, sem que verdadeiramente as duas questões se oponham. É que, na verdade, ao recusar-se a criação jurisprudencial de normas de protecção, pela sua equiparação a deveres no tráfego, os autores mais não fazem do que dizer que estes se devem dirigir à defesa dos bens jurídicos previstos no § 823 I. Sabemos já que, se por um lado somos sensíveis à consideração do modelo ressarcitório positivamente firmado, por outro lado, é a mobilização dos princípios que nos garantirá a resposta adequada à dúvida que assim se patenteia. A limitação da responsabilidade pela jus-absolutização do direito justifica-se, aos nossos olhos, pela articulação dos princípios que configuram o sistema económico e social, assente na livre iniciativa económica, mas não impede que, em determinadas situações, quando outros princípios o reclamem, não se possa indemnizar um dano causado independentemente daquele ponto de apoio objectivo. Quer isto dizer que, excepcionalmente (e essa excepcionalidade salvaguarda o desenho do modelo), é possível indemnizar-se um dano puramente patrimonial, desde que se desvele um comportamento abusivo do direito. Ora, aí, e como a outro ensejo tivemos oportunidade de explicitar, importa autonomamente a figura dos deveres do tráfego, ainda assim não atomisticamente considerados, mas conexionados com uma cláusula delitual específica.

Acerca do fundamento do surgimento dos deveres no tráfego, *vide*, por referência ao ordenamento jurídico alemão, VON BAR, *Verkehrspflichten...* cit., p. 77, referindo o § 836 BGB e o § 367 do C. Penal Alemão (onde se consagra a punição de “quem em estradas, caminhos ou praças públicas, pátios, casas e, em geral, locais onde circulem pessoas deixar sem resguardo poços, covas, fossas, aberturas ou

precipícios, de tal forma escondidas ou descuidadas que daí possa resultar um perigo para outra pessoa (...).” Cf., ainda, do autor, “Entwicklung und rechtsstaatliche Bedeutung der Verkehrssicherungspflichten”, ... cit., p. 332 e ss. V., igualmente, LARENZ/CANARIS, *Lehrbuch...* cit., II/2, p. 403 (sublinhando que outros pensadores invocam o § 831 para legitimar metodologicamente a *Lehre von den Verkehrspflichten*) e LOTHAR VOLLMER, “Haftungsbefreiende Übertragung von Verkehrssicherungspflichten”, ... cit., p. 371 e ss.

Em segundo lugar, mostra-se difícil a definição dos contornos funcionais da categoria. Se alguns autores, na senda do que ficou dito anteriormente, olham para os deveres no tráfego como complemento das normas de protecção, outros colimam-nos exclusivamente no § 823 I BGB. Uns e outros acabam por confluir no reconhecimento da sua importância vital em sede de determinação da ilicitude nas omissões e, bem assim, com reservas, no caso das lesões indirectas dos bens jurídicos tutelados naquele parágrafo – cf., sobre o ponto, LARENZ/CANARIS, *Lehrbuch...* cit., II/2, p. 401.

Ora, isto conduz indubitavelmente o decidente para a ponderação do próprio conceito de ilicitude. De facto, ao tornar-se imprescindível a presença dos deveres no tráfego na concretização da noção nas hipóteses de lesões indirectas e das omissões, segundo o ensinamento da doutrina maioritária, não só ecoa no horizonte discursivo a questão da recondução da negligência para o âmbito daquela, como se agudiza a dificuldade na distinção entre os dois patamares de sindicância responsabilizatória. Não se estranha, por isso, que a problemática surja tantas vezes associada ao possível aproveitamento da lição do finalismo no quadro do direito civil, e que importe a tomada em consideração daquele que foi, *supra*, o binómio por nós analisado – ilicitude do resultado vs. ilicitude da conduta [Para uma relação entre a problemática e a questão da ilicitude, cf. MICHAEL FRAENKEL, *Tatbestand und Zurechnung bei § 823 BGB*, 1977/78, p. 56 e ss. Considera o autor que, ao advogar-se a doutrina da equivalência das condições, o *Tatbestand* do § 823 I BGB se estende a todas as acções que causem o resultado. Há, portanto, que estabelecer divisões no seio das acções. Defende, então, FRAENKEL que, no caso de acções indirectas, só relevam as que envolvem a violação de uma obrigação de garantia – cf. p. 65. Contestando a ideia de que os deveres do tráfego consubstanciem obrigações de garantia, SINDE MONTEIRO, *Responsabilidade por conselhos...* cit., nota 505].

Se quanto aos tópicos pensamos ter sido concludentes, resta-nos agora sublinhar alguns dados que, tornando-se mais impressivos no momento dialógico em que nos encontramos, vêm depor no mesmo sentido anteriormente traçado.

A culpa implica um desvio de conduta relativamente ao que, naquelas circunstâncias, era exigível a um homem médio. Verifica-se, pois, pelo menos no tocante à negligência, uma preterição – consciente ou inconsciente – de determinados deveres de cuidado. Para quem entenda que a ilicitude, nas hipóteses de lesões indirectas, só pode ser afirmada mediante a violação de determinados deveres do tráfego, então haveria uma recondução daquela forma de culpa para o filtro objectivo de limitação da responsabilidade. Cf., a este propósito, ADELAIDE MENEZES LEITÃO, *Normas de protecção...* cit., p. 573, considerando que “os deveres do tráfego constituem um campo de aplicação da doutrina da ilicitude da acção”. V., igualmente, NIPPERDEY, “Rechtswidrigkeit, Sozialadäquanz, Fahrlässigkeit, Schuld im Zivilrecht”, ... cit., p. 1780 (considerando que a negligência apreciada nos termos do § 276/1/2 é idêntica à ilicitude); LAURENZ VOSS, *Die Verkehrspflichten...* cit., p. 63 e ss. [veja-se, ainda, p. 67 e ss. Ensina o autor, num esforço de síntese das posições firmadas doutrinariamente, que há duas perspectivas diferentes para a relação entre a conduta e o resultado, as quais comportam consequências diversas: a) para o entendimento tradicional, incluem-se na acção todas as consequências causadas no curso da acção, ou seja, “o círculo de efeitos de uma acção é levado muito longe”; b) para a doutrina da acção final, há que apreciar a conduta do ponto de vista da finalidade, o que não convence quando nos confrontamos com a evidência de um comportamento negligente. Ora, “a meio caminho entre estas posições extremas encontramos a *Lehre von der Erheblichkeit der Eingriffsqualität*”, que tem em conta a gravidade/seriedade da qualidade do evento, ficando o conceito de ilicitude dependente da proximidade que a acção denote relativamente ao resultado. Estabelece-se, pois, a distinção já nossa conhecida entre as condutas directas e indirectas].

Simplesmente, se considerarmos, como consideramos, que a preterição de tais deveres do tráfego comporta uma dúplici funcionalidade, não sendo unívoca no seu significado, então estamos em crer que conseguimos afastar a dificuldade. Na verdade, não é a ilicitude que passa a ser conformada pela culpa do agente, mas sim a violação do dever que viabiliza, por um lado, a censura ético-jurídica que deve ser derramada sobre o agente, e, por outro, a edificação de uma esfera de risco/responsabilidade a partir da qual vai pensada a imputação e portanto a ligação entre o resultado ilícito e o comportamento do agente. Note-se, porém, que esta não se esgota na culpa, já que outros índices indagatórios se abrem a partir daí. É claro que, assim sendo, podemos em teoria dizer que o comportamento de A que, com culpa, comercializa e coloca em circulação um veículo defeituoso, provocando a morte de B, é ilícito a partir do momento em que a preterição do dever de cuidado se verifica. Contudo, fará sentido cancelar a morte

Retomamos, assim, e agora de forma contundente e orientada para a modelação do sistema imputacional que pretendemos sustentar, algumas notas da lição de FORST e do seu modelo da *fahrlässing Verursachung*, a chamar à colação as ideias de previsibilidade e de controlabilidade do risco pelo sujeito lesante^{1960 1961}.

como ilícita se se vier a constatar que ela não é imputável a A, mas a um factor natural? Melhor serviço se presta, pois, à materialidade que subjaz à juridicidade se atentarmos na *nuance*. E com isso garantimos a coerência dogmática intrassistemática.

Não ficam, contudo, por aqui os nossos problemas. Algumas notas se impõem como complemento. Antes de mais, urge sublinhar que há uma subtil, mas ainda assim visível, diferença entre a preterição dos deveres do tráfego, entendidos como deveres de cuidado, e o juízo culpabilístico. Depois, há que mergulhar mais detidamente na consideração dos próprios deveres mencionados, numa tentativa de compatibilização dogmática dos diversos preceitos que nos regem em matéria delitual. Pensamos, sobretudo, nos artigos 492º e 493º CC, entendidos por alguns como concretizações dos deveres do tráfego. *In fine*, refira-se que a nossa perspectiva superadora da tradicional dicotomia traçada entre os defensores da ilicitude do resultado e os defensores da ilicitude da conduta não apaga a possibilidade teórica de, uma vez constatada a negligência do agente, se afirmar a ilicitude do comportamento, lidando-se depois, no quadro da doutrina tradicional, com problemas atinentes à causalidade. Ora, não só sabemos que o pendor imputacional com que recortamos os últimos desaconselha tal abordagem, como isso não afastaria ulteriores problemas, nem garantiria a aludida congruência intrassistemática. Pensemos no exemplo oferecido por ADELAIDE MENEZES LEITÃO (*Normas de protecção...* cit., p. 575), quando se debruça sobre a temática dos deveres do tráfego: quem estaciona um automóvel está obrigado a fazer todo o possível e exigível para impedir a utilização sem consentimento do seu carro por terceiros. Imaginemos, agora, que B, vendo que a chave se encontra dentro do veículo, o utiliza e atropela C. Descontada que seja a assimilação do âmbito de relevância do caso pelo âmbito de relevância da norma que prevê, no tocante aos acidentes de automóvel, uma hipótese de ressarcimento baseado no risco, pergunta-se se houve ou não ilicitude. A resposta, do ponto de vista tradicional, não pode ser senão positiva, uma vez que se constata o resultado lesivo. Mas pergunta-se: será que o comportamento de A é ilícito? Aí a nossa resposta estará dependente, segundo os ensinamentos da doutrina, da preterição, em concreto, de deveres de cuidado, assim reconduzidos ao filtro objectivo de limitação da responsabilidade. Tendo ele deixado as chaves no interior, podendo falar-se de negligência, será isto bastante para apodarmos o comportamento de ilícito ou tal implicará um nexó de imputação que permita cancelar como seu o resultado lesivo advindo? Ora, a ser assim, então a imputação objectiva, no patamar da fundamentação da responsabilidade, cumpre esse desiderato, não se confundindo com um mero entendimento materialmente densificado da ilicitude. Suponhamos que B usa, não consentidamente, o automóvel para levar o filho, em perigo de vida, para o hospital. Neste caso, o comportamento de B é lícito, devendo questionar-se se isso altera de algum modo o ajuizamento que se faça do comportamento de A: continuará este a ser ilícito, independentemente da intervenção de uma causa de justificação? É que esta releva para excluir a ilicitude do comportamento de B e não de A. A adequada resposta a esta dúvida implica, necessariamente, a análise do nexó de imputação objectiva, mostrando, afinal, que o anátema da ilicitude não fica dependente da culpabilidade do agente.

Com isto conseguimos, ademais, distinguir, em termos práticos, estas duas categorias delituais. Voltamos a referir que culpa e imputação objectiva não se confundem.

A este ensejo, e orientando-nos ainda pelas dúvidas patenteadas, veja-se a lição de ADELAIDE MENEZES LEITÃO, *Normas de protecção...* cit., p. 684 e ss. A autora distingue claramente o cuidado interior do cuidado exterior. Dando-lhe a palavra, pode-se dizer que o cuidado interior envolve o conhecimento e evitabilidade da violação da norma de comportamento, consistindo a culpa no facto de o agente não ter a consciência da violação do dever do tráfego, apesar de ter podido ter essa consciência, enquanto o cuidado exterior se traduz no comportamento do mundo exterior que, visto do ponto de vista de uma pessoa, preserva os direitos e os bens jurídicos de terceiros da sua colocação em perigo excessivo. Mais acrescenta que “os deveres do tráfego equivalem ao cuidado exterior, de maneira que só resta, para o exame no nível de culpa, o cuidado interior”.

¹⁹⁶⁰ STEPHAN PHILIPP FORST, *Grenzen deliktischer Haftung bei psychisch Vermittelter...* cit., p. 123

¹⁹⁶¹ Veja-se, ainda, quanto ao ponto, e sem esquecer a distância que nos separa do pensamento do autor, STEPHEN PERRY, “Responsibility for outcomes, Risk and the Law of Torts”, ... cit., p. 97-101 e “Risk, Harm and Responsibility”, ... cit., p. 321 e ss. Para ele, a responsabilidade, alicerçada na quebra do dever, resulta da combinação articulada de dois vectores: a probabilidade objectiva de um evento, para cuja

Creemos que de outro modo não poderia conceber-se, posto ser o pólo fundador da responsabilidade a personalidade livre e ter o enfoque metodológico por nós mobilizado especificado a contaminação de todos os aspectos do juízo decisório a proferir pelas notas informadoras da intencionalidade ético-axiológica do sistema, concitando-se, porém, a dúvida – novamente – acerca do modo como pode distanciar-se este *plus* de imputação que reivindicámos fundamental da culpabilidade que se constata.

Urge, portanto, precisar alguns pontos. Designadamente para frisar que a referência ao desvio comportamental que seria exigível a um homem médio não cumpre aqui outra função senão aquela que imageticamente possa vir pensada como a de esboçar os contornos externos, ainda esfumados, de um círculo que se preencherá e densificará subsequentemente.

Para o compreendermos, teremos de perceber a centralidade da trilogia geração/assunção do risco, aumento e controlo dele^{1962 1963}. Os dois primeiros vectores

determinação concorre não só a frequência dele mas também o contexto particular da sua emergência, e o conhecimento e crença que o homem, por referência ao padrão de razoabilidade, tenha dela. Se quisermos mergulhar na responsabilidade por culpa, deixando de lado a *strict liability*, haveremos de lidar ainda com a noção de controlabilidade do evento e evitabilidade do mesmo. A evitabilidade de que o jurista fala parece apontar não só num sentido subjectivo, porquanto contemple a capacidade genérica do sujeito para prever um resultado e adoptar medidas que o obviem, como também num sentido objectivo. O primeiro segmento testemunha, se cumprido o teste, a culpa do lesante, tanto mais que ainda se perscruta se o agente deveria ter evitado a lesão.

Veja-se, ainda, quanto ao ponto, analisando o pensamento de PERRY, com quem dialoga, ARTHUR RIPSTEIN, *Equality, Responsibility and the Law...* cit., p. 98.

Sobre a objectivação do juízo culpabilístico no nosso ordenamento jurídico, cf. o que ficou inscrito *supra*.¹⁹⁶² Considerando que o denominador comum dos diversos critérios de imputação objectiva é o princípio do risco, cf. CARLO GÓMEZ LIGÜERRE, *Solidaridad y responsabilidad...* cit., p. 258.

Veja-se, ainda, uma vez mais, ARTHUR RIPSTEIN, *Equality, Responsibility and the Law...* cit., p. 100 e ss.; ROXIN, *op. cit. loc. cit.*; e MARTÍN GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, *Imputación objetiva...* cit., p. 23 e ss. V., igualmente, FERNÁNDEZ CRENDE, “Imputación objetiva en un caso de responsabilidad civil ex delicto: criterio de la provocación...”, ... cit., p. 8

Para maiores desenvolvimentos, cf. *supra* o que referimos sobre o dado.

Atente-se, ainda, quanto ao ponto, em GLANVILLE WILLIAMS, “The risk principle”, ... cit., p. 179 e ss. Note-se, porém, que a teoria do risco protagonizada pelo autor acaba por redundar numa versão da doutrina da probabilidade, distinguindo-se, por isso, da ideia de alocação do risco que faz apelo não a uma ideia probabilística estrita de elevação do risco, mas à consideração do escopo da norma violada, afastando-se de uma ideia de causalidade estrita.

Cf., apontando a subtil, mas indesmentivelmente importante, dicotomia, ANTONY HONORÉ, “Causation in the law”, *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, cit., na parte final.

¹⁹⁶³ Em sentido crítico, veja-se LARENZ, *Schuldrecht I*, ... cit., p. 447 e ss., considerando que estaríamos, na ponderação do risco, no âmbito da doutrina da adequação, ao mesmo tempo que aduz que o critério seria pouco rigoroso.

Para outras críticas, cf. MARTÍN GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, *Imputación objetiva...* cit., p. 206 e ss., considerando que um dos princípios estruturais da doutrina moderna é o princípio da criação de um risco juridicamente desaprovado, mas sublinhando que “o incremento do risco, só, não é elemento absolutamente decisivo sobre a existência de responsabilidade”, até porque “uma pessoa pode diminuir o risco e ser responsável”. Exemplo disso é, segundo o autor, o caso de uma pessoa chegar ao hospital em perigo de vida, sendo intervencionada por um cirurgião que a salva mas que, por um erro médico, tem de lhe amputar uma perna.

são intencionalmente idênticos, prestando depoimento no sentido do bosquejo que preliminarmente se anuncia; o último implicará outra ordem de considerações.

Antes de nos debruçarmos sobre eles, impõe-se um esforço para não se resvalar na simbiose culpabilística. Para lá do que ficou dito no sentido de desenhar as fronteiras categoriais, deve sublinhar-se que, se a previsibilidade assoma no horizonte do decidente a este nível, há que não esquecer a *ratio* de tal exigência que, ligando-se inequivocamente à teleonomologia ressarcitória, não se projecta no dano concretamente sofrido – ainda que do dano evento se trate – mas, a montante, na esfera de risco para que se olha¹⁹⁶⁴. Isto é, o que se pretende indagar agora não é a susceptibilidade de a

¹⁹⁶⁴ A este propósito, cf. as lucubrações de ULRICH HUBER, “Normzwecktheorie und Adäquanztheorie”, ... cit., p. 678 e ss. Lidando, nas páginas citadas, com a causalidade fundamentadora da responsabilidade, o autor aduz que a *Ursache* vem entendida no sentido da condicionalidade *sine qua non*, uma vez que todas as causas operantes de uma violação de bens jurídicos são equivalentes. Mas, como o lesante não pode ser responsabilizado por todas as lesões de bens jurídicos relativamente às quais colocou uma condição, o § 823 I BGB introduz uma correcção e restringe aquela responsabilidade às lesões ilícitas, dolosas ou negligentes. O fundamento da obrigação de indemnizar reside na ilicitude do acto, assim chancelado porque violou um dever do tráfego, colocando-se na moderna civilística o problema da distinção entre a *Rechtswidrigkeit* e a *Schuld* – cf. p. 679, nota 23. Segundo HUBER, “o nexos de ilicitude – *Rechtswidrigkeitszusammenhang* – relaciona-se no juízo de negligência com os elementos da ilicitude”. Na limitação da relevância delitual, lança-se mão do postulado no referido nexos: aquele que se comportou de um modo repreensível ilicitamente só é responsável segundo o § 823 I BGB pelas violações dos bens jurídicos que fossem previsíveis no momento da aplicação do cuidado exigível. Não basta, portanto, de acordo com o seu testemunho, que a violação da norma fosse cognoscível e evitável, tornando-se mister que a lesão do bem jurídico – enquanto consequência da violação da norma – tenha sido prevista ou fosse previsível. Mais acrescenta que “para a aplicação do § 823 I BGB não basta a afirmação de que o lesante violou um dever do tráfego e causou uma lesão no bem jurídico. É necessário acrescentar que a norma, que o lesante desrespeitou, tinha uma finalidade que era evitar a violação daquele bem jurídico do modo como ocorreu. Tal só acontece quando a violação do bem jurídico podia ser prevista e quando tenha havido a possibilidade razoável de se contar com ela”. Só neste caso é viável concluir pelo carácter negligente do comportamento. Só que, assim sendo, diz-nos HUBER que deixa de ter interesse a indagação acerca da adequação. O problema de saber se a consequência que ocorre fica, num juízo de prognose póstuma, fora de toda a probabilidade não tem interesse: uma consequência que, de acordo com a prognose objectiva posterior, se situa fora de toda a probabilidade ficará, na óptica da subjectiva prognose do agente, *ex ante* fora de toda a probabilidade; e é inútil provar a adequação quando o comportamento é negligente [cf., a este propósito, o que expendemos acerca da distinção entre a probabilidade e a previsibilidade. Veja-se, também, o testemunho de LINDENMAIER, “Adäquate Ursache und nächste Ursache...”, ... cit., p. 227, nota 65, que, distinguindo as duas realidades, aduz que a dicotomia entre o *Voraussehbarkeitsbegriff* e a *Fahrlässigkeit* se traça tendo em conta o referente de ajuizamento: enquanto na primeira, ter-se-ia em conta o observador óptimo – *optimaler Beobachter* –, a última bastar-se-ia com o observador normal – *objektiver Normalbeobachter*: na delimitação da indemnização. Simplesmente, como bem nota LINDENMAIER, nem sempre a distinção é cumprida, tendo em conta as correcções que se introduzem com os índices cognitivos do agente]. A causalidade adequada acabaria, portanto, por se confundir com a culpabilidade. Para HUBER, a ter algum impacto na decisão dos casos concretos, a teoria ficaria reservada para a *haftungsausfüllenden Kausalität*, isto é, seria chamada para lidar com a questão da recondução do dano à violação do bem jurídico protegido pelo § 823 I BGB. A preocupação subsequente do insigne jurista é a de saber se, ainda assim, há um lugar reservado à adequação ou se a sua missão é mais bem cumprida pela consideração da finalidade de protecção da norma. Ora, se “a finalidade da norma que proíbe a lesão corporal é a de livrar o lesado de qualquer dano que possa nascer da violação do corpo”, então a finalidade da norma não seria um critério de limitação útil para os danos consequenciais. Contudo, HUBER adverte que a ideia da justa distribuição do risco (*Risikoverteilung*) faz da teoria do fim da norma uma doutrina praticável para circunscrever os danos susceptíveis de indemnização. Se alguém viola ilícita e culposamente os bens jurídicos de outrem, é justo que suporte o

lesão assomar no espírito do pretense lesante, mas a consciência dele acerca do pendor arriscado do seu comportamento. Isto é, a previsibilidade de que se cura deve ser entendida, a este nível, como cognoscibilidade do potencial lesante da esfera de risco que assume, que gera ou que incrementa^{1965 1966}.

risco da emergência dos danos subsequentes: “houve uma deslocação da esfera do lesado, através da violação dos seus bens jurídicos, para a sua esfera de risco, sendo certo que o lesante não tinha autorização para o fazer. Por isso, ele é responsável pela realização do risco”. Ou seja, e continuando a pedir de empréstimo as palavras do autor, temos de ver se o dano se inscreve numa *besonderen Gefahrenbereich* ou na *allgemeinen Lebensrisiko*. Na derradeira alternativa, o lesante deixará de ser responsável pela compensação do dano. Em suma, a teoria do fim da norma por si só não nos fornece um critério operativo para a delimitação da indemnização; mas oferece o fundamento para a decisão dos casos problemáticos quando desenvolvida de acordo com a teoria da esfera/âmbito do perigo – *Gefahrbereichstheorie* (cf. p. 682). Esta exclui a aplicabilidade da causalidade adequada, tanto quanto os resultados a que se chega por via e uma e outra são, em algumas situações, incompatíveis (os danos inadequados que sejam imputáveis a uma esfera de risco devem ser indemnizados).

Tempo agora para, nesta já longa nota, encetarmos uma análise crítica do pensamento do autor. Como se constatará se continuarmos a acompanhar a nossa exposição em texto, a consideração da esfera de risco cumpre um papel fulcral na sistemática do modelo imputacional que tentamos delinear. Nessa medida, comungamos com o autor a ideia de que a resolução do problema outrora abordado em termos causais fica dependente do cotejo de um círculo de responsabilidade que, polarizado no risco/perigo, acaba por afastar a doutrina da adequação. Concordamos, ainda, com HUBER quando afirma que a adequação não adianta nada à culpa, mas cremos, contra o que sustenta o insigne civilista, que o problema imputacional não fica solucionado com o mero apelo à culpabilidade. Tivemos, aliás, oportunidade de argumentar *supra* nesse sentido. Simplesmente, cremos que também não é o juízo de culpa derramado sobre a concreta actuação do agente que pode bastar-nos. É que, ao ancorarmo-nos numa ilicitude que se desvela no resultado, urge estabelecer uma ponte de ligação entre esse mesmo resultado e aquele comportamento. E há determinados danos-evento, isto é, lesões de direitos absolutos que se produzem posteriormente à emergência do primeiro dano; ou, noutras hipóteses, múltiplos danos-eventos que se verificam em simultâneo, havendo culpa, mas não sendo possível imputá-los, em bloco, ao lesante. Pense-se no caso de A deixar o fogão ligado quando se ausenta de casa, provocando um incêndio que rapidamente se propaga aos restantes andares e apartamentos do prédio sujeito ao regime da propriedade horizontal onde mora, o que causa uma miríade de danos: a) A morre asfixiado; b) B fica com a casa e os bens móveis parcialmente destruídos; c) C, doente cardíaco, morre com o susto que a situação lhe provoca. Pode dizer-se que o comportamento do lesante foi culposos: um homem medianamente prudente não teria abandonado o lume, atentos os riscos que lhe andam associados. A morte de C é previsível, podendo, portanto, ligar-se à culpa do agente, excepto se tivermos em conta os reais contornos que a rodearam e a própria esfera de risco do lesado. Ou seja, não basta a culpa para obtermos uma resposta materialmente justa e normativamente fundada para o nosso problema. O que quer dizer que também ao nível da *causalidade fundamentadora da responsabilidade* o juízo proposto pelo autor faz todo o sentido. Do mesmo modo, se A fere B que é assistido no hospital, vindo a morrer na sequência de um acidente que ocorre à saída do mesmo, (cf. p. 681), importa saber se a morte pode ou não ser imputada ao primeiro lesante, independentemente da culpa no ferimento. O ponto de ancoragem que nos orienta é, pois, a lesão do bem jurídico dotado de protecção *erga omnes*, ainda que temporalmente não seja uma lesão primária.

¹⁹⁶⁵ Embora num outro contexto e com outro sentido, importa chamar à colação a distinção sublinhada por JANE STAPLETON, entre *foreseeability of some risks associated with the tortious conduct as a necessary requirement of the incidence of obligation* e a *foreseeability as a necessary requirement of the scope of liability for consequences* – cf. “Legal cause...”, ... cit., p. 988 e ss.

Acompanhemos, a breve trecho, a lição da autora. Assim, diz-nos que “para impor um determinado dever a lei impõe como requisito necessário, mas não necessariamente suficiente, que um lesante tenha razoavelmente previsto que a sua conduta possa comportar um certo risco de dano, do tipo daquele que é delitualmente accionável. Diferente é a questão de saber em que medida a previsibilidade deve ser um requisito necessário do escopo/âmbito da responsabilidade por consequências”.

É que com isto, se outros não forem os elementos a relevar, sempre se mostra que a previsibilidade não surge como um critério absoluto, a cuja compreensão se aceda em abstracto, mas que, pelo contrário, implica uma projecção num cenário de referência que, mudando, altera os dados da equação.

Veja-se, também, JANE STAPLETON, “Legal cause...”, ... cit., p. 992. Sustenta a autora que a previsibilidade diz respeito ao tipo/género/natureza do dano e que tem de se ter em conta se a pessoa razoável teria agido para o evitar. Por isso é que a previsibilidade é tida, neste contexto, como *the risk rule* ou *the scope of the risk*.

Cf., ainda, p. 993 e ss., para a crítica a um certo entendimento que pode ser derramado sobre o critério. STAPLETON considera que não devemos entender apressadamente a ideia segundo a qual o lesante não é responsável pelos danos imprevisíveis excepto se o risco de tais danos se encontre entre o círculo de danos que esteve na base do seu julgamento como negligente. Na verdade, aduz ser ambíguo pensar que o escopo da responsabilidade pelas consequências é determinado pelo escopo do risco que o lesante criou negligentemente. A conduta negligente pode gerar uma consequência no sentido de ser um factor necessário na história do resultado e esta ser imprevisível. Ora, quando a conduta do lesante foi historicamente necessária para a consequência, então sabemos que não só colocou o risco mas completou as condições que fizeram emergir o dano. Ou seja, e continuando a acompanhar o discurso de STAPLETON, a conduta cria a consequência e se era imprevisível fica fora do escopo da responsabilidade. A *nuance* pretende explicar que o âmbito da responsabilidade não se estende à cobertura do dano imprevisível se ele for um dos que uma pessoa razoável não teria feito nada para evitar/prevenir, ou porque nem sequer o teria previsto, ou porque teria entendido o aumento do risco como trivial.

Considera, ainda, JANE STAPLETON (cf. p. 994) que uma das incoerências do *scope of the risk* é a ideia de que em alguns casos o risco de um particular evento que permite apodar a conduta do agente como negligente ou em relação ao qual o dever avultou apenas existe para protecção contra ele, porque se trata, segundo o seu testemunho, de uma ideia circular.

¹⁹⁶⁶ Recentemente, veja-se o sentido com que vem pensada a previsibilidade no quadro dos Princípios Europeus de Direito Delitual (PETL). Cf. artigo 3:201, a): “Where an activity is a cause within the meaning of Section 1 of this Chapter, whether and to what extent damage may be attributed to a person depends on facts such as the foreseeability of the damage to a reasonable person at the time of the activity, taking into account in particular the closeness in time and space between the damaging activity and its consequences, or the magnitude of the damage in relation to the normal consequences of such an activity”.

Três são os pontos essenciais a relevar.

Em primeiro lugar, a previsibilidade de que se cura tem um pendor objectivista. Se tal não resultasse já da previsão normativa, seria realçado inequivocamente pelo comentário que se segue ao preceito, ao opor o *unforeseeable* ao *unforeseen*. Não queremos com isto dizer que a norma deva ser interpretada à luz do subjectivismo do legislador histórico, sequer que a mesma tem peso congente, mas antes sublinhar a sintonia neste aspecto específico. É que também nós apontamos, sem margem de hesitação, o prisma objectivista como ponto de ancoragem do juízo que se há-de edificar.

Em segundo lugar, a previsibilidade, tal como surge reportada nos PETL, refere-se ao dano que eclode, mostrando-se, assim, a dessintonia relativamente ao que ficou por nós inscrito em texto. Repare-se, contudo, e com isto passamos à terceira das anunciadas notas, que se fixam, como instrumentos anclares de valoração da previsibilidade, a proximidade temporal e espacial entre a actividade e as suas consequências e a magnitude do dano em relação às normais consequências de uma tal actividade. Mais do que mostrar a confluência de diversas formas de encarar o problema da causalidade, fruto da perspectiva comparatística que esteve na base da tentativa de uniformização a que, desta feita, se acede, a construção criteriológica tem como virtualidade denotar a intrínseca conexão entre o dano, que se há-de poder prever, e o tipo de actividade levada a cabo. Para lá da normalidade comunicada pela doutrina da adequação, o que se intui do articulado é a atenção dada ao núcleo gerador do dano, tanto mais que a previsibilidade aflora paredes-meias com a consideração da (d) “extent of the ordinary risks of life” e (e) o “protective purpose of the rule that has been violated”.

Retomemos, contudo, a clivagem para evidenciar um outro dado. Na verdade, embora se possa discernir uma intencionalidade análoga entre o modelo por nós proposto e aqueloutro edificado pelo grupo de estudos tendente à uniformização do direito delitual europeu, a verdade é que estruturalmente se parte, para o tratamento da causalidade (ou daquilo que tradicionalmente ia entendido como causalidade), de pontos diversos. Enquanto nós, centrados na pessoalidade, e portanto num sentido de acção autónoma e responsável por ela implicado, entendemos, e como mais tarde atestaremos, prescindível a autonomização prévia da condicionalidade, os juristas que integram aquele círculo de reflexão baseiam-se nela para, só num segundo momento, procurarem saber se o dano *causado* pela conduta se integra ou não no âmbito da responsabilidade. Aquilo que pode ser considerado uma inversão nos termos dialógicos do problema legítima, portanto, o nosso ponto de vista, desde que, claro está, se aceitem por bons os fundamentos em que ela se louva.

O que aqui fica dito só é perfeitamente perceptível se tivermos em conta o binómio de que partimos. Na verdade, a esfera de responsabilidade/risco que pretendemos erigir pode ter uma dupla génese. Se é certo que ela acompanha sempre a actuação humana, porque positivamente livre, não é menos verdadeiro que ela só ultrapassa o patamar do juridicamente relevante (e problemático) se estivermos inseridos um nicho específico de perigosidade e/ou se o agente assumir um específico papel ou, em alternativa, se, no quadro da sua actuação concreta, ele violar os referidos deveres de cuidado que permite, a um tempo, actualizá-la e alicerçar o juízo de culpabilidade.

No primeiro caso, a previsibilidade de que se cura há-de ser entendida como cognoscibilidade do círculo de risco que se abraça; na derradeira hipótese, pela coincidência de nascentes judicativas, a previsibilidade de que se fala poderá coincidir com a previsibilidade que entretece a culpa. Simplesmente, como veremos, não só o juízo imputacional não se queda neste ponto, antes implicando ulteriores considerações, como determinadas especificidades de uma e de outra não podem ser ignoradas¹⁹⁶⁷.

Donde, é óbvio que o sentido prospectivo do critério de acção não pode deixar de estar presente, pelo que na interioridade do *eu*, enquanto sujeito que mobiliza razões para agir, marca presença a nota. Repare-se, contudo, que ela não é agora o factor essencial que tudo determina, sendo relegada ao papel ancilar de instrumentário específico de determinação do comportamento do agente^{1968 1969}.

¹⁹⁶⁷ Acresce que se A, por negligência, lesa B na sua integridade física e este vem depois a morrer no hospital devido a uma infecção pulmonar aí contraída, a eventual exclusão da responsabilidade não resulta do facto de não haver previsibilidade do resultado morte. Independentemente da imposição ou não de uma obrigação ressarcitória, sempre a previsibilidade estará excluída daqueles danos subsequentes (excepto se aceitarmos que tudo é previsível). A culpa não terá de se referir a este dano subsequente e, não obstante, estando em causa a lesão de um direito subjectivo absoluto – e nessa medida um resultado pretensamente ilícito – haverá que solucionar a questão imputacional em relação a ela. É que mesmo quando a morte é previsível, não será aquela concreta morte provocada por uma infecção hospitalar.

¹⁹⁶⁸ Veja-se, quanto ao ponto, RIPSTEIN, “Philosophy of Tort Law”... cit., p. 663, considerando que a ideia de previsibilidade (dos lesados e tipos de lesão) reflecte a missão legal de articulação dos *standards de conduta*, posto só poderem orientá-la se indicarem como agir e revela-se tão-só inviável impor a prevenção relativamente a um resultado que não é previsível. Mais adianta que, sendo conceptualizada a propósito do *duty* e da *proximate cause*, tem habitualmente como função limitar a responsabilidade, surgindo, por isso, associada a uma ideia de controlo, uma vez que “só se uma pessoa previr um resultado pode tentar evitá-lo”, aparecendo este, na alternativa oposta, como “algo que aconteceu”.

Alguns esclarecimentos são, contudo, necessários. É que, de acordo com RIPSTEIN, este segundo entendimento implica que a pessoa se relacione com o resultado *a montante* de qualquer norma de conduta, o que levanta problemas porque o evento pode não ter sido previsto, mas ser previsível, e bem assim porque vai longe demais, já que, “se a previsibilidade é relevante para a responsabilidade, ela terá de surgir sempre (...) de tal modo que a pessoa há-de ser tida como tal por todas as consequências previsíveis da sua conduta, o que pode comportar efeitos nefastos” – cf. RIPSTEIN, *Justice and responsibility*... cit., p. 18. Assim, para a *reciprocity conception* que encabeça, a previsibilidade torna-se

Algumas notas urgem. Desde logo, importa sublinhar que a previsibilidade não tem de se referir a todos os danos eventuais. Designadamente, não terá de se referir aos danos subsequentes ou àqueles que resultem do agravamento da primeira lesão. Por isso, quando afirmamos que, ao nível da primeira modalidade de ilicitude, a culpa tem de se referir ao resultado, acompanhamos, entre outros, autores como LINDENMAIER, VON CAEMMERER ou TILL RISTOW¹⁹⁷⁰, para sustentar que a previsibilidade que enforma

relevante porque ela é central para a emergência de normas de conduta, já que nenhuma norma pode exigir uma precaução relativamente a algo não previsível.

Veja-se, ainda, o exemplo chamado à colação para dar nota da impossibilidade de resolver todos os problemas da *remoteness of damage* com base na previsibilidade – cf. “Philosophy of Tort Law”... cit., p. 669: *Ryan v. NY Central Railway*. A intencionalidade problemática com que aí se lida convida-nos a ponderar na situação em que um fogo destrói diversos edifícios, questionando-se se a responsabilidade deve ou não circunscrever-se ao primeiro prédio vizinho e qual a justificação para tal limitação. Por aqui se vê, independentemente da resposta concreta a dispensar à questão, como pode ser arbitrário o argumento da previsibilidade se descontextualizado de um referente de sentido que o integre. Ora, segundo RIPSTEIN, o que importa é “saber quem é *wronged* pelo fogo negligente”, ao mesmo tempo que devemos olhar para o problema à lupa do risco, ou seja, há que pesar o risco que imponho com a minha conduta e o risco que os outros já suportam e, de acordo com o que ali colhemos, “falhar a protecção de alguém relativamente a um incêndio vizinho é inaceitável; proteger todos na vizinhança não é sequer objectivo candidato a uma norma de conduta”.

¹⁹⁶⁹ Veja-se, ainda, a propósito do eventual papel que à adequação cumpre no seio de um modelo imputacional, *inter alia*, ULRICH HUBER, “Normzwecktheorie und Adäquanztheorie”, ... cit., p. 678 e 683, considerando que se deve prescindir dela, até porque conduz a resultados díspares relativamente àqueles a que somos conduzidos pela doutrina do âmbito do perigo.

Cf., igualmente, THOMAS RAISER, “Adäquanztheorie und Haftung nach dem Schuldzweck der verletzten Norm”, ... cit., p. 462 e ss., considerando que, embora a forma original da teoria da causalidade adequada não seja suficiente para dar resposta a todos os casos, isso não significa que ela não esteja contida noutros pontos de vista imputacionais; e p. 464, afirmando que o juízo de probabilidade como critério de limitação da responsabilidade permanece indispensável; ERICH SCHICKEDANZ, “Schutzwecklehre und Adäquanztheorie”, ... cit., p. 917, sustentando que na teoria da adequação como “teoria jurídica da causalidade ou como doutrina da imputação” reside o fundamento da *Gefährdungsgedanke* [note-se que esta se trata de uma interpretação da doutrina da finalidade da norma e alerte-se que o autor se orienta pela causalidade preenchedora da responsabilidade. Não sendo, segundo o autor, possível encarar a limitação dos âmbitos de protecção segundo o tipo de bens jurídicos protegidos, nem de acordo com a interpretação da concreta violação do dever, ela dever-se-ia olhar sob o prisma da criação de um especial círculo de risco – cf. p. 919 “o agente só é responsável quando, pela sua conduta, cria um especial esfera de perigo”. Ora, tal ocorre quando se aumenta a probabilidade da ocorrência do dano de modo objectivamente reconhecido e o dano surge, posteriormente, como realização desse perigo. Tendo-se em conta o grau de probabilidade da ocorrência do dano e a intensidade da específica perigosidade, continua, diz-nos SCHICKEDANZ, a colocar-se a questão relativamente à diferença entre este posicionamento e a doutrina da adequação].

¹⁹⁷⁰ LINDENMAIER, “Adäquate Ursache...”, ... cit., p. 215, considera que a culpa/previsibilidade tem de existir em relação ao efeito danoso imediato, mas não em relação aos danos subsequentes; VON CAEMMERER, “Die Bedeutung des Schutzbereichs...”, ... cit., p. 290, sustenta que a culpa não tem de estar referida à directa lesão do bem jurídico, mas à criação de uma fonte de perigo; TILL RISTOW, *Die psychische Kausalität*... cit., p. 217, sublinha que, ao nível da responsabilidade por culpa, esta não tem de se referir à directa violação do bem jurídico, mas à criação da fonte de perigo.

Entre nós, cf., a este propósito, VAZ SERRA, “Obrigação de indemnização...”, ... cit., p. 31, defendendo que o agente deve ter previsto o primeiro resultado contrário ao direito; SINDE MONTEIRO, *Responsabilidade por conselhos*... cit., p. 318 (considerando que a culpa se deve referir à ofensa dos direitos e não apenas à infracção do dever, como acontece na segunda modalidade de ilicitude, mas admitindo que tal não implica uma diferença de monta, já que é difícil conceber uma violação culposa de um dever no tráfego que conduza a uma lesão não culposa de direitos absolutos, excepto se eles fossem estabelecidos de forma abstracta).

a culpa deve recuar, no seu ponto referencial, até ao momento da edificação da esfera de risco que se passa a titular¹⁹⁷¹. Não se ignora que, ao ser exigível a previsão do perigo

Não obstante, cf. DEUTSCH, *Fahrlässigkeit...* cit., p. 62 e ss., 113 e ss., 177, 206 e ss., que fala de um nexo de culpabilidade (*Versschuldenszusammenhang*).

¹⁹⁷¹ Com isto acabamos por ser confrontados com outras nervuras problemáticas. Elas alimentam-se, sobretudo, por uma preocupação de coerência intrassistemática. Na verdade, se relembrarmos o pouco que foi dito a propósito da segunda modalidade de ilicitude, vemos que ela cumpre duas funções: a) serve para ampliar o leque de bens jurídicos/interesses tutelados por via delitual; b) antecipa a tutela dos bens jurídicos protegidos ao nível da primeira modalidade de ilicitude. Um dos índices dessa antecipação passa pela referência da culpa, não ao resultado lesivo, mas à violação normativa. Não implicará a interpretação expendida em texto a introdução de um factor de perturbação na medida em que se torna mais difícil a percepção da mais-valia das normas de protecção de interesses alheios? Não cremos que assim seja. Desde logo, há que perguntar “por que razão é que a antecipação da tutela ocorre por referência a interesses menos valiosos e não existe sempre que esteja em causa a violação de direitos absolutos”? Se a justificação pode passar pela intencionalidade que presidiu à edificação de um modelo delitual assente na estrutura iheringiana, bem como pela percepção da existência de comunidades de risco estabilizadas que determinam a intervenção do legislador, pronta a ser aproveitada em sede aquiliana, então perceberemos que, inexistindo uma disposição legal de protecção de interesses alheios, deixa de se presumir a esfera de risco/responsabilidade, que há-de ser construída em concreto, com apelo às circunstâncias paradigmáticas e exemplares, e provada pelo lesado. No fundo, ao contrário do que acontece se estivermos no seio da segunda modalidade de ilicitude, a contemplação da lesão concretamente experimentada vai ser essencial. Com isto podemos dizer que a culpa se refere ao resultado. Trata-se contudo do resultado imediatamente verificado e não daqueles danos subsequentes que, se forem também danos-lesão, colocarão problemas ao nível da própria imputação.

A este propósito, diz-nos, novamente, ADELAIDE MENEZES LEITÃO, *Normas de protecção...* cit., p. 684, que, “em violações mediatas, isto é, na infracção de deveres do tráfego para protecção do perigo abstracto, a ilicitude antecipa-se para o momento do aumento do perigo de forma inadmissível”. Não cremos que a asserção possa ser aceite em termos genéricos. Na verdade, a ilicitude continua a ser entendida sob a óptica do resultado, servindo a violação dos deveres do tráfego para erigir os contornos externos de uma esfera de responsabilidade a partir da qual será pensada a imputação objectiva. Esta, ao permitir dizer que aquele resultado pertence àquele sujeito, garante a bondade do juízo de ilicitude. Ademais, nem todas as situações em que se descortina a violação de deveres do tráfego podem ser qualificadas sob o prisma do perigo abstracto, porque, avultando em concreto a necessidade de cumprir tais deveres, o perigo caracterizar-se-á também pela sua concretude. Em determinadas situações, porém, a cristalização de uma situação arriscada faz com que, *a priori*, e em abstracto, o legislador tenha previsto a necessidade de se cumprirem determinados deveres. Essas comunidades de perigo, não implicando a responsabilidade pelo risco, levam à consagração de uma presunção de culpa. Ou seja, verificado o resultado, presume-se que houve preterição do dever. Simplesmente, ao ponderarmos o artigo 493º CC à luz do que aqui vamos aprendendo, estamos em condições de perceber que, ao presumir-se a culpa, estamos também a presumir a preterição do dever e, portanto, a antecipar o juízo de ilicitude, não porque a lesão seja indirecta, mas porque a tipificação da situação o viabiliza. É por isso que, além da inversão do ónus da prova, confluímos no entendimento que MENEZES CORDEIRO derrama sobre o preceito citado e o lemos à luz de uma ideia de abuso do direito conformado segundo a intencionalidade predicativa da juridicidade. Com todas as consequências que daí advêm em sede de delimitação do âmbito de relevância hipotético da norma em apreço [com especial relevância a propósito da relação entre o artigo 493º e o problema da causalidade, v., *inter alia*, HENRIQUE SOUSA ANTUNES, *Responsabilidade civil dos obrigados...* cit., p. 270 e ss., considerando que ali se consagra uma presunção de culpa e de causalidade; ANA MARIA TAVEIRA DA FONSECA, “Responsabilidade civil pelos danos causados pela ruína de edifícios e outras obras”, ... cit., p. 126 e ss., falando de uma presunção de culpa, de causalidade e de ilicitude. Veja-se, ainda, BRANDÃO PROENÇA, “Balizas Perigosas e responsabilidade civil ...”, ... cit., p. 32 e ss.]. Cf., também, LAURENZ VOSS, *Die Verkehrspflichten...* cit., p. 84 e ss., indicando que uma das principais críticas dirigidas à criação jurisprudencial de deveres do tráfego passa pelo facto de eles se dirigirem ao risco de um dano em abstracto e não ao concreto comportamento do lesante, p. 81, sustentando que eles devem servir em exclusivo para a defesa do perigo concreto, até porque, em face do § 823 I BGB, é inadmissível outra concepção; VON BAR, *Verkehrspflichten...* cit., p. 115 e ss. e 158 e ss., advertindo que os deveres do tráfego são vistos com proibições de pôr em perigo abstractas.

Do exposto, há que fixar alguns pontos fundamentais. Em primeiro lugar, o que dissémos a propósito do artigo 493º CC não implica que se defenda estarmos, aí, perante a operacionalidade de normas de pôr em

que justifica e impõe a adopção de determinados deveres de segurança do tráfego, torna-se as mais das vezes exigível a previsão dos danos em concreto verificados. Simplesmente, em muitas situações só ficcionisticamente é viável falar de possibilidade de previsão de determinadas lesões, sem que se duvide que há culpa em relação a elas. Pensamos, a este ensejo, no exemplo já anteriormente referido: A deixa óleo a ferver ao lume e ausenta-se da cozinha durante meia hora. Deflagra um pequeno incêndio no seu apartamento, que rapidamente se comunica às habitações vizinhas, causando os seguintes danos: a) a destruição completa do imóvel de B; b) a danificação dos móveis de B; c) a morte de C, um senhor idoso que, com o susto, tem um ataque cardíaco; d) lesões na integridade física de D que, estando a dormir, inalou demasiado fumo. Em face dos dados, será que podemos dizer que houve previsão dos danos autonomizados? E previsibilidade? Será que era exigível ao sujeito, desconhecedor das idiosincrasias de quem mora a seu lado, que previsse tais lesões, mesmo assumindo o padrão do homem médio? Não estaremos, em caso de resposta afirmativa, a tornar demasiado elásticos os contornos da previsibilidade ao ponto de se poder considerar que tudo é, de facto, previsível? Cremos, por isso, que melhor serviço se presta ao rigor discursivo se entendermos, na esteira de alguns dos autores, como os anteriormente mencionados, que a culpa se reporta ao momento da assunção de uma esfera de risco ou, no exemplo *sub iudice*, ao evento imediato (o incêndio em si mesmo considerado).

É, pois, a partir daí que se define a esfera de responsabilidade/risco. As diversas lesões constatadas não-de ser reconduzidas até ao seu interior. Vários são os índices indagatórios para operar tal recondução. Mas, antes de olharmos mais detidamente para o modelo imputacional que assim se começa a esboçar, importa ter em conta um aspecto de modo a afastar qualquer sombra de contradição intrassistemática.

Na verdade, não estaremos a admitir, ao nível da causalidade, o que recusámos a propósito da aferição da culpa? Ou seja, cremos que fundamentamente adiantámos que é

perigo abstracto. Antes, o que quisemos sublinhar foi que a protecção mais ampla concedida por via delitual, nessas hipóteses ressarcitórias, passa pela consideração antecipada de uma dada comunidade de perigo. Em segundo lugar, é, contra o que sustentam alguns autores, perfeitamente plausível conceber a existência de deveres do tráfego que protegem contra o perigo concreto. Em terceiro lugar, o facto de nos atermos ao resultado e de defendermos que a culpa há-de referir-se necessariamente à lesão do bem jurídico não obsta a que se possa afirmar que ela se reporta, afinal, ao momento da criação de uma esfera de risco. É que, ao preterirem-se determinados deveres de cuidado, o homem razoável não pode – excepto se estivermos diante de uma situação de erro desculpável ou outra causa de exclusão do juízo de censura – não prever o resultado ilícito. Simplesmente, em termos imputacionais, este entendimento viabiliza-nos sustentar que, para lá do primeiro dano evento, é possível ocorrerem outros que, tendo de ser imputados ao comportamento do lesante, podem não ser senão previsíveis em abstracto (domínio onde a previsibilidade acaba por não funcionar como filtro de limitação da responsabilidade).

cogitável que a esfera de responsabilidade se edifique a partir da preterição de determinados deveres de segurança do tráfego. Estes avultam para fazer face a um perigo concreto, pelo que o desvio de conduta objecto da censura em que se traduz a culpabilidade co-envolve uma nota de previsibilidade. Não terá de se referir a todas as lesões de bens jurídicos, mas apenas ao dano imediatamente gerado. Ao derramar-se sobre ele a falta de cuidado, contaminam-se os ulteriores danos, relativamente aos quais apenas queremos saber se pertencem ou não à circunferência delineada. Para determiná-lo não vamos questionar se eram previsíveis ou se eram prováveis. É óbvio que, em homenagem aos deveres emergentes, algum índice de previsibilidade ficará cumprido. Simplesmente, como a partir da génese comum os juízos culpabilísticos e imputacionais se autonomizam, esta previsibilidade objectiva ou probabilidade não tem agora o alcance de olhar para o dano sobrevivendo e indagar se ele preenche ou não aquelas características, mas de saber se a acção comporta ou não, no seu seio, riscos dos quais pode resultar um dano daquela natureza. A interrogação que nos orienta é: “é possível aquele dano integrar-se no risco gerado por aquele comportamento?”, mostrando-se, assim, que não se resvala numa indagação probabilística estatística nem se fica preso a um determinismo espúrio ao mundo juridicamente cunhado, mas se converte o critério em possibilidade. Ficamos, assim, libertos da definição sempre dilemática do índice de probabilidade requerida para estabelecer a concatenação causal^{1972 1973 1974 1975}.

¹⁹⁷² Sobre o ponto, embora de forma não concordante, mas ainda assim paradigmática da *nuance* que se inscreve em texto, cf. JANE STAPLETON, “Unpacking causation”, *Relating to responsibility, Essays for Tony Honoré on his eightieth birthday*, PETER CANE and JOHN GARDNER (ed.), Portland Oregon, Oxford, 2001, p. 145 e ss., p. 170. Frente a frente são colocadas as noções de risco, probabilidade, coincidência e previsibilidade. Tomando como exemplo base o facto de uma mãe sentar o filho a brincar na relva, a autora apresenta três pequenos casos em que a criança vem a morrer: 1) ou porque um meteorito a atingiu; 2) ou porque existia ali um vaso de sódio que explodiu quando começou a chover; 3) ou porque a mãe, sabendo da existência do vaso e dos perigos que o mesmo envolvia, não hesitou em colocar ali a criança a brincar.

Lança, então, mão da probabilidade, conceito que julga ser o que mais adequadamente se predispõe a explicitar a relevância que o comportamento materno assumiu na emergência do dano. E esclarecendo que, na aferição dela, não se têm em conta todos os elementos conhecidos em juízo, o mesmo não ocorrendo quando se está a determinar se a conduta *played a role in the history of an outcome*, salienta que o comportamento daquela mãe não aumentou a probabilidade de o meteorito cair em cima da criança. Trata-se, na linguagem da autora, de uma coincidência, do mesmo modo que na segunda hipótese considerada, ainda que se tenha assistido a esse aumento de probabilidade, ela não era previsível, pelo que não se pode estabelecer a conexão causal, aqui analisada a uma luz não causalista, mas segundo os quadros normativos do *duty, breach and remoteness of damage* (cf. p. 171).

Veja-se, ainda, da autora, com especial referência à ideia de *coincidence* e *bad luck*, “Legal cause...”, ... cit., p. 1000 [sustentando que a *significance* da conduta só pode ser valorada por referência ao contexto e tendo em conta a finalidade da *liability*. A coincidência atenuaria a responsabilidade e, neste quadro, a autora pesa a relevância do decurso do tempo, pois que, quanto mais longo este for, mais as coincidências de *bad luck* podem avultar].

Sobre o problema da previsibilidade ao nível dos sistemas integrados na *Common Law*, cf., ainda, BASIL MARKESINIS, ANGUS JOHNSTON e SIMON DEAKIN, *Markesinis and Deakin's ... cit.*, p. 206. Referindo-se à

Quer isto dizer que distamos, na tentativa de sistematização de critérios que respondam positivamente ao problema da imputação objectiva, quer da ancoragem culpabilística, quer da lição tradicional e maioritariamente colhida em sede causal.

Voltemos, pois, ao modelo a propor, sistematizando alguns pontos e adiantando outros, de modo a dar resposta àquela questão formulada.

Para que haja imputação objectiva, tem de verificar-se a *assunção de uma esfera de risco*, donde a primeira tarefa do julgador será a de procurar o gérmen da sua

previsibilidade como um dos critérios de limitação da obrigação ressarcitória ao nível da chamada *causation in law*, os autores tornam claro que aquela se dirige ao tipo de dano e não à sua extensão, fazendo, com uma estrutura discursiva divergente, e ainda distante da fundamentação ético-axiológica com que pretendemos contaminar o modelo que tentamos esboçar, lembrar a dicotomia entre uma *causalidade* que se orienta pela ideia de imputação do evento lesivo ao comportamento do lesante (e portanto entre nós ancorada na violação do direito subjectivo absoluto) e uma *causalidade preenchedora da responsabilidade*, a apontar para o cálculo da indemnização.

Repare-se que, no desenvolvimento subsequente da ideia primacialmente avançada, MARKESINIS, DEAKIN e JOHNSTON acabam por lidar com a oposição entre a previsibilidade e a probabilidade. Rememorando a fundamentação de *Viscount SIMONDS*, questiona-se até que ponto devem ser consideradas indemnizáveis as consequências que sejam resultado directo de um dano previsível. Defende, na verdade, SIMONDS que o lesante deve responder apenas pelas consequências prováveis do seu acto, tornando a responsabilidade proporcional à gravidade da culpa daquele.

Algumas notas se impõem a este respeito. Em primeiro lugar, importa frisar que se aproximam os dois termos, tomados por equivalentes. Em segundo lugar, falha, na argumentação expendida, a ideia de primeiro evento lesivo, a partir do qual, referindo-se-lhe a culpa, perde sentido a desconfiança denotada quanto à desmaterialização do juízo de responsabilidade.

¹⁹⁷³ Cf., quanto ao ponto, W.V.H. ROGERS, *Winfield and Jolowicz ... cit.*, p. 228, considerando que, pela análise de diversos precedentes jurisdicionais da Common Law, se pode concluir que a *foreseeability* tem um significado *which is very far removed from probable or likely*. O lesante será responsável por qualquer tipo de dano que seja razoável prever que possa ocorrer, mesmo que se traduza num caso raro, excepto se o risco de emergência dele for de tal modo diminuto que um homem médio o teria, naquelas circunstâncias, negligenciado.

¹⁹⁷⁴ Importa, a este ensejo, frisar um ponto importante. O mesmo justifica-se pela chamada à colação do pensamento de JANE STAPLETON numa das notas pretéritas. Na verdade, o pensamento da autora caracteriza-se por procurar determinar, num primeiro nível de inquirição (causal), se a conduta do agente pode ser vista como um factor relevante na história do resultado. Não se confunde essa interrogação com aquela que inscrevemos em texto. Em primeiro lugar, a possibilidade de que curamos não se transmuta na construção do facto relevante; em segundo lugar, qualquer semelhança acaba por ser preterida pela dissemelhança intencional, porquanto o que esteja verdadeiramente em causa quando ousamos colocar os problemas da forma que os equacionamos é a determinação da esfera de responsabilidade pela qual o agente, enquanto pessoa livre, deve responder. O nosso ponto de vista é, aqui, totalmente normativo, enquanto o da autora é – naquele nível – fáctico. A diferença sublinha-se com a formulação divergente (a ideia de possibilidade por nós comunicada aparta-se da concreta determinação do papel que a conduta teve na história da transição para o resultado).

É claro que nos preocupa o não aprisionamento aos dados sistemáticos, apartando-nos da realidade. Simplesmente, a não alienação do dado telúrico, convocador do direito, só se pode cumprir na compreensão dialéctica do diálogo entre os dois pólos tradicionais do problema jurídico.

Sobre o ponto, ulteriores considerações serão expendidas *infra*.

¹⁹⁷⁵ HART e HONORÉ chamam-nos à atenção para os diversos enfoques com que pode ser encarada a previsibilidade. A uma previsibilidade em sentido prático, raiz da actuação de cada homem, que está na base do juízo culpabilístico, alia-se uma previsibilidade de pendor negativo, traduzível na não improbabilidade. Cf. HART e HONORÉ, *Causation... cit.*, p. 263 e, *supra*, o diálogo que encetámos com os autores a propósito da previsibilidade.

emergência¹⁹⁷⁶. Rememorando os fundamentos da responsabilidade civil e chamando à colação o conceito de liberdade positiva, em que nos estribamos, bem como o de acção juridicamente relevante (que daquela recebe a coloração mais densa), compreendemos facilmente – como aliás ficou já transparecia das nossas palavras – que, ao agir, qualquer sujeito mobiliza uma esfera de responsabilidade, uma vez que esta mais não é do que o correlato axiologicamente natural de uma liberdade que se torna actuante¹⁹⁷⁷. Violados que sejam determinados deveres de conduta para com o outro – o que viabiliza, em simultâneo, o proferimento de um juízo de censura em que se vem a traduzir a culpa –, a pessoa actualiza aquela responsabilidade, passando a encabeçar um sucedâneo da *role responsibility*, uma outra esfera de responsabilidade em que a primeira se transforma¹⁹⁷⁸. Ora, enquanto não se cristaliza, esta responsabilidade firmada a jusante deve ser entendida como uma esfera de risco. No fundo, o agente chama a si o risco de suportar todas as consequências da lesão ou lesões que se venham a verificar. Repare-se, contudo, que, porque ela não é mais do que um prolongamento da responsabilidade que, eticamente, conforma a própria liberdade, os eventos por que o lesante há-de responder são exactamente aqueles que ele deveria ter evitado (aqueles

¹⁹⁷⁶ Cf. artigo 4:101 do Projecto de um quadro comum de referência em direito privado europeu, onde se pode ler que “A person causes legally relevant damage to another if the damage is to be regarded as a consequence of: a) that person’s conduct; or b) a source of danger for which that person is responsible”

¹⁹⁷⁷ Veja-se, a este propósito, CHRISTOPHE QUÉZEL-AMBRUNAZ, *Essai sur la causalité...* cit., p. 554, falando de uma esfera de autoridade que permitiria traçar a diferença entre a responsabilidade civil, enquanto mecanismo ressarcitório, e os outros expedientes aptos a indemnizar aquele que sofre um dano (designadamente, os mecanismos securitários). O autor distancia-se assim, tendo em atenção sobretudo as situações de responsabilidade objectiva e de responsabilidade por facto alheio, daqueles que encontram na causalidade o vector diferenciador das situações mencionadas. Para outras considerações acerca da esfera de responsabilidade, cf., ainda, p. 618 e ss., onde o autor procura justificar a existência de casos de responsabilidade mediata pela ideia de *sphère d’autorité*. Segundo o seu testemunho, a noção visa facilitar a coerência da responsabilidade civil, permitindo explicar todos os casos especiais de responsabilidade segundo o mesmo modelo. Parafraseado QUÉZEL-AMBRUNAZ, “cada pessoa tem uma esfera de autoridade, na qual todo o facto defeituoso que cause um dano obriga a reparar, independentemente de saber se foi um facto pessoal, de si, de uma coisa ou de outro”.

Do autor, veja-se ainda p. 240 e ss., mostrando que o elo inicial da cadeia causal que procura edificar se tem de necessariamente encontrar num comportamento livre, pelo que um acto efectuado sob algum constrangimento, de modo reflexo, ou em virtude de um erro causado por um terceiro não pode ser atribuído ao seu autor.

¹⁹⁷⁸ Num quadro de pensamento que não é o nosso, vejam-se, a este propósito, os ensinamentos de QUÉZEL-AMBRUNAZ, *Essai sur la causalité...* cit., p. 268 e ss., para quem é incontestável que os factos que o nexo causal unem são *faits défectueux*. Isto motivou algumas críticas, na medida em que se estimou que a causalidade não seria indissociável da *faute*, ainda que ela surja sob a capa de defeituosidade ou anormalidade – cf. p. 266. Segundo o autor, tais objecções podem ser afastadas. Por um lado, é normal que se defina a causalidade a partir de elementos que lhe são exteriores, tanto mais que definir uma noção por si mesma é uma tautologia; por outro lado, a pretensa dissimulação da *faute* não colhe, porque faz parte da essência da responsabilidade civil supor uma anormalidade na sua génese. Acresce que, despida da culpabilidade, a anormalidade não se confunde com a *faute*.

que o não desvio da conduta teria evitado¹⁹⁷⁹). Assim sendo, a esfera de risco a que aludimos pode avultar por outra via. Pensamos em todas as situações em que uma especial posição ocupada pelo sujeito determina o nascimento de especiais deveres para com o outro^{1980 1981}.

São-lhe, por isso, em princípio, imputáveis todos os danos que tenham a sua raiz naquela esfera, donde, *a priori*, podemos fixar dois pólos de desvelação da imputação: um negativo, a excluir a responsabilidade nos casos em que o dano se mostra impossível (*impossibilidade do dano*), ou por falta de objecto, ou por inidoneidade do meio^{1982 1983}; outro positivo, a afirmá-la diante de situações de *aumento do risco*¹⁹⁸⁵.

¹⁹⁷⁹ Não configuram as nossas palavras uma inversão argumentativa, pois, como salientaremos, de seguida, a esfera de risco que se edifica é mais ampla do que a esfera de responsabilidade que, a montante, acompanhava a actuação livre. É-o exactamente porque as consequências do comportamento ultrapassam sempre o controlo humano, autonomizando-se dele. Daí que não seja a culpa o índice adequado para fundar a imputação. É esta, aliás, um dos argumentos tradicionalmente avançados para justificar o tratamento destes problemas à luz de uma ideia causal. Simplesmente, sabemos que, ao fazê-lo, não só o jurista se enreda em dificuldades, como não cumpre a intencionalidade predicativa da juridicidade. O cerne do modelo que procuramos propor não se encontra numa normativizada visão probabilística, mas no sentido da pessoalidade livre que comanda todo o instituto ressarcitório.

¹⁹⁸⁰ Não falando de uma esfera de risco, mas dos deveres do tráfego, VON BAR (cf. “Entwicklungen...”, ... cit., p. 169 e ss.) sublinha que, na determinação da titularidade deles, devemos ter em conta a protecção das expectativas dignas de confiança, o aumento do risco e a possibilidade de o dominar.

¹⁹⁸¹ A este ensejo, v. STEPHAN LORENZ, “Schadensersatz wegen Pflichtverletzung – ein Beispiel für die Überhastung der Kritik an der Schuldrechtsreform”, *Archiv für die civilistische Praxis*, 56, Heft 14, 2001, p. 742 e ss.

¹⁹⁸² Já *supra* evidenciámos que o modelo imputacional por nós proposto nos libera da tarefa de determinação do grau de probabilidade bastante para fundar o juízo imputacional. Contudo, *infra*, embrenhar-nos-emos no debate acerca das *nuanças* que separam a probabilidade da mera possibilidade. Fazemo-lo posteriormente e não agora, uma vez que a questão se prende, não só mas também, com problemas atinentes à prova. E, se a normativização do problema causal por nós encabeçada torna despidiendas algumas das cisões tradicionalmente consideradas entre a *imputatio iuris* e a *imputatio facti*, o logrado esclarecimento que se pretende obter só será alcançado quando o leitor estiver na posse de todos os elementos de inteligibilidade que se convocam. Ademais, o que aqui intentamos, ao contemplarmos este critério, não é a determinação da possibilidade ou probabilidade do dano, mas o afastamento dos danos que sejam impossíveis.

Adiantem-se, porém, algumas interpretações no que toca ao primeiro problema focado nesta nota. Curioso a este propósito é, pois, o entendimento que podíamos apodar de negativo. Ou seja, não se procura determinar o grau de adequação de uma conduta relativamente ao resultado que se produz, mas, tendo em conta um sistema matizado pela nota do risco, saber em que medida o resultado é tão escassamente provável que a realização do acto que o causa não supera o risco socialmente permitido, não havendo, por isso, imputação. Cf. SALVADOR CODERCH e JUAN ANTONIO RUIZ GARCIA, “Problemas de la responsabilidad civil en derecho español”, cit., p. 416, analisando o direito espanhol e colhendo inspiração directa no sistema penalista de GÜNTHER JAKOBS. Veja-se, ainda, no mesmo estudo, as considerações expendidas a páginas 418 e ss. É aí preocupação cimeira a definição prévia do tipo de racionalidade que há-de conduzir o decidente na determinação do grau de probabilidade de ocorrência do dano relevante. Em oposição, confrontam-se, segundo o depoimento daqueles, a posição de quem se atém a uma análise custo-benefício e aqueloutra que, para além dos arrimos técnicos e económicos, informa o juízo entretido por valorações de tipo normativo.

Saliente-se que o problema é equacionado não autistamente, mas no âmbito da delimitação do risco permitido. E que, em coerência com o anunciado na página 408, os autores não hesitam em lançar mão da análise económica do direito para estabelecer os termos precisos da imputação objectiva. Sobre o ponto, cf. as veementes críticas que dirigimos à funcionalização do jurídico em nome da maximização do bem-

estar social. Sobre o nosso entendimento relativamente ao funcionalismo sistémico, veja-se o que deixámos inscrito *supra*.

Mais se diga, finalizando esta já longa nota, que muitos são os problemas para os quais se requer, tradicionalmente, uma concepção naturalista de causalidade ou mais concretamente para os quais se reivindica a necessidade de lidar com o problema da causalidade dita de facto. Cf. ANGELO LUMINOSO, “Possibilità, realtà o necessità della relazione causale”, ... cit., p. 216 e ss. Veremos como a conformação do problema por nós apresentada pode levar a soluções díspares. Do mesmo modo que pode tornar diverso o apontamento acerca do grau de certeza que se requer para o estabelecimento do juízo imputacional. Ou seja, pode fazer variar a compreensão da dita causalidade que muitos vêm ancorada na equivalência condicional.

Veja-se, ainda, KEITH MASON, “Fault, Causation and Responsibility: is tort law an instrument of corrective justice?”, ... cit. 146. Questiona-se aí em que medida uma pessoa que cria ou incrementa um risco de lesão deve, sem prova das possibilidades de aquele se concretizar, suportar a responsabilidade na hipótese de tal ocorrer.

As ideias aqui expendidas poderiam retroceder dialogicamente à querela que tem dividido os autores e que passa por saber se o apelo às teorias normativas para lidar com o problema da causalidade torna ou não despidendo o recurso à adequação. Veja-se, a este propósito, VON CAEMMERER, *Das Problem des Kausalzusammenhangs...* cit., p. 288. No fundo, do que se trata é de saber se a teoria da adequação deve ter sempre um papel a depor ou se ela pode ser suplantada, designadamente quando falta ou é mínima a tendência de favorecimento do dano. V. HERMANN LANGE/GOTTFRIED SCHIEMANN, *Handbuch des Schuldrechts...* cit., p. 91 e ss., dando conta do problema e mostrando como ele redundava, afinal, em saber qual o grau de certeza que se requer para o estabelecimento da conexão imputacional. É porque nos situamos já na fronteira do que é requerido em termos de transposição entre o plano do dever ser e o plano do ser que remetemos as demais explicitações para momento posterior. Sobre o ponto, cf., ainda, as indicações bibliográficas inseridas aquando do afloramento do tópico no cap. I.

¹⁹⁸³ Cf. MÜNZZBERG, *Verhalten und Erfolg* ... cit., p. 144 e ss., considerando que a aptidão (*Eignung*) é um dos requisitos da ilicitude, ou seja, uma qualidade da conduta que a permite cancelar de lícita ou de ilícita (cf. p. 149).

Sublinhe-se, contudo, que a posição do autor lida com o debate em torno do finalismo e do desvalor de conduta ao nível do direito civil, não sendo, por isso, coincidente com a ideia plasmada em texto.

Sobre o ponto, cf. LAURENZ VOSS, *Die Verkehrspflichten...* cit., p. 71 e ss. Acompanhemos, a breve traço, o que o autor expende a este propósito. Começando por frisar que a discussão em torno da ilicitude pressupõe uma relação entre o resultado e uma conduta, aduz que nem sempre é ajustada a conexão que se estabelece. Se é verdade que, ao nível do § 823 I BGB, a ilicitude se baseia na realização de um certo resultado, não menos certo é que ela tem subjacente a si a violação de um dever de comportamento. Para VOSS, o entendimento segundo o qual o ordenamento jurídico proíbe condutas e não resultados é uma conquista da acção final. No fundo, o que o autor sustenta é que o legislador sanciona acções e omissões numa perspectiva *ex ante* (para uns, o agente tem de reconhecer no momento temporal da execução da acção se o comportamento é ou não conforme ao direito; para outros, só a perspectiva *ex ante* permite a sincronia com o conceito de ilicitude que a pretensão compensatória comunica e a pretensão de defesa negativa do § 1004 Abs. 1 BGB). Assim, importaria a possibilidade do evento – *Möglichkeit* (a que alude MÜNZZBERG) – ou a iminência (*Bevorstehen*). A questão de saber se o resultado ocorreu ganha importância ao nível dos danos, assumindo-se aí um *ex-post-Standpunkt*. Ou seja, se no § 823 II BGB, o comportamento é apropriado ou não consoante a protecção estabelecida por lei; ao nível do § 823 I tem-se em conta uma intervenção nos direitos absolutos, por ter o legislador admitido uma posição privilegiada para os bens jurídicos ali contemplados. Esta posição de privilégio determina que a ilicitude de um comportamento será apreciada exclusivamente com base no ponto de vista dos bens jurídicos – *rechtsgutorientiert* –, afirmando-se a prioridade destes em relação à liberdade de acção do potencial lesante e falando-se de uma obrigação de evitar o resultado (*Erfolgsvermeidungspflicht*). Já não seria assim no tocante às lesões mediatas, nas quais há necessidade de analisar o modo de comportamento, intervindo os deveres do tráfego. Cf., igualmente, p. 80 e ss., referindo-se aos diversos tipos de conduta ilícita: a) conduta ilícita quando viola determinados deveres de controlo do perigo (como nos casos em que a integridade dos direitos absolutos é compatível com a autorização de certas condutas) – *Gefahrsteuerung*; b) a própria criação de um perigo é proibida, pelo que a violação de uma obrigação de evitar o perigo é ilícita – *Gefahrvermeidungspflicht*; c) a pretensão de integridade do bem jurídico erige um dever de evitar o resultado em absoluto – *absolute Erfolgsvermeidungspflicht*. Nestes casos, as intervenções mediatas, potencialmente perigosas, são comparáveis às intervenções imediatas.

¹⁹⁸⁴ Entre nós, vide PAULO MOTA PINTO, *Interesse contratual negativo...* cit., p. 688 e nota 1959. O autor refere-se ao problema de saber se a concretização do dano é já inevitável no momento em que o facto é

Desde logo, podemos pensar nas hipóteses em que nos deparamos com o que, no quadro penalista, vem conhecido por tentativa impossível. Se é certo que elas resultam irrelevantes no quadro civilístico, quer porque, em geral, o dano se não produz, quer porque, em particular, era o objecto que faltava, o certo é que, em todas aquelas situações de suposta sobredeterminação condicional, em que a lesão sobrevém por uma causa que não o comportamento do lesante, porque, no momento da sua actuação, a lesão já se tinha verificado, fica, desde logo, arredada a responsabilidade dele^{1986 1987}.

Se prático-normativamente estas não serão as situações mais numerosas, do ponto de vista teórico a consideração expendida revela-se prestimosa, uma vez que permite secundar a anteriormente fixada cisão entre a culpa e a imputação objectiva. Imagine-se que A, tendo intenção de matar B, dispara um tiro sobre ele, pensando que estava a dormir, quando, na verdade, naquele mesmo momento a vítima já sofrera um

praticado, ou aquele pode ser ainda impedido. Pedindo de empréstimo as suas palavras, “quando intervém um segundo facto só por si suficiente para o dano ulterior, o problema da responsabilização do autor do primeiro facto, que também era suficiente para esse prejuízo, ou da manutenção deste com o lesado, é, na realidade, um problema de distribuição do risco do futuro, e não um problema de causalidade, a efectuar tentando respeitar, tanto quanto possível, os princípios da reparação total e da proibição do enriquecimento do lesado com a indemnização”. De acordo com o testemunho do insigne civilista, “aqui residiria, segundo parte da doutrina alemã, a ligação do problema com a relevância da predisposição para o dano, que seguramente o causaria, ou, segundo outra, a possibilidade de se excluir logo a responsabilidade pelo segundo facto por este não ter causado qualquer prejuízo. Por um primeiro facto já ter causado prejuízos ulteriores, tal não significa, porém, que o segundo facto apenas atinja já um bem sem valor (como que *shooting a corpse* – disparando sobre um cadáver).

¹⁹⁸⁵ Veja-se, a este propósito, HORST HAGEN, “Rezension: Michael R. Will: Quellen erhöhter Gefahr”, *Archiv für die civilistische Praxis*, 181, Heft 5, p. 443 e ss.; SINDE MONTEIRO, “Recensão da Obra de Michael Will, Quellen Erhoehter Gefahr”, *Revista de Direito e Economia*, ano X-XI, 1984-1985, p. 443 a 447

Cf., igualmente, J.-C. SAINT-PAU, “Responsabilité civile et anormalité”, *Études à la mémoire de Ch. Lapoyde-Deschamps*, Press Universitaires de Bordeaux, Pessac, 2003, p. 249, considerando que a anormalidade do comportamento faz parte da própria indagação causal.

¹⁹⁸⁶ Importa não esquecer, a este ensejo, as especificidades da tentativa no quadro do direito penal e a questão de a categoria fazer apelo a um comportamento doloso.

¹⁹⁸⁷ Cf., a este propósito, KOZIOL, *Österreichisches Haftpflichtrecht...* cit. I, n.3/71. Considera o autor que o evento hipotético subsequente não pode ser tido em conta quando o dano se verificou antes de o segundo evento ter lugar. Assim, se alguém destruiu um objecto antes que uma segunda pessoa o possa danificar, este não pode cometer um acto ilícito, porque não existe mais um direito de propriedade sobre aquele bem. Se o segundo evento já tiver ameaçado o objecto de um modo concreto antes do primeiro evento produzir a sua eficácia, o valor já foi reduzido pelo perigo inerente ao segundo evento. Repare-se que, não obstante a perspectivação do problema à luz da causalidade hipotética, o autor acaba por oferecer um argumento que secunda doutrinariamente o critério por nós avançado atinente à inexistência do próprio objecto da lesão. V., ainda, BYDLINSKI, *Probleme der Schadensverursachung...* cit., p. 100.

BYDLINSKI defende que, se um segundo evento fundar uma obrigação de indemnização, a responsabilidade dos dois autores é solidária (ainda que o segundo seja meramente hipotético, já que para o autor a causalidade hipotética não é mais do que uma forma diferida no tempo de causalidade cumulativa), mas não se a lesão total do bem jurídico já tivesse ocorrido no momento em que o segundo evento tem lugar. Na verdade, este só é fonte de responsabilidade se for ilícito e a ilicitude não se verificará se o bem jurídico tutelado por via do direito absoluto (cuja preterição a desvela) já não existir. Assim, se A tentar matar B e este já estivesse morto no momento em que ele disparou, pela inexistência do próprio objecto da lesão – a vida –, excluir-se-ia a responsabilidade do pretense lesante.

ataque cardíaco fulminante, do qual tinha falecido¹⁹⁸⁸. Desvela-se inequivocamente o dolo do agente, até mesmo na sua vertente de dolo directo, e não obstante não pode imputar-se objectivamente a lesão do direito à vida ao comportamento dele, dado ser impossível o dano no caso concreto, por se ter, momentos antes, produzido a morte.

Mas também a este nível havemos de rodear-nos de cautelas.

A estrutura valorativa é, à primeira vista, análoga àqueloutra que se patenteia nas situações de sobredeterminação causal, sem que, no entanto, se possam extrapolar soluções. Enquanto aqui a causa do dano é apenas uma, outros casos pode haver em que para a morte concorrem em simultâneo dois factores independentemente um do outro. Imagine-se, a título de exemplo, que o senhor A está a ter um ataque cardíaco no exacto momento em que B dispara um tiro mortal sobre ele, não se conseguindo apurar qual dos dois foi efectivamente causal para a morte.

Aqui, não é possível *a priori* afastar a responsabilidade do ou dos agentes pela falta de assunção de uma esfera de risco/responsabilidade; é que, como se poderá constatar, não é viável concluir inequivocamente pela impossibilidade do dano¹⁹⁸⁹.

O que ficou dito remete-nos, sem demoras, para o critério de sentido positivo há pouco anunciado. Rememorando a lição roxiniana e fazendo relembrar que qualquer actividade comporta perigos, vêm os autores mostrar que se devem ter em conta apenas as condutas que *ex ante* levassem a que o grau de probabilidade de ocorrência de um dano aumentasse. Como bem nos recordamos, afastar-se-ia a imputação sempre que o incremento do risco fosse negligenciável, quando estivessemos diante de situações de

¹⁹⁸⁸ Cf. BRANDÃO PROENÇA, *A conduta do lesado...* cit., p. 203, apresentando, a outro ensejo e com uma intencionalidade diversa, um exemplo análogo a este. Ponderando os casos em que se confrontam um lesante que não actuou diligentemente e um lesado que não está em condições de acautelar os seus interesses e em que ambos concorrem para a inserção num quadro potencial de manifesta perigosidade, adianta que há factores que podem fazer pender o fiel da balança para um lado ou para o outro. Oferece-nos, então, um exemplo: prova-se que o cardíaco já estava morto quando sofreu o embate ou morreu mesmo sem o atropelamento.

¹⁹⁸⁹ Assim já não no caso do sobrinho que manda o tio passear, desejando que ele morra no percurso que antevê. Aqui – não por falta de objecto da lesão, mas por inidoneidade do meio – pode dizer-se que o dano é impossível.

Sobre o ponto, cf. MARTÍN GARCIA-RIPOLL MONTIJANO, *Imputación...* cit., p. 64, alertando para o facto de os finalistas entenderem que aqui não há dolo, já que este teria de implicar a possibilidade de influir num acto real. Refira-se que não é o simples desejo de morte que nos permite aferir a culpa (tanto mais que esta não se traduz num desvio da vontade, mas numa não conformidade da conduta com o que seria exigível), mas a preterição de determinados deveres de cuidado. Donde, a exclusão do dolo não se justifica pela impossibilidade de influir num acto real, mas pela não clivagem entre o que o agente fez e o que o homem normal teria feito. Poder-se-ia, contudo, configurar a hipótese em que o sobrinho, conhecedor das debilidades do tio, de avançada idade, o manda passear por um caminho ermo. Vindo concretamente a falecer o tio, por um acidente ocorrido durante a viagem/passeio, poder-se-iam levantar ulteriores problemas. Contudo, como veremos, o esboço que com estes critérios se traça será preenchido por uma ideia de cotejo de esferas de responsabilidade, no âmbito do que estaremos em condições de delinear claramente a solução materialmente mais justa.

risco permitido, quando haja diminuição do risco ou perante cursos causais hipotéticos¹⁹⁹⁰. ROXIN consideraria, a este propósito, e referindo-se especificamente à falta de criação de um risco, estarmos próximos da doutrina da adequação, na sua versão que clama por um prognóstico objectivo posterior. Não cremos, porém, que a sintonia seja perfeita, nem comungamos totalmente da perspectiva normativa do insigne pensador.

A assunção da esfera de risco implica, obviamente, a cognoscibilidade. Ora, se assim é, ou seja, se o sujeito conhece (ou não deve ignorar) que encabeça uma esfera de riscos, isso significa que ele antecipa mentalmente o possível resultado. Nesta medida, a cognoscibilidade envolve a previsibilidade e esta, ancorando-se no padrão cognitivo do homem médio, apela à probabilidade. Mas tal não implica a confusão entre as posições: a partir do momento em que afirmamos a edificação da esfera de risco/responsabilidade que pretendemos fazer avultar, não nos interessa prescrutar qual a probabilidade de aquela conduta gerar um resultado do tipo do verificado, mas sim saber se o dano é ou não um daqueles em atenção aos quais emergiu o círculo de responsabilidade¹⁹⁹¹.

Quer isto dizer que só são imputáveis os danos prováveis/objectivamente previsíveis? E que com isso reslavamos, afinal, para a adesão não confessada à doutrina da causalidade adequada? A resposta a estas inquietações não pode senão ser negativa. Sê-lo-á, desde logo, porque, ao contrário do que se verifica no seio daquela, não lidamos com uma visão normativizada de uma causalidade natural que nos encaminha para um juízo estatístico, antes nos remetendo, como sabemos, para a consideração de uma esfera de responsabilidade que presta homenagem à intencionalidade predicativa da juridicidade, da qual não nos podemos apartar. Mas sê-lo-á, também, por divergirem as soluções práticas que são viabilizadas por uma e outra impostação.

Não procuramos saber se era ou não provável que aquele tipo de dano adviesse daquele comportamento, não nos enredando, por isso, em problemas laterais como a determinação do grau de probabilidade juridicamente relevante. O que nos importa concluir é se o dano-lesão que emerge consta ou não entre os que delimitam o círculo de risco encabeçado pelo lesante. Para tanto basta, a este ensejo, que haja a possibilidade de ele ser um dos efeitos da conduta deste. Não apelamos, para isso, a uma contrafactual ideia de condicionalidade *sine qua non* e temos a separar-nos de uma formulação

¹⁹⁹⁰ Cf., *supra*, o que expendemos sobre a lição de ROXIN.

¹⁹⁹¹ No fundo, procuramos saber se o dano é um daqueles em atenção ao qual o comportamento do lesante deveria ter sido outro.

negativa da causalidade adequada o facto de não olharmos desenraizadamente para o dano, de não partirmos dele e de não pretendermos satisfazer-nos com este índice indagatório¹⁹⁹².

JONATHAN CARDI, considerando o problema da *proximate cause* à luz da *rule risk*, afirma que “o lesante, ao agir, cria um círculo de potenciais riscos e cada ponto da circunferência representa um potencial risco. Ao decidir se o acto é ilícito, o decidente desenha um círculo mais pequeno em relação ao outro. O círculo mais pequeno representa um juízo normativo acerca dos potenciais riscos que são razoavelmente previsíveis e evitáveis. Cada ponto do círculo mais pequeno representa um risco que o lesante deveria ter tido em consideração quando actua. Cada ponto fora do círculo mais pequeno representa um risco que a pessoa razoável teria tido em conta”^{1993 1994}.

¹⁹⁹² Nessa medida, também nos afastamos de uma ideia de *condição essencial*, típica dos sistemas securitários e da legislação no âmbito social, já que aí, sendo causa a condição que contribua significativamente para o resultado, adopta-se uma perspectiva *ex post* (*ex post Betrachtung*) – sobre o ponto, cf. HERMANN LANGE/GOTTFRIED SCHIEMANN, *Handbuch des Schuldrechts...* cit., p. 97, falando do nexo de causalidade no âmbito social (*Ursachenzusammenhang im Sozialbereich*) [cf. também HERMANN LANGE, “Adäquanztheorie, Rechtswidrigkeitszusammenhang, Schutzzwecklehre und selbständige Zurechnungsmomente”, ...cit., p. 200. Aí o autor contempla os limites do âmbito de aplicação da teoria da adequação e fala da responsabilidade por danos inadequados, ponderando, então, vectores como o dolo, o fim da norma, o nexo de causalidade no âmbito social, e a existência de um seguro].

¹⁹⁹³ JONATHAN CARDI, “Reconstructing foreseeability», *Boston College Law Review*, vol. 46, 2005, p. 921 e ss., p. 970.

Veja-se, igualmente, p. 971, nota 269, considerando que a *risk rule* é virtualmente idêntica no efeito a uma generalizada questão sobre a previsibilidade adequadamente formulada.

¹⁹⁹⁴ O entendimento plasmado poderia denotar uma distância relativamente aos contornos exactos com que a previsibilidade vai pensada por W. JONATHAN CARDI (cf. “Purging Foreseeability. The new vision of duty and judicial power in the proposed restatement (third) of torts”, *Vanderbilt Law Review*, vol. 58, 2005, p. 739 e ss. e “Reconstructing Foreseeability”, ... cit., p. 921 e ss.), sem que ela deva ser sobrevalorizada. Vejamos.

Os estudos citados comportam importantíssimas reflexões, relativamente às quais urge prestar a máxima atenção. Orientar-nos-emos por dois níveis de problematização diversos. Por um lado, vincaremos um entendimento díspar do tratamento da previsibilidade como requisito da causalidade relativamente ao que, por nós, ficou impresso em texto. Por outro lado, mostraremos como o autor se preocupa em cindir o critério quando mobilizado ao nível da culpa da sua aplicação a propósito da *remoteness of damage*.

Acompanhemos, a breve trecho, o pensamento do autor.

CARDI começa por evidenciar a maleabilidade do conceito e a sua indeterminação, chegando a falar de uma verdadeira esquizofrenia conceptual (cf. “Purging Foreseeability...”, ... cit., p. 740 e 743 e “Reconstructing Foreseeability...”, ... cit., p. 924), para logo em seguida se preocupar em apresentar os seus contornos consoante o contexto legal de referência. Importa, por isso, e para uma lograda percepção do que aqui fica dito, relembrar que, ao nível da *Common Law*, os *torts* são genericamente integrados por três elementos: *breach, duty e caution*.

No que ao primeiro concerne (cf. “Purging Foreseeability...”, ... cit., p. 744, onde se sustenta, *a priori*, a autonomia do requisito, relativamente ao *duty* e “Reconstructing Foreseeability...”, ... cit., p. 925), ancorado num padrão de razoabilidade, e aproximando-se da culpa nos sistemas continentais, importa considerar a previsibilidade da emergência da lesão, a gravidade do que se prevê e os benefícios e custos das precauções que podiam ser tomadas para a evitar, constituindo a conjunção dos dois primeiros tópicos o risco que é criado pela conduta do agente (cf. p. 754 e “Reconstructing Foreseeability...”, ... cit., p. 925). Este seria, quanto ao requisito, analisado em geral (*general focus*), ou seja, não estaria em causa a aferição da previsibilidade da lesão particular sofrida pela vítima, mas a previsibilidade do tipo e

Embora não perfilhando a totalidade do pensamento dos autores, estamos em condições de avançar um pouco mais na definição do nosso modelo imputacional.

Na verdade, ao actuar culposamente, o sujeito afasta-se do comportamento exigível tendo em conta o respeito pelo outro e os previsíveis efeitos da sua conduta. Define-se, portanto, uma circunferência, em que cada ponto é integrado por um dos focos da previsibilidade do homem médio, representado pelo lesante. Mas esta

gravidade das lesões que pudessem ocorrer (o que se pretende ajuizar é se um homem razoável, naquelas circunstâncias, teria ou não agido de modo diverso, tendo em conta o risco que a sua conduta envolvia). Com isto, distingue-se a culpa ao nível do direito civil da culpa ao nível do direito penal (tanto que neste campo dogmático ela tem de se estender a todas as consequências do acto) e, ao mesmo tempo, afasta-se a noção da homóloga mobilizada em sede de causalidade. Tanto quanto a previsibilidade seja aí chamada à liça, entende JONATHAN CARDI que a previsibilidade não é genericamente aferida, mas de forma específica tendo em atenção a particular lesão sofrida pelo lesado. A páginas 749 (veja-se, também, “Reconstructing Foreseeability...”, ... cit., p. 927, evidenciando que a previsibilidade a este nível pretende afastar do círculo de responsabilidade do agente as consequências bizarras e afastadas do risco por si potenciado, ainda que a culpa as fizesse impender sobre ele), diz-nos que “foreseeability operates in the context of breach as a form of risk contextualization – a foreseeability of general focus which helps to define the blameworthiness of a defendant’s conduct. Under the rubric of proximate cause, by contrast, the foreseeability inquiry is not general but specific to the particular injury suffered by the particular plaintiff at hand”. Mais especificamente, sustenta o autor que podemos considerar que houve culpa, porquanto tenha havido previsibilidade do risco e não adequação da conduta à representação dele que se fez, e não haver responsabilidade porque o comportamento do agente resultou num tipo de lesão imprevisível, ou a lesão ocorreu de um modo inesperado ou foi lesado uma vítima que não se podia prever.

Percebemos, pois, que o que aqui se debate já se prende com o segundo critério por nós desenhado, e desenvolvido *infra*, a propósito da causalidade. Ou seja, o que se indaga aqui é a recondução da concreta lesão à esfera de risco erigida. E aí, consoante teremos oportunidade de ver, o que defendemos passa por não se quedar o jurista na ideia de previsibilidade, devendo antes operar um concreto cotejo das diversas zonas de risco que interagem.

Uma última referência a outro nível de pressuposição da previsibilidade. Trata-se da convocação dela para a delimitação do *duty* (cf. p. 751). Autonomizado por JONATHAN CARDI dos restantes requisitos da responsabilidade civil, interessa saber quando é que o lesante tem o dever diante do outro e qual o seu escopo. Ora, é precisamente na delimitação do *duty* que, a par de outros parâmetros, intervêm ponderações atinentes à previsibilidade (cf. p. 755 e ss.). As quais, por seu turno, nos projectam, de novo, em sede de causalidade. Na verdade, há, desde logo, que ponderar a pertinência de se falar da previsibilidade do lesado, instando-nos a mergulhar na complexa questão debatida na *Common Law* e que tem dividido os adeptos de uma visão não relacional do *duty* e os paladinos de uma perspectiva relacional. Se aderirmos à primeira formulação avançada, teremos de concluir que o dever avulta independentemente de uma relação concreta com a vítima, sendo imposto com base em considerações de *public policy* e *community standards*, sem atenção ao destinatário de tal dever, pelo que saber se o concreto lesado se encontra entre aqueles em protecção de quem o comportamento era devido é relegado para o plano da causalidade. Já se nos polarizarmos na derradeira alternativa, partimos do princípio que o dever não existe no vago, mas em relação a uma pessoa concreta, resolvendo-se *avant la lettre* o problema da previsibilidade do destinatário (cf. p. 756). No fundo, deparamo-nos com a pergunta: deve o *defendant-plaintiff nexus* ser ponderado no contexto da causa próxima ou a propósito do *duty*? [O ponto será aprofundado a outro ensejo. Duas notas urgem, porém, de momento. A primeira para elucidar que o preciosismo se torna mais perceptível num horizonte que não é o nosso, quer porque a nossa ilicitude se distingue da conformação do *duty*, quer porque o impacto da matéria na distribuição de competências entre o juiz e o júri perde sentido no nosso ordenamento. A segunda para sublinhar que a discussão terá de ultrapassar o estudo que agora acompanhamos, chamando à liça a posição de outros autores e tornando dialogantes os restantes pressupostos da responsabilidade civil]. Subsequentemente, questiona o autor, ainda no âmbito do *duty*, a previsibilidade da lesão. À componente subjectiva associa-se a componente objectiva (cf. p. 760 e ss.): o que se prescrua aqui é se o tipo de dano ocasionado pertence à categoria daqueles que o *duty* intentava obviar.

circunferência é envolvida por uma outra, mais ampla, que se estende até ao limite do que não é improvável. Trata-se, aí, de lesões que, não sendo abarcáveis pela previsão do sujeito, se integram, ainda, na zona de influência do risco por ele abraçado. Nessa coroa circular situam-se todos os danos que não são improváveis, ainda que não sejam prováveis. E por eles deve, ainda, porque ligados àquela esfera de risco encabeçada pelo agente, este ser responsabilizado.

Claramente se distingue, portanto, a imputação objectiva da culpa^{1995 1996}.

Mas o que ficou dito viabiliza ulteriores conclusões.

Pois se o que releva é o incremento do risco¹⁹⁹⁷, então a possibilidade do dano deve ser entendida de acordo com uma pertinência funcional da lesão concretamente experimentada à esfera de risco assumida, gerada, potenciada¹⁹⁹⁸.

¹⁹⁹⁵ Chegados a este ponto estamos em condições de (re)compreender alguns dados que *supra* ficaram inscritos acerca do pensamento de RIPSTEIN (e também de COLEMAN) – cf. JULES COLEMAN e ARTHUR RIPSTEIN, “Mischief and Misfortune”, ... cit., p. 112/113. Os autores afastam-se, quer individualmente, quer em uníssono, da possibilidade de ancorar a responsabilidade na pura causalidade. Aduzindo inúmeros argumentos que sustentam dialogicamente a sua posição, acabam por, em homenagem à ideia de justiça correctiva que imbuí o instituto, afirmar, também inequivocamente, que tal não implica – nem deve implicar – o abandono da causalidade. Discrepamos dos autores naquilo que pensamos ser ainda uma mundividência dominada por uma concepção de pessoa que, libertando-se de radicalismos outros, nos conduz até ao indivíduo. Mas fizemos questão de notar, por mais do que uma vez, que o indivíduo que ali vem pensado não é o ser dessolidário de outros escritos, tendo, por mais do que um tempo, RIPSTEIN insistido na importância da consideração dos deveres que unem os sujeitos. De outra coisa não é expressão a sua *reciprocity conception of responsibility*. Do mesmo modo que sublinhámos a componente normativa com que não pode vir pensado o “delinear de esferas entre aqueles”. Donde, o que os autores apelidam de causalidade pode ser perspectivado em termos de imputação objectiva. E disso também é indício a resolução do problema à luz da ideia ripsteiniana de *risk ownership*.

Mais importante, agora, é, porém, mostrar que, coincidentemente com o que em texto referimos, a *fault* não substitui a causalidade, “mas define o âmbito da sua relevância”, pelo que, se “entendemos as fronteiras entre as pessoas em termos normativos e não geométricos, vamos concluir que o sistema da *fault* pode coerentemente estabelecer que alguém só é responsável pelos danos que se integrem no risco implicado pela violação de um *standard* de cuidado. É ele que divide o risco particular entre as partes e se alguém o pretere passa a ser responsável pelos danos que se lhe seguem” – cf. p. 113.

¹⁹⁹⁶ A este ensejo, cf. NILS JANSEN, *Die Struktur...* cit., p. 307 e ss. Recuando ao período do *usus modernus*, considera a categoria da *culpa levissima*. Ela estabeleceria uma imputação do dano próxima da responsabilidade por um comportamento ilícito. Mas isso acabou por determinar uma certa crítica, ouvindo-se vozes no sentido de dizer que a culpa deixaria, assim, de se distinguir claramente da causalidade. Ora, porque a culpa levissima não prevê a violação de um *standard* de comportamento obrigatório, ela deve andar associada a um conceito de ilicitude assente no resultado. O mesmo se pode perceber por referência à omissão. Ela só dá origem à responsabilidade quando exista uma obrigação de comportamento, dificultando a escolha do critério com base no qual se distingue o comportamento negligente da culpa levissima no seio do *non facere*. No entendimento do *usus modernus*, o *damnum culpa levissima datum* significa apenas que o lesante gerou um dano de um modo imputável, não tendo o conceito a ver com uma verdadeira culpa. Ela serve de base para a justa distribuição do risco de dano e permite, nessa medida, uma delimitação de esferas jurídicas subjectivas. O que se proíbe, na esteira do que, no século XVI, MOLINA tinha explicitado (cf. NILS JANSEN, op. cit., p. 309), não é a actividade perigosa em si mesmo, mas a específica actividade perigosa não acompanhada da intenção de a tornar inofensiva. Esta ideia, partilhada pela responsabilidade pelo risco e posta a nú pela pena de JANSEN, permite-nos compreender que já historicamente a consideração de uma esfera de perigo assumida pelo sujeito era chamada a depor no seio do discurso do decidente, não se confundindo com um grau de culpa.

¹⁹⁹⁷ Torna-se a este nível urgente clarificar alguns pontos. De um lado, redundará a nossa explicação na problematização do carácter concreto ou abstracto do risco. Para concluirmos que não pode deixar de se apelar a um juízo que tenha em conta todas as especificidades do caso concreto, pese embora se não perca do horizonte de argumentação o padrão do homem médio que sempre nos acompanha no domínio civilístico. Cf. ANA PERESTRELO OLIVEIRA, *Causalidade e imputação...* cit., p. 77 e ss., sustentando, no quadro da responsabilidade ambiental, que o carácter arriscado se deve aferir em concreto.

Note-se, porém, que o facto de apelarmos aqui à concretude judicativa não contraria aquelas que foram as nossas considerações até ao momento. Pois que uma coisa é a avaliação do carácter arriscado da conduta, outra diversa é a verificação ou não da assunção de uma esfera de risco. Sendo certo que esta se há-de necessariamente aferir por referência às particularidades do caso concreto [evidenciando a importância da consideração de todos os elementos do caso concreto e apresentando, na sua argumentação, importantes exemplos, pese embora dele nos distanciemos, cf. GERALDES DE CARVALHO, “A causalidade. ...”, ... cit., p. 24-25], a prévia chancela de perigosidade a que nos referimos não pode deixar de apelar à normalidade do acontecer. E bem assim a solução final que buscamos há-de ser encontrada não na referência simples ao risco mas a uma ideia de pertinência funcional àquela esfera que se assume, pelo que, em última instância, cremos não se agigantar na nossa proposta a dúvida que em nota se coloca. A resposta que lhe oferecemos resulta de todo o esquema imputacional forjado. Onde avultam com meridiana clareza algumas das dúvidas que se concitam no nosso espírito a propósito da proposta da civilista. Porquanto, dessareigada da assunção alocativa de que curamos em texto, a ideia de aumento do risco pouco dista da proposta da causalidade adequada, em algumas das interpretações que lhe são dispensadas, a não ser na falta de generalização a que com a primeira somos confrontados.

Cogitam-se, igualmente, outras ponderações, levadas a cabo por FIGUEIREDO DIAS, e acolhidas no domínio civilístico por ANA PERESTRELO OLIVEIRA [ver do primeiro, “O direito penal...”, ... cit., p. 181 e ss; e da segunda, *Causalidade e imputação...* cit., p. 75, nota 189 e 190], a propósito da não confusão entre o risco de que aqui se fala e o risco tal como é concebido pelos teorizadores da sociedade de riscos.

¹⁹⁹⁸ Mostrando-se crítico em relação à teoria do aumento do risco, cf. MARTÍN GARCIA-RIPOLL MONTIJO, *Imputación objetiva...* cit., p. 194 e ss. Assenta a sua desconfiança relativamente à proposta em dois aspectos fundamentais. Por um lado, ela não evita o recurso aos cursos causais alternativos, não nos afastando dos problemas lógicos da causalidade concorrente e conduzindo a situações em que não se saberá o que decidir (sobretudo tendo em conta processos causais indeterministas nos domínios onde só é possível trabalhar com leis de probabilidade, como acontece sempre que se tem de ajuizar a relação entre o consumo do tabaco e o cancro do pulmão); por outro lado, não acrescenta nada de novo (cf. p. 196), uma vez que, *ex post*, concluiremos que a conduta tem 100% de possibilidade de produzir o dano. O autor, relacionando o critério do incremento do risco com a questão dos comportamentos lícitos alternativos, que lhe anda associada, esclarece que, “ao expor a teoria da imputação objectiva, diz-se que esta se dá quando se incrementa o risco” e que, “quando se fala de comportamentos alternativos, não há imputação se não houver incremento do risco”. Ora, se no primeiro caso a conduta é analisada *ex ante*, no segundo caso, ela é aferida *ex post*.

Acerca da posição do autor, duas referências se nos afiguram imprescindíveis. Em primeiro lugar, importa salientar que a mobilização do critério do incremento do risco não surge descontextualizada, pelo que as inquietações que assaltam o pensamento do insigne jurista não nos perturbam sobremaneira. É que – e como já tivemos oportunidade de frisar – o incremento do risco avulta no quadro da assunção de uma esfera de risco (compreendido na duplicidade de sentidos: por um lado, significa que o agente assume uma especial posição perigosa ou oblitera deveres de cuidado em relação ao outro; por outro lado, implica que ele encabeça um círculo de responsabilidade e o risco de vir a ter de indemnizar qualquer dano que ali se inscreva), devendo-se, posteriormente, indagar em que medida a lesão ocorrida se insere ou não nesse círculo. Cuidar-se-á, pois, da força irradiadora do campo juridicamente relevante construído pelo pretense lesante. Ainda que num segundo momento dialógico a nossa atenção esteja virada para a possibilidade de emergência do dano *ex post*, o ponto de ancoragem que nos orienta é definido *ex ante*, tendo em conta a probabilidade ou previsibilidade objectiva. Com isto estamos em condições de adiantar outro ponto. Como se vai percebendo, a visão entre uma questão de facto e uma questão de direito fica esbatida. Uma cisão que, aliás, não deixa de ser controversa se atentarmos, *en passant*, no enquadramento comparatístico oferecido pelo autor que agora acompanhamos. Cf. p. 198, mostrando que o problema do incremento do risco é, na *Common Law*, debatido ao nível da *cause-in-fact*, enquanto que na Alemanha se fala da *psychisch vermittelte Kausalität* para mostrar que temos de nos confrontar com as leis da experiência e da probabilidade. Na verdade, ainda que a inserção possa concitar algumas dúvidas, o certo é que a ligação remissiva protagonizada por MONTIJO nos chama exactamente à atenção para a fluidez dos contornos fronteiriços. Sobre o ponto, ulteriores considerações serão expandidas *infra*.

A ligação funcional não apela a uma ideia de lesão típica, já o sabemos. E comportará, como se percebe, o apelo aos dados da experiência, sendo neste ponto que se torna importante a chamada à liça de dados colhidos na doutrina da causalidade adequada. O que nos separa dela é, porém, também do nosso conhecimento e matiza-se em dois pontos não negligenciáveis. Um com repercussão teórica, porque nos permite evidenciar a impostação personalista e não estatística do juízo a entretecer, na medida em que, como explicitado, não se galvaniza aqui a nota probabilística. Um eminentemente prático, posto que, ao afirmarmos a conexão funcional entre uma lesão e uma esfera de responsabilidade a que se deu vida, estamos no fundo a dizer que ao agente, e porque o dano já não sobrevem exteriormente, mas se predica na interioridade do seu comportamento, deve ser imputado todo e qualquer dano que possivelmente possa emergir naquele círculo de influência por si desenhado.

Repare-se no carácter não despiciendo da precisão. Voltemos ao exemplo atrás mencionado: A provoca, negligentemente, um incêndio em sua casa, que rapidamente se propaga aos apartamentos vizinhos. B, que vive por baixo, morre naquele momento com um ataque cardíaco. É ou não A responsável pela morte?

A doutrina da causalidade adequada fixar-se-ia na determinação do carácter normal e adequado do dano em face do comportamento: pode ou não um dano daquele tipo resultar de um incêndio? E eis que aportam as dúvidas. Considera-se a morte *tout court* ou a morte por insuficiência cardíaca? Tem-se ou não em conta o facto de o agente (des)conhecer uma eventual fragilidade constitutiva da vítima? Releva-se se a síncope foi motivada pela aflição propiciada pelo inferno das chamas ou pelo esforço respiratório suplementar que os alvéolos pulmonares foram obrigados a fazer diante da saturação do ar com o fumo¹⁹⁹⁹?

Também remissivas são as nossas palavras relativamente ao problema do comportamento lícito alternativo.

Uma última nota para referir o que MONTIANO aponta a págs. 205 e ss. Tomando como âncora argumentativo-exemplificativa o caso em que A chega ao hospital em perigo de vida e o cirurgião o salva, violando, contudo, as *leges artis*, com o que determina que tenha de lhe ser amputada uma perna, há diminuição do risco e, não obstante, a pessoa continua a ser responsável. Cremos que, sem embargo de posteriores reflexões sobre o ponto, não há aqui uma real diminuição do risco, porquanto ao ter agido em contravenção com o que era exigível a um médico naquela posição, de facto, não só não diminui o risco, aumentando-o, apesar da intervenção, como não nos podemos esquecer da particular posição ocupada pelo clínico naquela circunstância.

¹⁹⁹⁹ Veja-se, também a título ilustrativo, o exemplo colhido em W.V.H. ROGERS, *Winfiel and Jolowicz ...* cit., p. 235. O médico A é negligente no conselho prestado ao paciente B que, sofrendo de uma insuficiência cardíaca congénita conhecida do primeiro, é incentivado a praticar escalada. Vindo a morrer, não em virtude de um ataque cardíaco, mas na sequência de um deslizamento de pedras entretanto ocorrido, deve o médico ser responsabilizado?

Delas demos conta em tempo devido. Mais se precise agora a razão por que afloram. Geometricamente, e se pudermos uma vez mais recorrer a uma discurso iconográfico, diríamos que dois factores contribuem para o carácter aporético da indagação. Por um lado, o sentido exaustivo da adequação, ou seja, a intenção de com o mero recurso à probabilidade se ancorar o juízo imputacional, eventualmente corrigido ulteriormente. Por outro lado, a linearidade comunicada pelo espírito causalista ainda presente: ao efeito dano/lesão pretende ligar-se, segundo uma linha de continuidade, a causa comportamento do sujeito.

Outra é a visão a que somos conduzidos pelo modelo que erigimos em guia de orientação do discurso do decidente. Não se busca a linha, mas o círculo²⁰⁰⁰. A assunção

A este propósito, atente-se, também, na exposição precente do autor (cf. p. 233). Na verdade, sustenta-se aí que há que ter em conta a natureza do dano que a norma violada intentava prevenir, procurando-se com isto, embora longe de uma ideia causalista estrita, limitar a responsabilidade aos danos que a pessoa causou em termos factuais. Afirmando que o ponto se torna mais claro se estivermos diante de um *break of a statutory duty*, ROGERS não hesita em acrescentar que o critério se aplica a toda a responsabilidade civil em geral, dizendo, nesse sentido, que “liability is limited to those consequences, factually caused by the defendant, and not too remote, which are attributable to that which makes the act complained of wrongful” e que “it is the scope of the tort which determines the extend of the remedy to which the injured party is entitled”.

O ponto não se confunde com o desenho por nós transmitido em texto, embora com ele apresente semelhanças bastantes. Uma primeira diferença é denotada pela diversa estrutura delitual com que se lida. Se no quadro da *Common Law* estamos diante de um sistema tipológico, baseado nos *torts*, então o epicentro de indagação da pertinência funcional do dano gerado ao comportamento do agente redundaria na busca do círculo de interesses teleologicamente protegidos pela previsão do *tort*. Ora, no nosso caso, e no âmbito da primeira modalidade de ilicitude, é com base numa cláusula geral, embora interpretativamente restringida à violação dos direitos absolutos, que temos de ajuizar. E, nessa medida, será, assumindo o caso como o *prius metodológico*, a partir do comportamento do agente e do círculo de responsabilidade que, com apelo ético, se delinea em seu torno que deveremos ver se o dano pertence ou não àqueles cujo risco era exigível eliminar.

Mas as diferenças esbatem-se se pensarmos que, mesmo com a mediação do precedente jurisdicional tipificador do *tort*, se parte do caso e não se obnubila a intencionalidade predicativa da responsabilidade.

Donde, a lição de ROGERS, se bem que portadora de zonas de fractura relativamente ao que estamos a propor, não pode deixar de ser aplaudida, porquanto nos mostre, afinal, as dificuldades em que, se quisermos manter-nos fiéis à causalidade adequada, somos enredados. A probabilidade de que esta cura implicaria uma prognose sobre o resultado morte. Mas que resultado? A morte por ataque cardíaco ou a morte pelo deslizamento de terras? Ou simplesmente a morte?

²⁰⁰⁰ A este propósito, cf., com grande importância, CHRISTOPHE QUÉZEL-AMBRUNAZ, *Essai sur la causalité...* cit., p. 261 e ss. Considerando que a causalidade é normalmente apresentada como uma cadeia, adianta que, mesmo tendo em conta que alguns eventos entram em ruptura com essa cadeia, a imagem é incompleta, na medida em que supõe que todos os antecedentes estão ligados por um nexos causal, o que nem sempre corresponde à realidade. Na verdade, há situações em que mais do que um factor, não ligados causalmente entre si, concorrem para a produção da lesão, não formando uma cadeia. Em face da constatação, o autor atreve-se a perscrutar novas metáforas para a explicação do fenómeno causal. A imagem da árvore parece-lhe, assim, ser a preferível. Assim, configura um esquema delitual em que se raciocina com base numa causalidade linear (*causalité linéaire*) e numa causalidade colateral (*causalité collatérale*). As linhas colaterais representam os factos que concorrem para o dano, sem se entretecer entre eles uma relação de causalidade, e conhecem limites, porquanto as causas exerçam influências recíprocas entre si. A causalidade linear coloca principalmente uma questão de qualificação de antecedentes, enquanto a causalidade colateral convoca uma lógica de quantificação.

de uma esfera de riscos, para o que se convoca a ideia de probabilidade, traça os contornos externos dele. É dentro dessa circunferência que procuraremos preencher o círculo, até encontrar o epicentro imputacional. Dito de outro modo, o que aqui se traça não é mais do que um ponto de partida heurístico²⁰⁰¹. O que se define é, funcionalmente, se a lesão se inscreve ou não no círculo de danos que o lesante encabeça. A possibilidade avulta sempre que se denota a pertinência funcional^{2002 2003}.

QUÉZEL-AMBRUNAZ fala-nos, igualmente, de uma *causalité réticulaire*, a permitir considerar que as causas de um dano são numerosas, que elas podem combinar-se para produzir causas directas do dano e que elas exercem influências recíprocas entre si.

Para outras metáforas causais, cf. J. LIMPENS, “La théorie de la relativité aquilienne en droit comparé”, *Mélanges offerts à René Savatier*, Dalloz, Paris, 1965, p. 559 e ss., também citado por QUÉZEL-AMBRUNAZ.

Veja-se, ainda, a ideia de causalidade circular, avançada por HALBWACHS, “Réflexions sur la causalité physique”, *Les théories de la causalité*, dir. J. Piaget, PUF, 1971, p. 19 e ss., *apud* QUÉZEL-AMBRUNAZ, *Essai sur la causalité...* cit., p. 263, nota 2.

Acompanhemos, pela importância do dado, mais de perto alguns dos ensinamentos de QUÉZEL-AMBRUNAZ. Na verdade, no âmbito da causalidade linear, o autor acaba por defender o estabelecimento de um nexo de causalidade (problema da causalidade positiva) e questiona a ruptura da referida ligação (causalidade negativa). Neste âmbito, a linearidade volta a ser a palavra de ordem.

²⁰⁰¹ Cf. HANS STOLL, *Haftungsfolgen im bürgerlichen Recht...* cit., p. 404.

²⁰⁰² Importa sublinhar alguns aspectos relevantes a este ensejo.

Ao nível da causalidade adequada o que se procurava era, corrigindo a solução a que se aportava com dados atinentes à cognoscibilidade do próprio agente, determinar se o dano concretamente sofrido era ou não um resultado normal daquele tipo de comportamento. A probabilidade rapidamente se transmutava num conceito estatístico ou, recusando-se a matematização do jurídico, pouco nos comunicava, já que dificilmente um comportamento, ao interferir no curso dos acontecimentos, pode ser tido como indiferente para a produção do dano.

De acordo com o modelo por nós proposto, embora a probabilidade seja chamada à liça, o equilíbrio dos dados é diverso.

Não pretendemos saber se era ou não normal e adequado que aquele dano resultasse daquele tipo de comportamento. O que se cuida não é, salientamo-lo uma vez mais, a linearidade da conexão entre o comportamento A e o resultado B.

Exige-se a cognoscibilidade do carácter arriscado do comportamento assumido, para o que releva a previsibilidade e como tal a mental representação do curso provável dos acontecimentos.

Avultando um dano, o que se pretende saber é se, de acordo com o estado do conhecimento na altura da prática do acto, aquele era ou não um dos efeitos possíveis do comportamento assumido.

Repare-se que isto, a este nível, envolve uma exigência menor do que aquela comunicada por uma ideia probabilística estrita.

Como nos ensina TRIMARCHI, “a probabilidade não é predicável na individualidade de um evento. Ela só pode ser analisada por referência a uma classe de eventos, no qual o evento em análise se integre. A probabilidade implica a relação entre o número de eventos de uma classe e o número de eventos de uma outra classe na qual a primeira se integra. O valor obtido exprime a frequência do evento, a probabilidade. O mesmo evento pode ou não ser improvável consoante a perspectiva que se adopte. O conceito está eivado pela sua relatividade” (cf. TRIMARCHI, *Rischio e Responsabilità...* cit., p. 171).

Com isto percebemos o alcance da nossa impostação. Se quisermos continuar a operar o cotejo que, inequivocamente, nos transmita a estrutura valorativa que nos move, dir-se-ia que, vistas as coisas como as entendemos, a frequência que se requer é igual a um, isto é, basta que, segundo o estado do conhecimento, o dano fosse possível e denotador de uma conexão funcional com a esfera de risco/responsabilidade assumida pelo lesante para se cumprir este primeiro patamar imputacional.

De fora ficam, portanto, para já as situações fortuitas ou de força maior. E mais se diga ser gradativa a exigência a que se alude. Posto que, consoante a firmeza da assunção a que se alude, assim poderá ou não ser diversa a exigência que se lhe dirige.

Cf., igualmente, CARNEIRO DA FRADA, *Direito civil. Responsabilidade civil...* cit., p. 104-105. Apontando, embora sem desenvolvimento, os caminhos viáveis de resolução de problemas do foro causal

com que hodiernamente se lida, o insigne civilista afirma, concretamente a propósito das situações de perda de chance por virtude da actuação médica, que “outra via a considerar é a de, em nome da função preventiva da responsabilidade civil coligada ao pensamento da imputação do dano àquele que aumentou o risco da sua ocorrência, inverter o ónus da prova da causalidade e exigir de quem violou o dever a demonstração de que o prejuízo não radicou nela ou de que no caso concreto o dano se teria produzido apesar dessa violação. (...) Em geral, a distinção entre dolo e negligência influirá: o dolo encurta o juízo de responsabilidade e consente uma mais fácil imputação do dano (meramente probabilístico). Também por aqui se evidencia o acerto de uma concepção móvel dos pressupostos da responsabilidade civil”.

Refira-se, neste quadro, que, pese embora termos densificado a esfera de risco que se assume com base na ideia de previsibilidade, probabilidade e possibilidade – com o recorte que lhes dispensámos – o acento tónico é colocado na assunção ou criação de uma esfera de risco, pelo que a probabilidade de que se cura não cumpre o desiderato imputacional, mas avulta como expediente valorativo de aferição da posição encabeçada pelo eventual lesante. Este, na mobilização da racionalidade prática que preside às suas acções, obviamente que se conformará de acordo com a antecipação de resultados, assumindo como seu o juízo que, tendo por base o padrão do homem médio, se refaz. Não é, porém, esse o arrimo que nos ocupa. Donde estamos em condições de adiantar que a preocupação com o grau de certeza capaz de gerar a convicção causal do julgador se jogará a jusante, no âmbito daquilo que, se permanecêssemos fiéis a um pensamento de índole normativista, cunharíamos como *imputatio facti*

Em ligação com o que aqui se inscreve e fazendo a ponte com a crítica anteriormente dirigida ao sentido estatístico da causalidade adequada, cf., embora inserido noutra panorâmica jurídica, TONY WEIR, *Tort Law...* cit., p. 74-75. Ainda orientado pela determinação da causalidade material, tal como o problema vem pensado nos sistemas da *Common Law*, o autor salienta que na indagação da causa entre as condições delineadas pelo *but-for test* se têm contentado, classicamente, os tribunais com a prova da probabilidade da relevância da conduta do lesado no rumo dos acontecimentos. Necessário seria, segundo TONY WEIR, convencer o juiz de que o dano teria provavelmente sido evitado se o lesante tivesse actuado conforme ao direito. Mas adverte que se deve resistir à tentação de lidar com o problema em termos percentuais.

A este propósito, veja-se, ainda, LEON GREEN, “The causal relation issue...”, ... cit., p. 555. Colocando o problema de “how much causal relation must be found between a defendant’s conduct and the victim’s hurt in order to resolve de issue in the plaintiff’s favor”, GREEN sustenta ser essa uma questão diversa daqueloutra que leva a indagar “how much should the victim be compensated” e olha para ela do ponto de vista factual, a resolver-se segundo critérios de razoabilidade do júri. Em perfeita sintonia com a sua visão dicotómica entre questão-de-facto e questão-de-direito, GREEN acaba por esclarecer que como suporte a esta interrogação se tem lançado mão de inúmeros testes, entre os quais salienta o *but-for test* (cf. p. 556) [Sobre ele, vinca a ideia de condicionalidade que lhe subjaz, ao mesmo tempo que sublinha nunca ser possível afirmar com um grau de certeza absoluta a resposta à questão formulada. São suas as palavras: “tests of this character have the same vice as any *if*, or any analogy”]; a *rule of probabilities* [cf. p. 557]. Considera o autor que ele padece do mesmo vício que o *but-for test* e salienta que não se pretende aqui estabelecer um determinado grau de probabilidade, quedando-se o decidente na fixação ou não da conclusão segundo a qual se possa afirmar que o comportamento do lesante contribuiu para a violação da posição do lesado. Mais afirma o autor que “a lesão da vítima como resultado da conduta do lesante pode ser muito improvável e ainda assim verídica, enquanto, por outro lado, pode ser muito provável e aquela ter ocorrido por intermédio de outros factores. Na medida em que há outras causas em qualquer caso que igualmente contribuem para a lesão da vítima, procurar saber em que medida a conduta do lesante foi a causa é literalmente um *nonsense*, e do mesmo modo o é procurar em que medida o grau de probabilidade é a causa do dano”, pelo que o assume como um mero arrimo argumentativo]. Note-se que para LEON GREEN o item causal tem uma natureza material ou factual. Num primeiro nível de sindicância – em que ele se polariza – mais não se pretende do que saber se o comportamento do pretendo lesante contribuiu ou não para o dano sobrevivendo. E nessa medida, sendo analisada na óptica da facticidade, o autor propõe que a resposta seja encontrada com base na análise das especificidades do caso (cf. p. 560), recusando, desta feita, quaisquer juízos abstractos e presunções que, a partir da constatação da violação de um dever, conduzam à afirmação da relevância do comportamento do réu relativamente à lesão experimentada. Tanto mais assim é que para GREEN, na esteira da dualização por si defendida, a contribuição factual do lesante na posição do lesado é da competência do júri, enredado, então, na prévia discussão acerca do grau de suficiência requerido. Quedando-se, aqui, o jurista na determinação da materialidade dos factos relevantes para a decisão da causa, sempre se dirá que está patente a dilemática função que à causalidade é imputada, qual seja a de garantir a conformidade entre o plano do dever ser e do ser. Sobre o ponto teremos ulteriores conclusões.

²⁰⁰³ A este propósito importa determo-nos, mais ou menos profusamente, na exposição de WRIGHT acerca da terceira limitação da extensão da responsabilidade. Cf. WRIGHT, “The grounds and extent of legal responsibility”, ... cit., p. 43 e ss.

Partindo da consideração da justiça interactiva como a justiça informadora da responsabilidade delitual, sustenta que a responsabilidade que decorre da interferência com a esfera de liberdade alheia sofre três limitações, entre as quais a chamada *risk-playout limitation*.

Distinguir-se-ia da *foreseeable consequence, risk, hazard* ou *harm within the risk rule*, segundo a qual a pessoa lesada e o tipo de lesão haverão de constar da descrição geral das pessoas e lesões que se integram nos riscos previsíveis que tornaram a conduta ilícita. A ideia de *harm matches the risk* ou *harm risked* não deve, contudo, ser confundida com aquela outra de *harm results from the risk (playout risk)*. Esta não exige nenhuma coincidência entre o dano real e os riscos previsíveis que tornaram a conduta ilícita, antes requerendo que o dano real resulte da realização de um dos riscos previsíveis que fizeram da conduta ilícita. Foca-se no inicial risco previsível e indaga como é que ele jogou para produzir o dano actual, o qual não é descrito. Contrariamente, a primeira regra/critério enunciado centra-se na descrição do dano real e procura ver se ele coincide ou não com a descrição inicial dos riscos previsíveis, com pouco ou nenhum interesse em saber como é que ele produziu o dano.

WRIGHT considera que, enquanto a *risk-playout rule* é consistente com os fundamentos da responsabilidade, a *harm-risk rule* conduz a resultados que dificilmente se conciliam com ela. A atestá-lo estão as inúmeras excepções que foram sendo introduzidas e bem assim a controvérsia que sempre se gerou em torno dela, compreendida ora como instrumento de limitação da extensão da responsabilidade, ora como mecanismo de limitação do *duty*.

Disso nos dá conta WRIGHT a páginas 44 e ss, que passaremos a acompanhar de muito perto. A última terá sido a perspectiva encabeçada por CARDOZO no célebre precedente *Palsgraf v. Long Island R.R.Co, 162 N.E. 99 (NY 1928)*. Mobilizando um *rights based argument* e sustentando que a *harm-risked rule* é parte componente da conduta negligente, do *duty breach*, não concebe o *wrong* como um puro pôr em perigo, exigindo que o risco tenha um impacto lesivo nos interesses protegidos de outrem. Não bastaria, portanto, a causalidade, sendo imprescindível que o dano tenha sido criado pela conduta que, pelo menos, gerou os riscos previsíveis para o outro. Crucial seria, pois, entender que “a conduct supposedly is wrongful toward, and thus harms caused by such conduct are wrongs to, only those specific persons who are foreseeably put at risk of such harms”. Repare-se que, neste horizonte discursivo, a afronta à personalidade passa a ser a chave do entendimento do ilícito e nessa medida a conduta criadora de riscos é ilícita só em relação àqueles que previsivelmente são colocados em perigo e não relativamente a todos os que sofrem um dano, exactamente porque as únicas que o lesante desrespeita são aquelas que ele subjectivamente conhecia ou devia conhecer e que, de forma não razoável, ficam expostas à sua conduta. Como explicita WRIGHT, cf. p. 48, “Cardozo emprega uma concepção subjectiva – *moral-blame* – da conduta ilícita (...); na medida em que o desrespeito existe só por causa do específico risco não razoável e previsível, só o dano/lesão dos interesses que foram previsivelmente postos em risco constituem um *wrong*”.

Opõe-se a esta concepção que vê na conduta negligente uma afronta à personalidade aquela outra que olha para o conceito do ponto de vista objectivo e a caracteriza pelo não cumprimento dos deveres de cuidado razoáveis estabelecidos para proteger os interesses do sujeito. O cerne do problema transfere-se, portanto, para a *proximate cause*.

WRIGHT sustenta ser esta a concepção preferível (cf. p. 50). Segundo ele, reduzir a definição do *wrong* às situações em que existe uma *affront to personality*, restringindo, portanto, a responsabilidade aos casos em que existe uma suficiente previsibilidade dos riscos para uma pessoa em particular, tornaria o direito delitual inadequado para garantir a protecção da incolumidade pessoal e patrimonial das vítimas. No fundo, tal punha em causa o sentido delitual alicerçado na justiça interactiva e na salvaguarda de posições jurídicas definidas *a priori* por um filão distributivo. Acresce que, se há quem, mesmo não estando sujeito a suficiente risco previsível de modo a qualificar a conduta alheia como uma afronta pessoal, pode, baseando-se no risco dos outros, invocar a criação de um *aggregate risk*, por que razão os outros não o poderão fazer?

Não só a concepção objectiva – aquela que determinava a violação do *duty* com base em *standards* objectivos – é, consoante diz WRIGHT, a que melhor se compatibiliza com o sentido da responsabilidade civil, como a ideia de afronta pessoal acaba por conduzir a dificuldades várias. Levada às últimas consequências, a *harm-risked rule* imporia que *ex post* o dano real coincidisse com cada aspecto significativo do dano previsível *ex post* (pessoa afectada, tipo de lesão, específica forma de ocorrência, gravidade do dano), percebendo-se por que razão CARDOZO terá reduzido a exigência aos dois primeiros aspectos referidos (cf. p. 51). Simplesmente, aduz WRIGHT que “[se] torna (...) difícil distinguir o tipo de lesão do específico modo de ocorrência dela. A distinção é clara se o tipo de lesão se referir ao

tipo de interesse afectado, mas isso elimina o núcleo da *harm-risked rule* e da racionalidade que lhe está subjacente, já que supostamente a teoria se queda no risco previsível. Por outro lado, se a especificação do tipo de lesão incluir os detalhes acerca do risco previsível, estar-se-á a especificar o modo de ocorrência que não está integrada na *harm-risked rule*, onde a solução é incluir o mecanismo causal que em último lugar produziu o dano real como parte da descrição do tipo de lesão (exemplo: morte por envenenamento)” [cf. p. 53].

Duas notas se afiguram, a este ensejo, prestimosas. Por um lado, há que referir que grande parte das críticas que procedem quando dirigidas à doutrina ganham fôlego pelo modelo delitual em que os autores dialogantes se inserem. Por outro, torna-se interessante recordar que os mesmos problemas com a descrição afectaram a doutrina da causalidade adequada. Quer uma, quer outra são relevantes para percebermos por que razão o sentido da previsibilidade que vai pensado no texto se distancia da concepção de *harm-risked rule*.

Pela impressividade do discurso de WRIGHT, importa, contudo, acompanhá-lo por mais um tempo. Assim, esclarece, ainda, o autor que se abdica, igualmente, da previsibilidade da extensão e gravidade do dano real, o que é visto como uma concessão à regra da *eggshell or thin-skulled plaintiff* (cf. p. 54), e que se abrem excepções várias à doutrina, ora porque inseridos no domínio de actividades específicas, ora porque referido o problema a delitos intencionais, ora no quadro do chamado *transferred intent*, de acordo com o qual o lesante que actuou com intenção de lesar a propriedade ou pessoa da vítima pode ser responsabilizado por uma imprevisível violação da pessoa ou propriedade de um terceiro que foi causada directa e imediatamente pela conduta dolosa, ora porque ocorre a intervenção de um *rescuer*, vista sempre como previsível. [Sobre a *eggshell skull rule*, cf. JOHN C. P. GOLDBERG, “Two conception of tort damages: fair v. full compensation”, *DePaul Law Review*, vol. 55, 2006, p. 435 e ss., em especial p. 467 e ss. Afirma aí GOLDBERG que a *eggshell skull rule*, no quadro do modelo da *full compensation*, é tratada como corolário do princípio *make-whole*; noutra perspectiva deporia pela rejeição da ideia de que certos lesantes – aqueles que são sujeitos à responsabilidade pelos danos que resultam da vulnerabilidade da vítima – estão legitimados a ver a sua responsabilidade reduzida ao montante do dano que uma pessoa razoável na sua posição teria podido prever. Em causa estão, portanto, dois modelos de compreensão do dano, e, como veremos, de acordo com a sistematização que temos vindo a acompanhar, dois momentos diversos de equacionar um mesmo problema. Segundo a explicitação do autor, o princípio *making-whole*, ou princípio da total indemnização pelos danos sofridos, surge na segunda metade do século XIX, opondo-se a uma ideia de *fair compensation*, nos termos da qual não prestamos unicamente atenção ao montante do dano sofrido, mas também ao carácter da conduta do lesante e às circunstâncias mitigadoras que, não ascendendo à categoria de *defesas*, não podem deixar de ser ponderadas. A opção entre uma e outra via passaria, aos seus olhos, pelo correcto entendimento acerca da *injury*, remetida por uns para uma ideia de *loss* e por outros de *wrong*, bem como pelas finalidades que são reconhecidas ao instituto. A paulatina importância que os remédios passam a ter em detrimento da centralidade dos direitos e ilícitos teria sido, também, determinante da assunção *acrítica* da ideia de *full compensation*, a qual, em homenagem à ideia de pura reintegração do prejuízo sofrido, depunha a favor da bipartição entre o direito civil e o direito penal. O tom crítico com que GOLDBERG comenta a evolução não é anódino, parecendo evidenciar a desconfiança pelo pensamento jurídico que pretende banir a plausibilidade dos danos punitivos do espectro do sistema. Como pano de fundo encontramos o receio de amputação do verdadeiro sentido imputacional da responsabilidade civil, ao ponto de poder ser ponderada a sua substituição por um sistema de prevenção e compensação mais eficaz. Mas cremos que sem razão. Na verdade, como temos vindo a sustentar, o desenho comutativo do instituto não fere de morte o seu sentido ético que surge projectado no modo como compreendemos os diversos pressupostos de edificação de uma pretensão indemnizatória. Por isso, temos vincado amiúde a importância de olhar para o que tradicionalmente vinha conhecido por causalidade do ponto de vista da imputação, sublinhadora do carácter responsabilizatório com que o instituto deve vir compreendido. E por isso também cremos que a pretensa prestabilidade de uma regra como a *eggshell skull* fica dependente do momento dialógico em que estejamos em concreto inseridos, pois, se ela for vista como um imperativo de compensação de todo e qualquer dano causado pelo lesante conduz-nos a um predomínio da causalidade que, não só põe em causa o sentido ético do instituto, como nos deixa órfãos de critérios seguros de ajuizamento, mostrando-se imprestável. Diferente será a sua assunção a propósito do dano, quando o primeiro patamar indagacional estiver já resolvido, e nessa medida ele não traduziria mais do que a necessidade de ressarcir qualquer dano que se inscreva funcionalmente na área de protecção do direito concretamente violado. Simplesmente, isso implicaria, também, que, no jogo de confrontação de esferas de risco, se tenham em consideração as idiosincrasias da vítima].

Para WRIGHT, seria, por isso, preferível a adopção da *risk-playout rule* (cf. p. 61. Cf., ainda, p. 79: o risco pode ser previsível mas não se ter materializado), viabilizadora da “reconciliação dos argumentos

sublinhados por CARDOZO e por ANDREWS no caso *Palsgraf*. Deve haver uma significativa relação entre a lesão e os riscos previsíveis (...), mas (...) o lesante deve ser responsável, independentemente de saber se o dano corresponde ao risco previsível, porque o lesado não teria sido ferido se o lesante não se tivesse comportado do modo como comportou”, sendo o argumento tanto mais forte quanto se defenda que o dano deve resultar do aspecto ilícito da conduta e da realização de um dos riscos que fizeram a conduta ilícita, antes de o perigo criado por tal conduta se ter dissipado.

Adiante-se, ainda, não obstante a já grande dimensão desta nota, que WRIGHT sustenta não poder substituir-se esta regra pela *superseding-cause*, por serem significativas as diferenças entre os âmbitos de relevância dos dois critérios. Assim, enquanto esta se foca no carácter extraordinário ou não da causa interveniente, aquela centra-se na previsibilidade do dano actual (cf. p. 65), para o que privilegia um *ex ante foresight approach*, ao invés da outra que se ancora num *step-by-step hindsight*.

Centrando-se no direito estadunidense, não deixa de estabelecer a ponte com a jurisprudência do Reino Unido, dando-nos, assim, conta de que terá sido adoptada a regra do *strict harm-risked* pelo Wagon Mound (No.1), a qual conheceu modificações cinco anos mais tarde com o *Overseas Tankship (UK) Ltd. v. The Miller Steamship Co. (The Wagon Mound No.2)*. Segundo depõe (cf. p. 72-74), considera-se que um *remote, infinitesimal, non substantial, very rare, very improbable risk* satisfaz a *harm-risked rule*, desde que ele seja real e não fantástico, posto que, pese embora a mínima previsibilidade, ele é tido como um dos riscos previsíveis, uma vez que, tendo em conta os riscos previsíveis relativamente aos quais o cuidado era exigível, o custo marginal para o evitar era reduzido.

Mais acrescenta que houve necessidade de *flexibilizar o entendimento do risco*, isto é, para se determinar em que medida um risco se encontra no âmbito de risco criado pela conduta do agente, ele deve ser compreendido numa acepção lata, incluindo todas as consequências que são tidas como normais e comuns, pelo que não se restringe às circunstâncias que um homem razoável teria tido em consideração ao planear a sua conduta. E dá exemplos: A guia o seu automóvel em excesso de velocidade numa cidade; como homem razoável que se assume pode não ter previsto a possibilidade de atropelar uma criança ou do agravamento da lesão sofrida em virtude dos cuidados médicos negligentemente prestados. Usando as suas palavras (Cf. p. 80), “nenhuma destas possibilidades fazem de A negligente e nenhuma delas é suficientemente provável para influenciar a conduta de um homem médio naquela posição. Contudo, cada uma delas é consequência normal do risco da conduta e cada uma está ligada ao risco, integrando-se no seu âmbito. Para chegar a esta conclusão, opta-se pela perspectiva *hindsight* em vez da *foresight*”, o que para o autor configura um abandono da regra do *risk-harmed* e a adesão à *risk payout rule*.

Não podemos confundir qualquer das perspectivas descritas por WRIGHT com outra que o próprio autor autonomiza e que da pelo epíteto de *tortious-aspect causation requirement* – cf. p. 55.

Trata-se, novamente de acordo com o seu verbo, “da formulação mais precisa e correcta do requisito da *actual causation*”, exigindo-se a prova, por parte do lesado, que a causa da lesão foi a dimensão ilícita e culposa da conduta (e já não esta globalmente considerada). No fundo, assiste-se à colocação do problema da conexão causal para um momento prévio, em oposição à ideia segundo a qual bastaria que a conduta como um todo fosse causa do dano, reservando-se para o *harm-risk limitation* a restrição da responsabilidade. Sobre o ponto, citado por WRIGHT, cf. ROBERT KEETON, *Legal Cause in the law of torts*, Ohio State University Press, Ohio, 1963, p. 12 e ss. e 18 e ss. Para uma crítica de WRIGHT, cf. p. 58 e ss., onde oferece um exemplo do que pretende salientar: A dá um revólver a B, uma criança de oito anos, para que esta o entregue a C. B deixa cair a pistola que cai no pé de D, ferindo-o, com a madeira, e provocando um disparo que atinge C. Tanto C como D satisfazem o requisito do *foreseeable-person-injured*, mas só C cumpre o pressuposto do *foreseeable-type-of-injury*. O mesmo resultado poderia ser obtido mais cedo se tivéssemos em conta o *tortious aspect of causation*. Mas, se ao cair a pistola, D, involuntariamente, tivesse premido o gatilho da sua pistola que acerta em C, A continuaria a ser responsável diante de C e o resultado correcto – da não responsabilização – só poderia ser alcançado por via da ideia de *tortious aspect of causation*. Não cremos que seja procedente a crítica de WRIGHT. Em causa não está o acerto ou desacerto da solução concretamente indicada como justa pelo autor, mas antes o modo dicotómico como vão pensadas duas supostas realidades. Na verdade, amparado pela tradição da *Common Law*, WRIGHT mostra-nos como o problema é remetido para o plano da *actual causation*. Sustentar-se-ia, então, não a ligação entre a conduta do agente como um todo e o dano, mas a ligação entre aquilo que fez da conduta ilícita e culposa e o resultado juridicamente relevante. Ora, como é bom de ver, a questão não é fáctica, mas normativa, pelo que, em última instância, do que se cura é da limitação da responsabilidade, para o que se firma um nexo de ilicitude. Mas se assim é, então não há nada que verdadeiramente separe as duas temáticas, donde, *in fine*, o problema continua a colocar-se ao nível do risco. E o binómio capta-se, então, facilmente: ou bem que os autores entendem que o dano tem de ser o resultado da conduta ilícita e culposa ou bem que o que se procura é a coincidência entre o dano verificado e o tipo de danos pelos quais o agente, pelo risco criado ou incrementado, responde. Se se

Donde, no exemplo vertido, indubitavelmente se concluiria haver um nexos de imputação objectivo, viabilizando-se assim a passagem para o segundo nível ou segundo critério de que trataremos em seguida.

O que ficou dito garante, ainda, outras conclusões, a apontar no sentido da cristalização de ulteriores critérios imputacionais. Assim, pode-se afirmar que se exclui a imputação quando o risco não foi criado (*não criação do risco*), quando haja *diminuição do risco* e quando ocorra um *facto fortuito ou de força maior*²⁰⁰⁴. Impõe-se, ademais, a ponderação da problemática atinente ao *comportamento lícito alternativo*.

Olhemos, detidamente, para cada um destes segmentos imputacionais, de pendor negativo com que agora nos confrontamos²⁰⁰⁵. Se a consideração da não criação do risco ou da diminuição dele se nos afiguram, neste momento dialógico, não problemática, sempre haverá de tecer considerações adicionais a propósito dos restantes arrimos chamados à liça. Acresce que a não problematidade – a que se alude pela simbiose dos índices indagatórios em questão com algumas ideias plasmadas anteriormente – não equivale à ausência de controvérsia em torno daqueles. No que à diminuição do risco

aderir à primeira das impositões, arriscamo-nos a decidir juridicamente com base em dados fácticos; e se contornarmos o obstáculo procurando um cunho imputacional para a nossa solução rapidamente nos apercebemos que não pode ser a mera sequencialização causal a determinar a imputação mas a pertinência do dano a uma esfera de responsabilidade que se assume *a priori*. E é aqui que nos distanciamos de qualquer das posições analisadas, por razões de ordem dogmática e por razões de índole fundacional. Dogmaticamente, não vemos a nossa posição ficar mais débil pelas críticas que atingem a doutrina da afronta à personalidade. É que, como sabemos, a ilicitude desvela-se, em primeira linha, pelo resultado, pelo que haveremos de nos orientar por um primeiro dano ou dano evento. As pessoas relativamente às quais o dever de respeito avulta são aquelas que titulam os bens jurídicos protegidos *erga omnes*. Sem que a lesão destes tenha de ser prevista em concreto (ou sequer de ser previsível). Com o que chamamos à colação um aspecto fundacional. A liberdade não é por nós entendida em termos negativos de confronto com o outro, mas positivamente. Ao agir desamparado do dever de cuidado exigível, o agente assume uma esfera de risco. A previsibilidade de que se fala é, portanto, referida à assunção dessa mesma esfera, pelo que, posteriormente, apenas se há-de, pelo cotejo de todas as esferas dialogantes, determinar em que medida o dano verificado lhe pertence. É, no fundo, a ideia de flexibilização do risco a que já tínhamos sido chamados pela doutrina anglo-saxónica.

²⁰⁰⁴ Note-se que a ocorrência de um facto fortuito ou de força maior, implicando que haja a interferência de um facto de um terceiro, da vítima ou de um acontecimento natural, nos remete insofismavelmente para o patamar de cotejo de esferas de responsabilidade. A autonomização da figura a este ensejo prende-se exclusivamente com as características específicas das categorias, que têm vindo a ser autonomizadas pela doutrina e pela jurisprudência.

V. P. H. ANTONMATTEI, *Contribution à l'étude de la force majeure*, LGDJ, 1992, n°203 e, embora no quadro de um esquema delitual que se afasta do que estamos a tentar traçar a muitos níveis, CHRISTOPHE QUÉZEL-AMBRUNAZ, *Essai sur la causalité...* cit., p. 324.

Sublinhe-se, ainda, o carácter dialéctico de toda a imputação a impedir a segmentação rígida dos critérios a que temos feito referência.

Note-se, ainda, que tradicionalmente se distingue a força maior propriamente dita dos factos de terceiros ou dos factos da vítima, ainda que estes possam, em concreto, comungar das mesmas características que são tidas em conta na definição da força maior.

²⁰⁰⁵ Tenhamos presente, uma vez mais, com a distância que sabemos separar-nos, o pensamento de ROXIN.

tange, por exemplo, não só se afigura pouco unânime a sua relevância em sede imputacional, considerando alguns autores que estamos aí a lidar com a própria definição dos contornos do ilícito, como vozes se levantam no sentido de mostrar que, em determinadas situações, decresce o risco, por virtude da actuação de um sujeito, sem que, em termos de intuição do justo, se deva negar a imputação²⁰⁰⁶. Ou seja, não só em termos de coerência dogmática, mas também em termos práticos se concitam dúvidas. Elas atenuam-se, contudo, se pensarmos que a diminuição do risco não deve ser compreendida somente enquanto decréscimo da probabilidade de ocorrer a lesão, mas à luz da ideia guia de esfera de responsabilidade/risco que nos orienta²⁰⁰⁷. É que, se assim for, em alguns dos casos avançados como argumento crítico pelos pensadores, ao contrário do que a aparência comunica, não há diminuição do risco²⁰⁰⁸.

²⁰⁰⁶ Cf., novamente, MARTÍN GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, *Imputación objetiva...* cit., p. 59, considerando que nestes casos faltaria a ilicitude da conduta, pelo que não estaríamos diante de um pressuposto imputacional especial, nem perante uma categoria intermédia entre a causalidade e a ilicitude. Nada se adiantaria, aliás, segundo a posição ali colhida, relativamente às tradicionais hipóteses de estado de necessidade.

Ademais, aduz o autor que em certos casos (v.g. na situação em que A, tendo oportunidade de desviar por completo o golpe da pedra que B irá sofrer, mas achando que ele merece ser lesado em determinada medida, apenas a desloca parcialmente, há diminuição do risco, mas nem por isso se deve excluir a responsabilidade, por o sujeito não ter feito tudo o que estava ao seu alcance para obstar à produção do dano), a diminuição do risco não se afigura um critério seguro para determinar a responsabilidade de uma pessoa, porque não bastaria diminuir a probabilidade de um resultado, mas fazer tudo o que é exigível para que o outro sujeito não sofra um dano.

Não cremos, porém, que as objecções do autor colham.

No que à primeira tange, longe de nos inquietar, vem reforçar algumas das ideias já avançadas a propósito do sentido da imputação que se busca. De todo o modo, o aprofundamento do dado leva em consideração aspectos que ainda não foram abordados. Remetemos, por isso, o desenvolvimento que se exige para um momento posterior, em que ousaremos dialogar com a questão das causas de exclusão da ilicitude.

No que à segunda concerne, importa ter em conta que, no exemplo vertido, não houve diminuição do risco, mas sim não eliminação dele. Dito de outro modo, tendo em conta o que era exigível, o sujeito não actuou com o devido respeito pelo outro. Difere, portanto, o caso daqueloutro em que, diante de uma situação de perigo pré-existente, para o remover ou atenuar, o agente atenta contra determinados direitos do lesado. De facto, ao contrário do que aqui acontece, ali, o lesante não salvaguardou com a sua conduta o bem jurídico que, em princípio, seria lesado com a situação vivenciada.

²⁰⁰⁷ Não se referindo à diminuição do risco, mas à relevância da dimensão do perigo, cf. HANS STOLL, *Kausalzusammenhang und Nomzweck ...* cit., p. 20, considerando que aquela só pode ser valorada tendo em conta o nexa normativo, ou seja, tendo em atenção o círculo de perigo que se quer evitar com a proibição.

²⁰⁰⁸ Assim no exemplo da pedra que não foi desviada completamente. Na verdade, embora em termos fácticos o agente tivesse diminuído a probabilidade de ocorrência da lesão ou, pelo menos, o impacto dela, ao ter preterido os deveres positivos que lhe incumbiam de impedir a emergência do dano acaba por, da sua perspectiva, não diminuir aquele risco. Problemático pode ser explicitar a ideia positiva do incremento do risco. A dificuldade advém da estrutura da acção com que habitualmente se lida. De facto, presumindo que o curso causal tendente à produção do dano tinha sido colocado em marcha, o não desvio da pedra só é desvalioso se e na medida em que o potencial lesante estava investido na posição de garante que torna a omissão ilícita. Em vez de incremento do risco, devemos, portanto, falar, neste contexto particular, de não afastamento do risco.

Mais dilemático parece ser o tópico do comportamento lícito alternativo²⁰⁰⁹. Quanto a ele, debate-se na doutrina se estaremos perante um desvio em direcção à condicionalidade, a fazer apelo a uma estrutura valorativa análoga à da causalidade hipotética²⁰¹⁰, ou se as duas questões são absolutamente díspares^{2011 2012}. Muitas são as

²⁰⁰⁹ Falando do comportamento lícito alternativo, cf., *inter alia*, e sem embargo de ulteriores especificações, HERMANN LANGE/GOTTFRIED SCHIEMANN, *Handbuch des Schuldrechts...* cit., p. 199; LARENZ, *Schuldrecht...* cit. I, p.527 e ss.; ID., “Präventionsprinzip und Ausgleichsprinzip im Schadensersatzrecht”, *Neue Juristische Wochenschrift*, 59, p. 865 e ss.; DIETER MEDICUS, *Bürgerliches Recht*, ... cit., p. 543 e ss.; NILS JANSEN, *Digest ...* cit., p. 13 (comentários a *Oberster Gerichtshof Bayern*, 29 de Agosto de 1818; 9 de Março de 1838; 8 de Janeiro de 1845); R. ZIMMERMANN/J. KLEINSCHMIDT, *Digest...* cit., p. 16 e ss. (comentário a *Bundesgerichtshof*, 24 Outubro de 1985); DEUTSCH, *Allgemeines Haftungsrecht*, ...cit., p.122; H. KOZIOL, “Rechtsmäßiges Alternativverhalten-Auflockerung starrer Lösungsansätze”, *Festschrift für E. Deutsch zum 70. Geburtstag* (H. J. AHRENS, CHRISTIAN VON BAR, A. SPICKHOFF, J. TAUPITZ Hrsg.), Heymann, Köln, 1999, p. 179 e ss.; VON CAEMMERER, “Das Problem der überholenden Kausalität im Schadensersatzrecht”, *Gesammelte Schriften*, I, 1962, p. 445 e ss.; SINDE MONTEIRO, *Responsabilidade por conselhos...* cit., p. 286 e ss.; MAX GOTZLER, *Rechtsmäßiges Alternativverhalten ...* cit., p. 22 e ss; ESSER/SCHMIDT, *Schuldrecht*, ... cit. II, p. 539 e ss.; MARTÍN GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, *Imputación objetiva...* cit., p. 182 e ss.; DíEZ-PICAZO, *Derecho de daños*, Civitas, Madrid, 1999, p. 348 e ss.; WOLFGANG GRUNSKY, “Rezension: Max Gotzler, Rechtsmäßiges Alternativverhalten im haftungsbegründenden Zurechnungszusammenhang”, *Archiv für die civilistische Praxis*, 178, Heft 2/3, 1978, p. 330 e ss.; FIKENTSCHER, *Schuldrecht...* cit., p. 346 e FIKENTSCHER/HEINEMANN, *Schuldrecht...* 10. Aufl., cit., p. 343; HANAU, *Die Kausalität der Pflichtwidrigkeit...* cit., p. 35 e ss.; JAN DIRK HARKE, *Allgemeines Schuldrecht*, ...cit., p. 295; WESTERMANN/BYDLINSKI/WEBER, *BGB: Schuldrecht, Allgemeiner Teil*, ... cit., p. 247 e ss., KLAUS VIEWEG, „Schadensersatzrecht“...cit, p. 393; WISSMANN, „Die Berufung auf rechtmässiges Alternativverhalten“, *Neue Juristische Wochenschrift*, 71, p. 549 e ss.; DEUTSCH/AHRENS, *Deliktrecht, Unerlaubte Handlungen*, ... cit., p. 37 e ss.

Veja-se, igualmente, embora no domínio do direito penal, ROXIN, “Pflichtwidrigkeit und Erfolg bei fahrlässigen Delikten”, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 74, 1962, p. 411 e ss., em especial p. 431 e 432.

Para uma consideração histórica do problema, cf. NILS JANSEN, “Conditio sine qua non in general”, *Digest...* cit., p. 13/14, em comentário a *Oberster Gerichtshof Bayern*, 29 de Agosto de 1818; 9 de Março de 1833; 8 de Janeiro de 1845 (um advogado foi negligente ao defender os interesses do seu cliente, que perdeu o caso. Este demanda agora o advogado para que ele o indemnize pelos danos sofridos no caso original. A questão passa, segundo explicita JANSEN, pela prova de que o lesado teria ganho o caso se o advogado não tivesse actuado negligentemente e coloca, também de acordo com o testemunho do autor, um problema atinente ao comportamento lícito alternativo. Sublinhe-se que, sendo hoje diverso o enquadramento do caso concreto, ele permite a JANSEN ilustrar que, se no séc. XIX o comportamento lícito alternativo era tematizado como um problema de causalidade factual e na óptica do dano a ressarcir, aqui abriram-se as portas a considerações normativas: não se procurou saber como é que o juiz teria decidido o caso, antes se interrogando como deveria ter sido decidido tal caso. A normatização da perspectiva não é, contudo, de molde a fazer da categoria aquilo que intencionamos quando a chamamos à colação).

²⁰¹⁰ Salientando que a *Reserveursache* (causa de reserva ou causalidade hipotética) pode aparecer com uma forma especial, sempre que o lesante alega que o dano causado ilicitamente também se teria verificado se tivesse sido adoptado um comportamento lícito – *rechtmäßiges Alternativverhalten* – cf. DIETER MEDICUS, *Bürgerliches Recht...* cit., p. 543.

Cf., a este propósito, SINDE MONTEIRO, *Définition de la causalité: la causalité dans les projets nationaux*, http://grerca.univ-rennes1.fr/digitalAssets/267/267958_jsmonteiro.pdf, p. 17. Cf., também, “Sobre uma eventual definição da causalidade nos projectos nacionais europeus de reforma da responsabilidade civil”, *Revista de Direito do Consumidor, Revista dos Tribunais*, vol. 20, nº78, 2011, p. 161-188. Considera o autor que o problema do comportamento lícito alternativo não diz respeito à causalidade, mas à teoria do fim da norma. E sustenta haver uma certa afinidade com a causalidade hipotética, não sendo, por isso, “de estranhar que haja coincidência de soluções”. Verdadeiramente, SINDE MONTEIRO refere-se ao projecto austríaco de reforma da responsabilidade civil, § 1294 (2) e § 1310 (2). Cf. *infra* o texto correspondente a cada um dos parágrafos citados.

vozes que clamam pela não confusão conceptual, valorativa e intencional, porque, se a causalidade virtual releva ao nível da condicionalidade, a ideia com que nos cruzamos actua ao nível de um nexu de ilicitude²⁰¹³.

²⁰¹¹ Cf. MAX GOTZLER, *Rechtmäßiges Alternativverhalten ...* cit., p. 22. Veja-se, com grande importância, p. 91 e ss., referindo-se ao pensamento que estabelece uma dicotomia alicerçada na divisão entre o *haftungsbegründenden Zurechnungszusammenhang* e o *haftungsausfüllenden Zurechnungszusammenhang*. No primeiro caso, a problemática do comportamento lícito alternativo deveria ser considerada no quadro dos princípios da aptidão (*Einungsprinzipien*); no segundo caso, pertenceria à questão da *überholenden Kausalität*.

Para uma distinção entre as duas realidades, cf. LARENZ, *Lehrbuch...* cit., I, p. 528 e ss.; HERMANN LANGE/GOTTFRIED SCHIEMANN, *Handbuch des Schuldrechts...* cit., p. 199 e ss., considerando diversos grupos de casos: a) pode ser certo ou incerto que o obrigado a indemnizar teria praticado o acto alternativo lícito [no primeiro caso, segundo o testemunho dos autores, a conexão com o problema da causalidade hipotética é evidente. Dir-se-á, quanto a isso, que o lesante não só tinha um direito para lesar, como que o dano teria também surgido com o comportamento conforme ao direito]; b) o dano ou lesão alternativo pode ser evitável ou inevitável; DEUTSCH, *Allgemeines Haftungsrecht...* cit., p. 122/123 (sustentando que é necessário distinguir o comportamento lícito alternativo da causalidade superveniente, já que esta estará presente quando, de duas séries causais, só uma conduziu ao resultado, não se podendo considerar a causa de reserva como um elemento causal para o dano, enquanto o primeiro repousa na suposição de que o dano ocorreria também sem a lesão).

²⁰¹² Sobre o ponto, veja-se BRANDÃO PROENÇA, “Balizas perigosas e responsabilidade civil...”, ... cit., p. 37 e ss., questionando se a possibilidade de defesa aberta pelo artigo 493º, nº1, CC se aproxima, dogmáticamente, da invocação de uma causa virtual ou do relevo da conduta alternativa lícita. Como terceira alternativa, indaga se em causa não estará a falência de um dos elementos do dever de vigilância, “concebido segundo as normas protectoras ou os deveres de protecção, dotados de um certo escopo”.

Cf., também, MARTIN GEBAUER, *Hypothetische Kausalität ...* cit., p. 6, estabelecendo o cotejo entre a causalidade hipotética e o comportamento lícito alternativo; e THOMAS PROBST, “La causalité aujourd’hui”... cit., p. 8 (versão digital), problematizando a relação entre o comportamento lícito alternativo e a *causalité dépassante e outrepassante* (causalidade antecipada e causalidade ultrapassante), e considerando estas últimas hipóteses se referem a circunstâncias externas em relação às quais o responsável não tem controlo, enquanto o comportamento lícito alternativo respeita ao próprio comportamento do lesante que podia ter sido diferente.

²⁰¹³ Neste sentido, cf., entre nós, SINDE MONTEIRO, *Responsabilidade por conselhos...* cit., p. 286-291 [note-se que o autor trata do problema no quadro da segunda modalidade de ilicitude delitual e pressupõe resolvidos os problemas interpretativos a que o jurista que nela mergulha tem de dar resposta – a norma tem de proteger interesses particulares – finalidade de protecção; o dano há-de verificar-se dentro do âmbito material e pessoal de protecção – âmbito de protecção; e há-de surgir de modo correspondente à realização do risco que, segundo a lei, se previa. Além disso, afirma que se deve ter em conta o dano de cálculo e não o dano real – cf. p. 286, nota 385. SINDE MONTEIRO mostra-se muito explícito no que tange à natureza da figura chamada à colação. Tomando como exemplo o caso do automobilista que seguia a uma velocidade de 80 km/h, num local em que o limite se situava nos 60 km/h, atropela um peão e causa-lhe a morte. Diz-nos ao autor: “em abstracto, o excesso de velocidade aumenta o risco do resultado; todavia, da prova pericial e correspondente relatório médico-legal resultou que, a ser respeitado o limite de velocidade, o acidente ter-se-ia igualmente verificado, produzindo-se o impacto a 53 km/h e não a 76 km/h. Como a colisão frontal de um veículo com um peão a uma velocidade superior a 50 km/h conduz a lesões mortais, em concreto não se teria verificado uma elevação do perigo”, inexistindo, por isso, um nexu de ilicitude ou *Risikozusammenhang*. Mais à frente, o insigne civilista esclarece que, “com esta invocação de um comportamento alternativo em conformidade com o direito, aquele [lesante] não pretende afastar a sua participação na violação ou no dano, mas apenas a causalidade da violação do dever”, questionando-se “se o decurso causal factual (...) não faz perder à norma, em virtude de circunstâncias individuais e concretas, a sua razão de ser”. Cf., ainda, p. 289, distinguindo a causalidade virtual do problema que agora temos em mãos].

Focando o cunho normativo do comportamento lícito alternativo, v., também, NILS JANSEN, comentário a *Oberster Gerichtshof Bayern*, 29 Agosto de 1818, 9 de Março de 1983 e 8 de Janeiro de 1845, *in Digest...* cit., p. 13 [mostra o autor que, se durante o séc. XIX, o problema foi discutido teoricamente como uma questão de causalidade factual e como um problema relativo ao conceito de dano, tendo-se alterado o modo como o mesmo é concebido, ao ponto de hoje apresentar um cunho normativo, surgindo

LARENZ explica, a este ensejo, que o comportamento do agente é causa real do dano, mas uma componente dele – a contrariedade relativamente à norma – não tem relevância para o surgimento do dano, pelo que, apesar da causalidade, a imputação destes àquela conduta deve ser negada, excepto se o âmbito da norma preterida não admitir a consideração do comportamento alternativo lícito. No fundo, o que falharia seria, para parte dos autores, o nexos de ilicitude (*Rechtswidrigkeitszusammenhang*²⁰¹⁴), preferindo o civilista alemão falar de falta de relevância da infracção das normas para o resultado danoso sobrevindo (*fehlender Relevanz des Normverstößes für den Schadens Erfolg*)²⁰¹⁵.

como uma questão de atribuição do resultado da acção do lesante ao seu comportamento e sendo resolvida com apelo ao âmbito de protecção da norma ou dever violado].

Veja-se, igualmente, VON CAEMMERER, “Das Problem der überholenden Kausalität...”,... cit., p. 446 e ss., que trata do problema no quadro do âmbito de protecção da obrigação violada; LARENZ, *Lehrbuch...* cit., I, p. 527 [afirmando que estamos diante, não de um problema de causalidade, mas de imputação e salientando que a principal diferença relativamente aos habituais casos de causalidade hipotética reside no facto de aqui não existir nenhum outro evento, mesmo que eventual, mas a consideração de que o responsável pela indemnização teria causado o dano mesmo que ele se tivesse comportado licitamente].

²⁰¹⁴ Sobre o ponto, cf., *inter alia*, e sem embargo de outras referências já introduzidas sobre a temática, HERMANN LANGE/GOTTFRIED SCHIEMANN, *Handbuch des Schuldrechts...* cit., p. 98, distinguindo o nexos de ilicitude da doutrina da finalidade de protecção da norma e mostrando que o juízo de reprovação do ordenamento sobre uma acção se baseia no perigo para especiais bens jurídicos e no perigo de certas lesões. V., igualmente, p. 100, onde expressamente os autores explicitam que o âmbito de aplicação do *Rechtswidrigkeitszusammenhang* não fica limitado ao § 823 II BGB.

Veja-se, ainda, dos autores p. 199, considerando que em causa estará a questão de saber se o nexos entre a ilicitude de uma conduta e o dano falha ou não quando uma lesão lícita ou o dano teria ocorrido de igual forma diante de um comportamento conforme ao dever.

No mesmo sentido, diferenciando a finalidade de protecção, o âmbito de protecção e o nexos de ilicitude, DEUTSCH, *Allgemeines Haftungsrecht...* cit., p. 199.

Cf., igualmente, ESSER/SCHMIDT, *Schuldrecht*, I, ... cit., p. 310 e 322, considerando que a ilicitude é um conceito relativo; THOMAS RAISER, “Adäquanztheorie und Haftung ...”, ... cit., p. 463 e INGEBORG PUPPE, “Die Kausalität der Sorgfaltspflichtverletzung, auch Rechtswidrigkeitszusammenhang genannt”, *Jura*, 1997, p. 513-519; VON CAEMMERER, “Das Problem der überholenden Kausalität...”,... cit., p. 446 e ss.

²⁰¹⁵ Cf. LARENZ, *Lehrbuch...* cit., I, p. 527.

Cf., a este propósito, ainda SINDE MONTEIRO, *Responsabilidade por conselhos...* cit., p. 288. Importa perceber que, não só SINDE MONTEIRO insere a problemática – como salientámos – no quadro da segunda modalidade de ilicitude, como parece pressupor a existência de dois *Tatbestände*: um a configurar um perigo concreto; outro a incluir um perigo abstracto. Assim, uma conduta ilícita para efeitos do Código da Estrada não pode passar a ser lícita para efeitos de outro *Tatbestand*, colocando-se a questão da irrelevância da violação do dever para efeitos do segundo *Tatbestand*. Convocando-se um problema com o qual não lidam os defensores da relatividade aquiliana (cf. p. 288, nota 390), SINDE MONTEIRO adverte que esta irrelevância existirá “quando a ilicitude, como essencial momento fundamentante, perca ou fique desprovida da sua função”, pelo que o problema não pode receber um tratamento global. Assim, e tendo em conta a finalidade da norma, se ela visava prevenir o dano, o argumento deve ser relevante, pois com ele mostra-se que a norma falhou a sua missão no caso concreto. Se a sua finalidade não era a prevenção, mas a introdução da possibilidade, para o lesado, de tomar medidas contra o perigo ou conceder-lhe um espaço de decisão pessoal, como no caso do consentimento informado, então, o argumento já não pode relevar.

V., também, HANAU, *Die Kausalität der Pflichtwidrigkeit*, ... cit., p. 61 e ss., questionando a concatenação do conceito de *Rechtswidrigkeitszusammenhang* com o problema do comportamento lícito alternativo. Note-se que o autor, partindo da consideração de que a *conditio sine qua non*, a que apela, se relaciona com a violação do dever, vem considerar que a invocação do *rechtmäßiges Alternativverhalten*

Mas não é só a configuração dogmática do argumento que divide as opiniões. Em termos práticos, não há unanimidade no tocante ao significado da invocação de um comportamento lícito alternativo. Se muitos advogam a sua procedência, baseando-se para o efeito na ideia de que, nestes casos, a ilicitude não teria cumprido a sua verdadeira função como elemento crucial de edificação do dever de indemnizar, outros parecem remeter a relevância dele para o âmbito da finalidade de protecção da norma, ficando a solução concreta dependente desse escopo^{2016 2017 2018}. Seja como for, e

implica que a violação do dever (*Pflichtwidrigkeit*) não é causal (não houve em relação a ela aumento do perigo) – cf. p. 63. V., igualmente, p. 67, onde o autor acaba por distinguir o problema do comportamento lícito alternativo (*pflichtmäßigen Alternativverhalten*) e, por isso, também a causalidade da violação do dever (*Kausalität der Pflichtwidrigkeit*) da questão do nexos de ilicitude (*Rechtswidrihkeitszusammenhang*).

²⁰¹⁶ Cf. HERMANN LANGE/GOTTFRIED SCHIEMANN, *Handbuch des Schuldrechts...* cit., p. 206, considerando que, na medida em que a finalidade de protecção da norma violada abarque a globalidade do dano, a invocação pelo lesante do comportamento lícito alternativo não deve ser acolhida. Subjacente à solução está, também, segundo o ensinamento dos autores, a ideia de que aquele que escolheu a via da ilicitude em detrimento de um caminho conforme ao direito deve assumir tal opção e arcar com as consequências.

Veja-se, assim, os exemplos oferecidos pelos autores na mesma página: havendo um delito de concorrência e sendo um dos concorrentes prejudicado ilicitamente, não se pode invocar que de outro modo ele seria também afectado; se inexactas informações num jornal causam um dano, a pessoa não pode invocar que uma notícia não crítica teria sido também prejudicial. Os problemas aqui patenteados estendem-se às hipóteses de responsabilidade do Estado, levando os autores a questionar se, num processo de expropriação com ilegalidades, havendo direito a uma indemnização, será que o Estado pode invocar que, expurgadas aquelas, a expropriação teria tido lugar (cf. p. 208). Mais dilemáticas se afiguram as situações que lidam com a violação do dever de esclarecimento por parte do médico – cf. p. 207.

²⁰¹⁷ Para outras posições acerca do problema, cf. VON CAEMMERER, “Das Problem der überholenden Kausalität...”, ... cit., p. 445 e ss.

²⁰¹⁸ Cf. a este ensejo SINDE MONTEIRO, *Définition de la causalité...* cit., p. 17, nota 55, considerando que, no caso de infracções graves do procedimento, o dano deverá ser reparado integralmente, não procedendo a invocação do comportamento lícito alternativo. Assim, e dando voz ao exemplo ali colhido, um jardineiro foi detido pela polícia que o manteve preso durante muito tempo. Exigiu uma indemnização por danos provocados pelo aquecimento da estufa, facto que causou a destruição das plantas, pela falta de refrigeração. Não colheu aqui o argumento de que a polícia teria, caso o tivesse solicitado, obtido um mandato de detenção do juiz.

Do que se trata, sobretudo, e complementando, agora, a explicitação do mestre, é de, no quadro do juízo de imputação, não viabilizar a procedência da excepção do comportamento lícito alternativo quando tal envolva a preterição de princípios fundamentais e fundamentantes do ordenamento jurídico, o que mostra, uma vez mais, que nos situamos no plano imputacional e não causalista.

Esta ideia – da não obliteração dos princípios fundamentais do sistema – torna-se operante, ainda, a outros níveis. Pense-se no seguinte caso: deflagrou um incêndio no armazém que A explora profissionalmente. Investigadas as causas do acontecimento, apurou-se que o fogo teve origem criminosa, não se conseguindo, porém, saber quem foi o seu autor. A suspeitou desde o início de B e, recolhendo determinados indícios que apontavam nesse sentido, apresentou junto dos órgãos de polícia criminal uma queixa. O Ministério Público acaba por arquivar o processo por falta de provas relativamente à autoria. A decide, então, demandar o Estado. Para tanto invoca que a polícia não tinha envidado todos os esforços necessários à descoberta da verdade. A situação concreta reclama uma resposta para nervuras problemáticas com que não vamos lidar agora. Mas torna líquida a ideia avançada. Na verdade, não podemos considerar que o ressarcimento do dano se inscreva na esfera da responsabilidade dos órgãos de polícia criminal. Na verdade, poderiam sempre invocar que, ainda que outro fosse o seu comportamento, nada garantiria que B fosse responsabilizado, tanto mais que sobre ele há-de recair uma presunção de inocência.

No fundo, do que se trata, quer nas hipóteses de pretensa invocação da excepção do comportamento lícito alternativo, quer naquelas em que se decide acerca da imputação como regra, é de impedir que o juiz

independentemente das posições particulares que vão sendo firmadas, descontadas as tentativas de abordagem do tema à lupa da causalidade hipotética²⁰¹⁹, é na ligação ao requisito da ilicitude que se joga o cerne da problemática²⁰²⁰. E por isso entende-se que, ultrapassada a visão mais ortodoxa dela, a sua mobilização surja com particular acuidade ao nível da segunda modalidade de ilicitude²⁰²¹. A descoberta da falta de relevância da norma violada para a emergência do dano vem mostrar, afinal, que a intencionalidade normativa do caso não é assimilada pela intencionalidade normativa daquela²⁰²². É que, mesmo que ela tivesse sido respeitada, o resultado não tinha sido obviado, donde se pode concluir que no seu âmbito de protecção não se incluiria a proscricção daquele dano, para a qual não se mostra apta²⁰²³. Importante é, a este ensejo, determinar claramente se o comportamento alternativo (lícito) teria ou não conduzido ao mesmo resultado²⁰²⁴, tornando-se também fundamental a análise da estrutura valorativa

profira um juízo que redunde na violação de princípios fundamentais e fundamentantes do sistema. Daí que, independentemente dos problemas dogmáticos suscitados pelas hipóteses de *wrongful births* e de *wrongful lifes*, a que noutro ensejo nos referimos, a indemnização não deva ser atribuída nesses casos sempre que a pretensão indemnizatória se alicerce na invocação do direito à não existência ou na indignidade da vida que é vivida, uma vez que tal contende directamente com a dignidade que se reconhece a cada ser pessoa. Há, portanto, um limite imputacional que decorre imediatamente do sentido ético-axiológico que percorre todo o ordenamento.

²⁰¹⁹ Sobre o problema da causalidade hipotética, cf. o que, *infra*, diremos sobre o ponto. É a consciência da necessidade de tomada de posição acerca do problema que nos leva a omitir aqui dados que talvez fossem essenciais.

Cf., porém, HERMANN LANGE/GOTTFRIED SCHIEMANN, *Handbuch des Schuldrechts...* cit., p. 204 e ss., mostrando que, na literatura jurídica mais antiga, a solução do problema se baseava nos §§ 831 I/2; 832 I/2; 833/2; 834/2; 836 I/2 BGB, de onde derivava um argumento de aplicação geral. Cf., também, na mesma página, nota 107, a propósito da exigência da condicionalidade *sine qua non*.

²⁰²⁰ A este propósito, veja-se ERNST A. KRAMER, “Schutzgesetze und adäquate Kausalität”, ... cit., p. 338 e ss. Em debate está o problema de saber se, em todos os casos em que é estabelecida a causalidade natural, é necessário indagar se o dano se integra no fim da norma. No fundo, o autor remete-nos para a questão da referência da condicionalidade *sine qua non*, isto é, a questão de determinar se a condição sem a qual se relaciona ou não com a violação do dever. Dependendo da resposta concreta que seja fornecida, surgem duas perspectivas para encarar o comportamento lícito alternativo: uma perspectiva determina a exclusão da causalidade; outra defende a exclusão posterior da responsabilidade.

Cf. HANS STOLL, *Kausalzusammenhang...* cit., p. 22 e ss., considerando que se exclui a responsabilidade; e rememore-se HANAU, *Die Kausalität der Pflichtwidrigkeit...* cit., p. 61 e ss.

²⁰²¹ Cf., a este propósito, DEUTSCH, *Allgemeines Haftungsrecht...* cit., p. 124/125, falando de grupos de casos onde se pode colocar o problema do comportamento lícito alternativo: a) *nichteinleitung eines Verfahrens*; b) *Schadenzufügung ohne Verfahrensverstöß*, c) *Warnungsfälle* (de que é exemplo a temática da responsabilidade do produtor, já que um dos problemas que se pode suscitar é o de saber se a informação que foi omitida – gerando responsabilidade – teria ou não sido seguida); d) violação do dever de esclarecimento por parte dos médicos.

²⁰²² Cf. DEUTSCH, *Allgemeines Haftungsrecht...* cit., p. 122 e ss.

²⁰²³ Para uma melhor compreensão do que assim fica inscrito, cf. o que ficou dito *supra* a propósito da segunda modalidade de ilicitude delitual.

Veja-se, ainda, GOTZLER, *Rechtmäßiges Alternativverhalten ...* cit., p. 91 e ss., ligando o problema do comportamento lícito alternativo ao nível da causalidade fundamentadora da responsabilidade com a questão da aptidão da conduta.

²⁰²⁴ Cf. HERMANN LANGE/GOTTFRIED SCHIEMANN, *Handbuch des Schuldrechts...* cit., p. 200 e HANAU, *Die Kausalität der Pflichtwidrigkeit...* cit., p. 11 e ss., citado também pelos primeiros autores referidos, falando dos falsos comportamentos alternativos.

do preceito mobilizado. Se as advertências nos mostram claramente a clivagem relativamente às situações de causalidade hipotética, importa sublinhar, igualmente, que não curamos aqui de uma qualquer alternativa de acção que, uma vez colocada em marcha, torna possível a emergência do dano. Do que se trata é de saber se o dano teria tido lugar sensivelmente do mesmo modo, no mesmo tempo e nas mesmas condições ainda que a preterição do dever não se tivesse verificado. Ou dito de outro modo, pergunta-se em que medida a conduta conforme ao direito teria diminuído de forma significativa o risco de realização do evento lesivo, quebrando-se, em caso de resposta afirmativa, onexo de ilicitude que se começava a desenhar com a violação normativa²⁰²⁵.

Se nos afastarmos do quadro da segunda modalidade de ilicitude delitual e nos deixarmos orientar pela ilicitude desvelada por via da lesão de direitos subjectivos absolutos, facilmente nos aperceberemos da dificuldade de falar de um comportamento lícito alternativo. Na verdade, se a ilicitude fica confinada à violação do bem jurídico, isto é, ao resultado, não faz sentido pensar-se numa alternativa lícita. Arredado que esteja o formalismo, sabemos que – embora perspectivado na óptica do resultado – o ilícito tem subjacente a si uma conduta, traduzindo-se a ligação entre estes dois elementos no nexode imputação que estamos a erigir. Adequadamente compreendida a acção, conformada pela liberdade do sujeito, inseparável da correspondente responsabilidade, a conexão de que falamos não é matizada pela nota da exterioridade, mas predica-se na interioridade do dever. E traduz-se, em termos práticos-normativos, na constatação da assunção de uma esfera de risco, indagando-se, posteriormente, acerca da pertinência do dano àquele círculo de responsabilidade que se encabeça. Se a simples possibilidade é bastante para se integrar a lesão na esfera gerada ou incrementada, então é, em teoria, possível conceber que o lesante venha provar que o

²⁰²⁵ O facto de o problema não se colocar em termos de análise dos cursos causais hipotéticos tem implicações em sede de prova. Cf., sobre o problema, SINDE MONTEIRO, *Responsabilidade por conselhos...* cit., p. 290, não aderindo à posição maioritária que o faz recair sobre o lesante. Veja-se, ainda, a referência ao julgamento pericial a que nos conduz a versão roxiniana do problema do comportamento lícito alternativo.

Igualmente interessante a este ensejo é saber se, no momento probatório, se deve oferecer a prova segura da identidade de resultados em face da opção pela alternativa lícita ou se a prova da probabilidade ou mesmo possibilidade de coincidência lesiva é bastante. No domínio penal, v. Ac. da Relação de Guimarães de 3 de Maio de 2004 (www.dgsi.pt) e Ac. da Relação do Porto de 26 de Março de 2008 (www.dgsi.pt), considerando que, ao imputar-se a lesão ao agente, nos casos em que não é possível provar com segurança que o mesmo resultado teria advindo se tivesse sido adoptado um comportamento lícito, mas somente se comprova a probabilidade ou mesmo a simples possibilidade, estar-se-ia a fazer operar a dúvida contra o arguido, em contravenção com o princípio *in dubio pro reo*. O argumento não colhe, portanto, por referência à congénere civilista, onde nos situamos.

mesmo dano teria sido causado mesmo que o comportamento tivesse sido outro. Note-se, porém, que em rigor não estaria em julgamento um comportamento lícito alternativo, porquanto, ao não se estabelecer a conexão que buscamos, é o próprio nexo de ilicitude que falece e, conseqüentemente, o carácter ilícito do resultado²⁰²⁶.

O percurso dialógico não pode, contudo, dar-se por concluído a este propósito. É que não satisfaz saber que, em termos de estrutura imputacional, é logicamente concebível o expediente. Temos antes de questionar, do duplo prisma dos fundamentos normativos e da construção dogmática, se a invocação deve proceder. Ora, para logarmos aceder a uma resposta normativamente fundada e materialmente justa para a inquirição, não podemos olvidar um dado já anteriormente referido. Na verdade, não se trata de apurar da relevância negativa de uma causalidade hipotética, mas de saber se o lesante logrará afastar a sua responsabilidade ao provar a irrelevância do

²⁰²⁶ A este propósito, veja-se o ensinamento de SINDE MONTEIRO, *Responsabilidade por conselhos...* cit., nota 397, considerando que o comportamento lícito alternativo não tem quase relevo no caso das omissões, porque nestas a responsabilidade já é de excluir por falta do nexo de causalidade se o mesmo prejuízo se tivesse igualmente verificado na hipótese de comportamento conforme ao dever, já que uma omissão só é causal quando um determinado agir proibido impedisse a verificação do evento e esta acção houvesse sido possível.

Pensemos num determinado exemplo. A, constatando que B se encontra preso dentro da habitação depois de ter ruído uma parede, recusa-se a ajudá-lo, vindo B a falecer. A situação de monopólio, a investir A na posição de garante relativamente à vida e integridade física de B, faz com que emerja uma esfera de responsabilidade a partir da qual é ponderada a imputação. Advogado para si o risco da inacção diante da necessidade de auxílio do seu semelhante, havendo culpa, e verificando-se a morte do segundo, A será responsabilizado extracontratualmente. Tradicionalmente, perguntar-se-ia se a omissão foi ou não causa do dano, isto é, se é normal e adequado que aquele tipo de dano resultasse daquela não reacção. Isto depois de se indagar acerca da condicionalidade *sine qua non*. Nessa medida, excluir-se-ia, de imediato, a relevância do comportamento lícito alternativo. É que só se a acção omitida se mostrasse apta a impedir a verificação da lesão é que a causalidade se firmava.

Só que o que assim fica dito, pela pena de SINDE MONTEIRO, a propósito das omissões parece valer igualmente para as acções. É que, também aí, e desde que inseridos no quadro da primeira modalidade de ilicitude, a causalidade só se estabeleceria se e quando o comportamento se mostrasse adequado a produzir aquele tipo de dano. Pensada a conexão causal em concreto, não faria sentido que ela viesse, posteriormente, a ser negada, ponderando-se, quanto muito, a existência e significado de um curso causal alternativo virtual.

Diferentes passam a ser os pólos do problema quando a conexão vai pensada em termos de imputação do dever. Veremos, adiante, em texto, qual a melhor perspectiva para se encarar o tema. Contudo, não deixa de ser certo que, porque a ilicitude não é antecipada à violação do dever, mas se predica na lesão do direito – ou seja, no resultado – não faz sentido falar de um comportamento lícito alternativo. É que, ao admitir-se a prova da irrelevância da esfera de risco que se assume para a produção do resultado, o que estamos a dizer é que aquela violação do bem jurídico não pode ser imputada ao pretenso lesante, pelo que, do seu prisma, ela deixa de ser ilícita. Pode é haver, como haverá, um comportamento conforme ao dever, sendo essencial que, terminologicamente, o pormenor seja assumido.

Cf., ainda, HANAUS, *Die Kausalität der Pflichtwidrigkeit...* cit., p. 11, considerando que a causalidade da violação do dever deve ser entendida como um elemento da própria imputação; e WEITNAUER, “Zur Lehre vom adäquaten Kausalzusammenhang, Versuch einer Ehrenrettung”, *Revolution der Technik. Festgabe zum 60. Geburtstag von Karl Oftinger*, 1969, p. 321 e ss., p. 321 e ss. (analisando o problema do comportamento lícito alternativo à luz do incremento do risco quando comparado aquele com o comportamento ilícito levado a cabo).

comportamento para a emergência do dano²⁰²⁷. Pressuposta que seja a finalidade primacial do ressarcimento como a reparação, e não esquecido que o sentido pessoalista da responsabilidade não nos pode afastar da determinação do agente, torna-se simples o sentido da solução. Deve-se, de facto, admitir que o lesante se sirva da prova de um comportamento conforme ao direito para excluir da imputação que se traça²⁰²⁸. Em causa estaria, aí, a invocação de que o dano lesão verificado não se liga, afinal, funcionalmente à esfera de risco que ele encabeçou.

A dificuldade passa, portanto, a ser outra, qual seja a de saber qual a prova que deve ser oferecida pelo obrigado a indemnizar²⁰²⁹.

Várias são as hipóteses configuráveis em abstracto. O lesante pode, de facto, vir provar qual a causa real do dano e mostrar, com isso, que ela não se integra na esfera de riscos que assumiu; pode aduzir que, com toda a probabilidade, o dano se teria realizado se a sua conduta não se tivesse desviado do dever; pode mostrar que há a possibilidade de tal dano ter tido uma raiz diversa do epicentro imputacional com que se joga ou, ainda, a possibilidade de o dano ocorrer de igual modo, ainda que o comportamento fosse conforme ao devido. A gradação com que nos confrontamos faz aportar, em primeira linha, uma questão de índole adjectiva, mas nem por isso com menor repercussão em sede material e, simultaneamente, nem por isso menos condicionada pelo recorte imputacional que vai sendo desenhado. Trata-se, na verdade, de saber se a

²⁰²⁷ Cf. ERNST A. KRAMER, “Schutzgesetze und adäquate Kausalität”, ... cit., p. 339 e ss. Ensina o autor que o concreto perigo do acidente não aumenta com o comportamento ilícito. Ora, segundo ele, este aumento irrelevante do risco, quando comparado com aquele a que somos conduzidos pelo comportamento lícito, mostra que o lesante não colocou em marcha nenhuma condição adequada. No fundo, o autor analisa o problema no quadro da doutrina da adequação, e segundo um juízo probabilístico, considerando que a finalidade de protecção da norma seria especificada com recurso ao pensamento da adequação. A *nuance* que aqui é inserida mostra-nos que, mesmo no apelo à probabilidade, esta cumpre um papel ancilar, não deixando o decidente enredar-se num juízo contrafáctico, porquanto o que está verdadeiramente em causa é saber se o dano se insere na esfera de risco do lesado ou se integra no âmbito de protecção da norma ou dever que foi violado.

²⁰²⁸ Relembremos, a este ensejo, o segundo critério de limitação da responsabilidade fundada em culpa adiantado por TRIMARCHI, *Causalità...* cit., 72. Diz-nos o autor que a ressarcibilidade do dano deve excluir-se quando, eliminando ou modificando os elementos na descrição da conduta, é possível obter um acto ilícito que teria igualmente causado o evento danoso. É que, nesta hipótese, e tendo em conta que o agente cria um risco em medida superior ao permitido, o evento surge como realização de um risco permitido e não do risco maior. Adianta TRIMARCHI que, não havendo certeza sobre se o segundo acto teria ou não causado o dano, deve aplicar-se a regra *in dubio pro reo*.

Os diferentes pressupostos de que o autor parte determinam, entre outras clivagens, um distanciamento neste específico aspecto atinente à prova da limitação.

²⁰²⁹ Em dessintonia com a posição maioritária, que faz recair o ónus da prova do comportamento lícito alternativo sobre o lesante, cf. SINDE MONTEIRO, *Responsabilidade por conselhos...* cit., p. 290, para quem a solução não deve ser acolhida globalmente.

Veja-se, ainda, no mesmo local, a análise que o autor faz do pensamento de ROXIN na matéria, sublinhando que, ao reconduzir a problemática à diminuição do perigo de realização do evento, acabaria por lançar mão de julgamentos periciais, não estando em causa a prova de cursos causais hipotéticos.

simples prova da possibilidade de uma diversa causa do dano é bastante para afastar a imputação.

Diríamos, pois, que a este nível colhe a invocação do comportamento alternativo conforme ao direito, porque, ao mostrar que a lesão surgiria do mesmo modo independentemente da licitude ou ilicitude do comportamento, consegue-se obter a prova do não incremento do risco. No fundo, o lesante demonstra que o dano que emerge não se conxiona funcionalmente com a esfera de responsabilidade actualizada a partir da obliteração dos deveres de conduta.

Deporá no mesmo sentido – da procedência do argumento excludente da imputação – a ideia de justiça comutativa que perpassa todo o sistema delitual. De facto, estamos diante de um expediente de salvaguarda do equilíbrio prestacional requerido ao nível aquiliano. Não é, contudo, este o único fundamento para a solução que aqui se patenteia. Em jogo está, também, o próprio sentido da responsabilidade, analisada à luz de um resultado que se imputa. Por isso é que, no plano adjectivo, não basta a invocação da possibilidade de uma outra causa para o dano. A alternativa que se alega há-de ser real, de tal modo que o julgador só deve recusar a imputação quando haja prova da efectiva causa do dano ou quando haja prova da elevada probabilidade de que a lesão se teria realizado mesmo sem o desvio na conduta. Note-se que o grau de probabilidade de que aqui se fala deve andar próximo da certeza, o que se entende se se considerar que a assunção da esfera de risco coenvolve igualmente o risco processual²⁰³⁰.

Na indagação da pertinência funcional da lesão do direito à esfera de responsabilidade que se erige e assume, importa ter sempre presente que esta é mais ampla que o círculo definido pela culpa, como atrás se constatou. Contudo, pese embora a ideia da extrapolação da vontade que acompanha o resultado, há que ter em conta, no juízo imputacional, uma ideia de *controlabilidade*^{2031 2032} do dado real pelo agente. Esta controlabilidade há-de, pois, ser entendida no sentido da evitabilidade do evento

²⁰³⁰ Sobre o ponto teceremos *infra* detidas considerações.

²⁰³¹ A propósito da controlabilidade importa acrescentar duas notas.

Uma primeira para sublinhar que, se RIPSTEIN criticou a ligação entre previsibilidade e o controlo por assim se afastar o jurista da centralidade da norma de conduta que deve presidir à imposição da responsabilidade (cf. *supra* o que ficou referido), fá-lo na referência ao controlo e não à controlabilidade, que convoca, afinal, uma ideia de exigibilidade.

Uma segunda para evidenciar, no confronto com a posição ripsteiniana, que a “norma” de comportamento a que aqui se poderá aludir só emerge diante da situação concreta.

²⁰³² Cf. HERMANN LANGE/GOTTFRIED SCHIEMANN, *Handbuch des Schuldrechts...* cit., p. 94, considerando que a razão para a limitação da responsabilidade aos danos adequados, no quadro da *Gefährdungshaftung*, se prende com a controlabilidade do comportamento humano.

Não se ignore, pese embora a referência, a distância que nos separa da adequação e bem assim a diversa inserção dogmática relativamente ao testemunho específico dos autores citados.

lesivo²⁰³³. Com isto, exclui-se a possibilidade de indemnização dos danos que resultem de acontecimentos fortuitos ou de casos de força maior.

A abordagem que se faça das categorias não deixa de ser acompanhada de algumas nervuras problemáticas. Desde logo, dividem-se os autores entre a defesa de uma perspectiva subjectivista, que torna operantes os conceitos ao nível da culpa²⁰³⁴, e a construção de uma teoria objectivista, que as aproxima do foro de influência da causalidade^{2035 2036 2037}. A divergência não releva em termos exclusivamente teóricos,

²⁰³³ Cf., quanto ao ponto, CHRISTIAN VON BAR, *The Common European Law ...* cit., p. 474-475. Na ponderação da causalidade, considera importante ter-se em conta, não só o tipo de dano que se pretende imputar, como também a extensão e sobretudo a inevitabilidade dele. Desde logo, no tocante às omissões, o critério da inevitabilidade do dano afigura-se imprescindível. E bem assim no que respeita às condutas negligentes em geral. Esclarece VON BAR que “não se requer a prevenção de eventos que, pese embora do ponto de vista teórico sejam previsíveis, são tão inusuais que a sua prevenção se afiguraria desrazoável”. Ora, esta desrazoabilidade da prevenção vem a identificar-se, segundo a posição ali colhida (cf. p. 475), com a inevitabilidade do dano, a qual, por seu turno, no quadro do pensamento tradicional, significa a inadequação do comportamento para a causação do dano.

Afastamo-nos, bem o sabemos, desta visão tradicional, pelo que a ideia de inevitabilidade a que fazemos apelo há-de ser explicada, de outro modo, pela perda de conexão funcional com a esfera de responsabilidade/risco que se erigiu.

²⁰³⁴ Cf. PAUL ESMEIN, “Les principes de la responsabilité délictuelle”, *Revue Critique de Législation et de Jurisprudence*, 1932, p. 466. Veja-se, também, CHRISTIAN VON BAR, *The Common European...* cit., p. 485, considerando que o que se cunha como *act of God*, *damnum fatale* ou *inevitable accident* servem para definir a responsabilidade sem culpa ou simplesmente constituem outra forma de dizer que o agente não actuou negligentemente, e, entre nós, ANTUNES VARELA, *Das obrigações...* cit., I, p. 603, afirmando, a propósito do artigo 493º, que o facto fortuito afasta a presunção de culpa.

²⁰³⁵ Cf. MASSIMO BIANCA, *Diritto Civile...* cit., p. 661-662. Duas concepções são aí apresentadas a propósito da noção de caso fortuito e força maior. De um lado, aquela que a identifica com a ausência de culpa. Do outro, aquela que olha para eles do ponto de vista da interrupção do nexos causal. Para o autor, “il caso fortuito e la forza maggiore escludono la colpa del soggetto per un danno che è causalmente riconducibile al fatto del soggetto o alla sua omissione. Il caso fortuito e la forza maggiore sono piuttosto concause del danno che rilevano come esimenti di responsabilità”.

Cf., também, CASTRONOVO, *La nuova responsabilità...* cit., p. 55. Considera o autor que, ainda que se atribua uma feição objectivista ao caso fortuito, sempre haveria que definir o critério da sua emergência. Em alternativa dialógica, apresenta duas possibilidades: a) “l’oggettività naturalistica che identifica il caso fortuito con una accidentalità causale o con la *vis cui resisti non potest*”; ou, b) “un’oggettività giuridica che identifichi il caso fortuito con la serie di eventi di cui non si risponda a prescindere dalla mancanza di colpa”.

Veja-se, a propósito, MARIA LETIZIA RUFFINI, “L’equiparazione «fatto dell’incapace-fortuito»...”, ... cit., p. 133 e ss., onde, acerca do impacto que o comportamento de um lesado incapaz poderá ter na responsabilidade do lesante, se questiona se ele pode ou não ser entendido como um facto fortuito. Sendo certo que já, a outro ensejo, tínhamos dado conta do problema, ficam agora inscritas, de forma sistemática, as alternativas dialógicas colocadas em confronto: 1) entende-se que o problema se situa ao nível da culpa e, sendo o inimputável insusceptível de actuar culposamente, fica o lesante totalmente responsável; 2) entende-se que o problema se situa ao nível da causalidade e, nessa medida, sendo o comportamento do incapaz imprevisível, ele pode vir a interromper ou limitar o nexos que se pretende erigir. De forma não correspondente, há que ponderar, ainda, no âmbito do horizonte problemático tradicional, se 1) o facto fortuito deve ser concebido de forma subjectiva, atendo-se à problemática da culpa; ou se 2) tem como padrão de referência a objectividade.

Da autora, veja-se, ainda, “Il concorso di colpa e di caso fortuito nella produzione del fatto dannoso: l’esperienza francese e il diritto italiano”, *Rivista di Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obligazioni*, 1964, p. 39 e ss.

Cf., igualmente, WILBURG, *Die Elemente des Schadensrechts...* cit., p. 206 e ss. e TRIMARCHI, “Il caso fortuito quale limite della responsabilità per il danno da cose”, *Rivista Trimestrale di Diritto Civile*, 1959, p. 808 e ss.

antes repercutindo-se prático-normativamente. Na verdade, são as próprias soluções legais que se tornam alvo de diferentes interpretações consoante a óptica que se encabece. Não será difícil percebê-lo: basta pensar que, se se entender que o facto fortuito e/ou o caso de força maior opera a exclusão da culpa, as categorias deixarão de ser operantes no quadro da responsabilidade pelo risco²⁰³⁸.

Nos antípodas de tal entendimento encontramos as vozes de outros que, partindo de uma dada concepção, sustentam que a força maior não pode tornar-se actuante senão no quadro da responsabilidade objectiva. Assim, GUIDO ALPA afirma que “nel settore della responsabilità civile quindi le ipotesi in cui si menziona il limite del fortuito non possono che essere ipotesi di responsabilità oggettiva perché il soggetto cui si accolla l’onere risarcitorio no può limitarsi a dimostrare di avere fatto tutto il possibile per evitare il danno”²⁰³⁹.

²⁰³⁶ Cf., quanto ao ponto, FORCHIELLI, “Intorno alla responsabilità senza colpa”, *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1967, p. 1394 e ss. Defende o autor que a configuração subjectiva do caso fortuito é a mais consonante com os dados do direito positivo, embora adiante que uma mutação na interpretação dos dados normativos pode conduzir a uma alteração do modo como se compreende a figura.

A propósito do pensamento do autor acerca do caso fortuito, veja-se, ainda, PAOLO FORCHIELLI, *Il rapporto di causalità...* cit., p. 86, nota 1, assumindo um sentido para o conceito, como todo o facto causalmente estranho ao sujeito cuja responsabilidade se discute e subjectivamente não imputável a um terceiro, que apenas coincide em parte com a tradicional noção de facto fortuito (integradora da força maior e do facto de terceiro).

²⁰³⁷ Sobre o ponto, veja-se MARCO COMPORI, “Causa estranea, caso fortuito, responsabilità oggettiva”, *Foro Italiano*, 1985, I, p. 2650 e ss. O autor apresenta duas possíveis concepções acerca do facto fortuito: a) facto estranho e de todo inevitável; b) evento imprevisível e inevitável. Segundo a primeira concepção, a explosão de um aparelho perigoso não pode ser considerada um facto fortuito. Cf., também, MOSCHETTI, «Casus fortuitus, trasporto marittimo e contratto di assicurazione in una frequente controversia del XVII secolo», *Diritto dei trasporti*, I, Istituti di diritti della navigazione, Facoltà di giurisprudenza, Università degli studi “La Sapienza” di Roma, 1989

Acerca dos eventos inevitáveis, que o autor distingue claramente do domínio dos casos de força maior, cf. NILS JANSEN, *Die Struktur des Haftungsrechts...* cit., p. 611. Segundo o autor, a colocação do limite, não no caso de força maior, mas no conceito de eventos inevitáveis faz rememorar a teoria subjectiva da força maior. Considera o autor que, sendo o cuidado irrelevante para a imputação do perigo, o legislador terá substituído o evento imprevisível pela força maior no tocante à responsabilidade pelo risco. Resta, por isso, na adesão a um sistema móvel protagonizado pelo autor, a dúvida acerca de saber se é ou não meritório o esforço no sentido da distinção entre as duas figuras (cf. p. 612). Possível critério de cisão passaria pela consideração do evento inevitável como uma garantia, na medida em que a responsabilidade só avulta quando se detecte uma falha na esfera do lesante, e da força maior em termos objectivos, a fazer impender na vítima e no seu seguro o risco residual. A diferença estaria portanto na garantia da liberdade pela falha do evento na esfera do lesante, por um lado, e na imputação dos riscos típicos, no lesado, por outro lado. No primeiro caso, olharíamos para o lesante; no segundo caso, focalizar-nos-íamos no risco geral, com incidência directa sobre o lesado (cf. p. 613).

Quanto a nós, neste momento, limitamo-nos a sublinhar que a inevitabilidade parece mostrar também que a lesão não pode ser remetida para a esfera de responsabilidade, evidenciando que se perde a conexão funcional.

²⁰³⁸ A este propósito, cf. STEPHAN MEDER, “Höhere Gewalt als Entlastungsgrund – ein Beispiel für die Konvergenz zweier Haftungsprinzipien”, *Juristenzeitung*, 94, Heft 10, 1994, p. 485 e ss.

²⁰³⁹ Cf. GENEVIÈVE VINEY/PATRICE JOURDAIN, *Traité. Les conditions de la responsabilité...* cit., p. 286. Considerando que a força maior tem um duplo efeito exoneratório, por via da causalidade e da culpa, admitem que a excepção possa ser invocada no tocante a todas as formas de responsabilidade civil,

Considerando que caso fortuito é “tudo o que acontece de modo extraordinário, culpa da fortuna ou de um acto de Deus (...) e contra o qual o esforço humano será vão” e salientando que, dogmaticamente, emerge como limite à responsabilidade, GUIDO ALPA torna dialogante as duas concepções já afloradas a propósito do caso fortuito, defendendo que se deve sustentar uma posição mais rigorosa, a coincidir com uma perspectiva objectivista e absoluta, ao contrário do que ocorre no âmbito contratual²⁰⁴⁰.

Notas predicativas do conceito seriam, pois, a extraordinariedade, a excepcionalidade e a invencibilidade, mas já não a imprevisibilidade, tanto mais que pode haver eventos previsíveis que sejam inevitáveis. Se o conceito, para ter utilidade, tem de comunicar mais do que o juízo culpabilístico, então somos impelidos a aderir a uma concepção objectivista. Simplesmente porque esta é uma posição mais exigente, parece que, no quadro da responsabilidade subjectiva, a culpa resolve antecipadamente o problema: se o lesante provar que adoptou todas as medidas que um homem razoável teria abraçado naquelas circunstâncias, então deixará de haver culpa, caindo a pretensão indemnizatória. No fundo, ele cumprirá tal ónus probandi se vier demonstrar a extraordinariedade, a excepcionalidade e invencibilidade do evento²⁰⁴¹.

qualquer que seja o seu fundamento. Acrescenta que, em termos práticos, ela é normalmente chamada a depor no quadro da responsabilidade objectiva.

Cf., a este propósito, os PETL que apenas se referem à força maior no caso de responsabilidade sem culpa. Cf., ainda, o comentário de BERNARD DUBUISSON, “Les causes exonératoires de la responsabilité”,... cit., p. 6, que refere que, “nos sistemas de responsabilidade por culpa, a força maior parece fundar-se na ausência de culpa”, pelo que é nas hipóteses de responsabilidade objectiva que “a força maior tem um efeito exoneratório e autónomo” e PHILIPPE BRUN, *Les présomptions...* cit., p. 268 e ss., considerando que a força maior serve para afastar uma presunção de responsabilidade, só sendo operante ao nível da responsabilidade objectiva.

Cf., porém, PIERRE WIDMER, “Causes d’exonération ou moyens de défense dans les projets européens”... cit., p. 17, considerando que o facto de a força maior não ter grande expressão ao nível da responsabilidade por culpa apenas resulta do facto de ser tida em conta no momento da avaliação da *faute*, tornando desnecessário o reexame sucessivo da causalidade. Mas, acrescenta, “é concebível que, em certos casos, a apreciação do nexos de causalidade em duas etapas possa ser aplicada no quadro da responsabilidade fundada na violação de um dever de diligência”. Por exemplo, “se essa *faute* aparecer como muito ligeira (culpa levíssima), ela tem uma influência exterior dificilmente previsível”. Para o autor, a força maior desempenha um papel independentemente do regime de responsabilidade civil concretamente em causa.

²⁰⁴⁰ Cf. GUIDO ALPA, *Responsabilità civile e danno...* cit., p. 297. Para uma justificação da discriminação de soluções nos dois domínios, cf., numa referência à ideia de *cheapest avoider*, p. 298.

V. ainda, quanto ao ponto, PINTO FURTADO, *Manual do Arrendamento Urbano*, 2ª edição, Almedina, Coimbra, 1999, p. 799 e 800.

²⁰⁴¹ Cf., para uma diferença entre o facto fortuito e a força maior, PIERRE WIDMER, “Causes d’exonération...”, ... cit., p. 16, caracterizando o caso fortuito como uma forma maior menor: evento imprevisível e não prevenível que não alcança a intensidade necessária para afastar o nexos causal entre o facto principal e o dano. Para o autor, haveria apenas um efeito exoneratório parcial, porque o facto fortuito (não imputável a um terceiro, nem à vítima) contribuiu de maneira substancial, mas não preponderante, para a realização do dano.

Louva-se na proposta do civilista o rigor que imprime na definição apresentada. Com efeito, se aderirmos a uma noção genérica que abdique da delimitação dos contornos categoriais, corremos o risco de perder um conceito útil para a solução do problema imputacional. Designadamente, podemos ser conduzidos à ideia de que o facto fortuito existe sempre que o dano não possa ser integralmente imputado ao pretense lesante^{2042 2043}. Louva-se, ainda, o facto de se apartar de um juízo subjectivo. Na verdade, boas razões há para afastar qualquer confusão com a culpa^{2044 2045}. No

²⁰⁴² Relacionando-se com o que ficou dito, convoque-se a ideia de FORCHIELLI, *Il rapporto di causalità...* cit., p. 112/113, considerando que, numa certa acepção, a causalidade adequada separaria os casos fortuitos autênticos (devidos a uma pura fatalidade) dos casos fortuitos espúrios ou impróprios (isto é, casos nos quais a causa accidental pode aparecer fortuita só até um certo ponto, dada a presença da concausa imputável – acção do lesante – a que se pode atender).

Rememorando o que se disse antes da chamada à colação do pensamento do autor, sempre haveremos de reconhecer que a dicotomia anunciada não se mostra consonante com a nossa proposta. De facto, enquanto no modelo por nós desenhado a ideia de controlabilidade aparece como índice de sindicância da edificação de uma esfera de risco – porquanto não havendo controlabilidade do dado real pelo agente aquela esfera se esfuma (e essa não controlabilidade pode ser comunicada exactamente pela inevitabilidade, e portanto pela ideia de força maior e de caso fortuito) –, no pensamento explanado por FORCHIELLI, mesmo abrindo as portas a um conceito autêntico, por contraposição àqueloutro impróprio, a constatação de tal hipótese implica uma prévia inquirição causal, a fazer apelo à causalidade adequada. Isto é, enquanto para nós o fortuito aparece como um critério, noutros modelos dogmáticos avulta como resultado da problematização.

²⁰⁴³ V., igualmente, TRIMARCHI, *Causalità...* cit., p. 107 e ss., analisando o conceito de excepcionalidade, que introduz num dos critérios delimitadores da responsabilidade que estabelece. Dentro daquele integra as situações de facto fortuito, força maior e facto de terceiro. Uma das preocupações do autor, no diálogo entretecido com a causalidade jurídica, passa por saber em que medida a ideia tornada operante se distancia verdadeiramente de outros critérios limitadores por si analisados, para concluir, então, que as soluções a que se chega por via de uns e de outros não são totalmente coincidentes.

Apresentando uma concepção ampla de facto fortuito, cf. RANIERO BORDON, *Il nesso di causalità...* cit., p. 160, considerando que, no tocante ao artigo 2051º, diz que a expressão “facto fortuito” deve ser interpretado no sentido de nele incluir o facto de terceiro e o acto do próprio lesado. V., igualmente, PAOLO FORCHIELLI, *Il rapporto di causalità...* cit., p. 86, já citado anteriormente; TRIMARCHI, “Il caso fortuito quale limite della responsabilità per il danno da cose”, *Rivista Trimestrale di Diritto Civile*, 1959, p. 808 e ss.; CANDIAN, “Caso fortuito e forza maggiore”, *Novissimo Digesto Italiano*, II, Torino, 1958, p. 991 e ss.

No ordenamento jurídico italiano, cf., ainda, REALMONTE, “Caso fortuito e forza maggiore”, *Digesto, Sezione Civile*, II, Torino, 1988, p. 250.

²⁰⁴⁴ Quanto ao ponto, veja-se CEES VAN DAM, *European Tort Law...* cit., p. 265-267.

²⁰⁴⁵ Cf. FLORENCE G’SSELL-MACREZ, *Recherches...* cit., p. 428, considerando que a exoneração da responsabilidade fundada na força maior resulta, na maioria dos casos, de considerações relativas à causalidade. Para tanto, atenta em duas hipóteses: a) a *cause étrangère* absorve a integralidade da causalidade, conduzindo a uma exoneração total do lesante; ou b) exonera parcialmente.

Questionando-se acerca do fundamento da exoneração por força maior, a autora explica que a avaliação da causalidade pode dar origem a degraus, encontrando num extremo a causalidade determinista e no outro uma relação puramente accidental, aleatória. Em qualquer das situações se deve excluir a responsabilidade. Ora, a força maior pode ser assimilada à hipótese de *hasard* (indeterminação que torna impossível estabelecer a causa do dano – o *act of God*); ou pode corresponder ao determinismo absoluto. Estas duas perspectivas, correspondentes à força maior e ao caso fortuito, têm duas justificações causais para a exoneração. São essas explicações que a autora nos oferece nas suas palavras subsequentes. Assim, no que ao *hasard* respeita, identificado com a fatalidade, diz-nos que “nenhuma lei causal aumenta a probabilidade objectiva de aparecimento do efeito que não é objectivamente previsível (...). A força maior liga-se a uma ideia de inelutabilidade da produção do evento. E nessa medida ela tem a ver com a causalidade. A irresistibilidade constitui outro elemento fundamental da força maior” – cf. p. 433 e 436. Irresistibilidade e imprevisibilidade “são duas condições cumulativas da força maior. Temos de combinar

plano do direito positivo, somos confrontados com previsões de responsabilidade pelo risco que integram nas causas exoneratórias do ressarcimento a verificação de um facto fortuito ou caso de força maior^{2046 2047 2048 2049}. Quer isso dizer que, a esse nível, a

as duas ideias, embora elas se refiram a causalidades diametralmente opostas (acidental de um lado e determinista do outro). É possível distinguir a força maior em si mesma que, imprevisível, releva do *hasard*, e o efeito desse evento que impede o lesante de executar a sua obrigação (inelutabilidade)”.

²⁰⁴⁶ Pense-se, por exemplo, no artigo 509º CC e no artigo 505º CC.

²⁰⁴⁷ Veja-se KARL LARENZ, „Die Prinzipien der Schadenzurechnung...“, ... cit., p. 373 e ss. (falando da responsabilidade pelo risco, considera que é a que anda ligada a especiais perigos de danos, pelo que „importa saber se o dano foi ou não causado por um acto do agente. É suficiente que o dano possa ser imputado a uma esfera de perigo especial de uma coisa ou actividade“. Ora, isto, segundo LARENZ, explica que „em muitos casos, embora não em todos, a responsabilidade possa ser excluída se o dano for devido a um caso de força maior ou um facto fortuito, porque nessa hipótese não é imputável à esfera de risco que foi edificada“).

Cf. ALFONSO DE COSSIO, "La causalidad en la responsabilidad civil: estudio del derecho español", *Anuario de Derecho Civil*, tomo XIX, Fasc. III, 1966, p. 544.

Veja-se, a propósito, CARLOS DE OLIVEIRA COELHO, *Poluição marítima por hidrocarbonetos e responsabilidade civil...* cit., p. 81 e ss., numa análise do artigo III/2 a) da Convenção Internacional sobre responsabilidade civil pelos prejuízos devidos à poluição por hidrocarbonetos de 29 de Novembro de 1969 revista pelo Protocolo de Londres de 27 de Novembro de 1992.

Sobre o ponto, cf., ainda, com uma interpretação diversa, BRANDÃO PROENÇA, *A conduta do lesado...* cit., p. 281, nota 903

²⁰⁴⁸ Sobre o ponto, cf., ainda, STEPHAN MEDER, "Höhere Gewalt als Entlastungsgrund – ein Beispiel für die Konvergenz zweier Haftungsprinzipien", ... cit., p. 485 e ss.

No quadro do ordenamento jurídico alemão, cf., também, VON CAEMMERER, "Höhere Gewalt", *Rechtsvergleichendes Handwörterbuch für das Zivil- und Handelsrecht des In- und Auslands*, Band 4, 1933, p. 239 e ss.; LEONHARD, "Höhere Gewalt", *Festschrift für Ludwig Traeger zum 70. Geburtstag*, 1926, p. 12 e ss.

²⁰⁴⁹ Sobre o ponto, cf., também, ANDRÉ TUNC, «Force majeure et absence de faute en matière délictuelle», ... cit., p. 171-211, onde, assumindo a dicotomia entre a responsabilidade delitual e a responsabilidade contratual, se problematiza a distinção entre ausência de culpa e força maior. Em causa está, no fundo, a determinação da natureza dos preceitos que estabelecem, no ordenamento jurídico em que o autor se insere, hipóteses de responsabilidade objectiva: trata-se de presunções de culpa ou, outrotanto, de verdadeiros casos de responsabilidade independentemente de *faute*? (cf. p. 176). Conclui, a este ensejo, o autor que não basta a prova da falta de culpa para que haja exoneração da responsabilidade nos termos do artigo 1384º Code Civil. A força maior ou o caso fortuito apenas são reconhecidos quando o dano é causado por um meio estranho à coisa (cf. p. 199). A exterioridade da causa do dano em relação à coisa constitui o verdadeiro critério da força maior, segundo o depoimento do TUNC, perdendo importância as características da imprevisibilidade e irresistibilidade.

A ideia de passividade da coisa, a que apela a jurisprudência gaulesa, poderia, então, ser vista como uma forma de reintroduzir a ideia de força maior no juízo responsabilizatório e com isto salvaguardar um recorte do sistema que se afasta da mera alocação funcionalizada de riscos e prejuízos – cf. p. 204 e ss.

Sublinhe-se, porém, que nos afastamos do entendimento subjectivador da responsabilidade pelo risco. Sem que isso implique a obnubilação da nervura de eticidade com que contaminamos todo o sistema.

Saliente-se, *in fine*, a relação entretecida com a ideia de causalidade. Dando-se ali conta que, nos casos de *faute*, a culpa acaba por levar ínsita a própria causalidade, esta passa para o primeiro plano das preocupações do jurista quando lida com a responsabilidade pelo risco criado. Justificada por considerações preventivas e explicitada pela pertinência do dano à coisa de que o sujeito é garante. V., também, FRANÇOIS CHABAS, *L'influence de la pluralité des causes...* cit., p. 136 e ss.; GENEVIÈVE VINEY/PATRICE JOURDAIN, *Traité. Les conditions de la responsabilité...* cit., p. 284 (considerando que há dois fundamentos amiúde invocáveis para a exoneração da responsabilidade com fundamento num caso de força maior – a ausência do nexo de causalidade entre o facto e o dano ou a prova da ausência da culpa –, as autoras aduzem que “as duas explicações devem ser combinadas. A causa *étrangère* demonstra que o lesante não teria jogado mais do que um papel acessório na realização do dano e que a sua atitude não é criticável. Ao invocar a causa imprevisível e irresistível, adiantam VINEY e JOURDAIN, “o lesante não prova necessariamente que não participou na realização do dano, mas ao mesmo tempo, se a sua participação foi meramente passiva, isso significa que a influência determinante provém da cause

exclusão da responsabilidade há-de cumprir-se por outro meio que não a exclusão da culpa^{2050 2051 2052 2053 2054}.

étrangere. Noutros termos, o facto imputado ao lesante não terá produzido nenhum dano”, já que “a acção foi intercortada por um evento que modificou o desenvolvimento das suas consequências. O facto foi condição necessária do dano; no entanto “por uma concessão à teoria da causalidade adequada, os tribunais decidem que a causa determinante e activa deve absorver inteiramente a causa acessória e passiva”. Note-se, contudo, que “a absorção é mais justificada quando pensamos que a força maior estabelece que a participação do lesante não foi *fautive*. A imprevisibilidade do dano afasta a culpa. Do mesmo modo, a inevitabilidade tem o mesmo efeito”).

Sobre o ponto, e referindo-se ao famoso aresto *Desmares* de 21 de Julho de 1982, cf. YVONNE LAMBERT-FAIVRE, “Pour un nouveau regard sur la responsabilité civile”, *Recueil Dalloz Sirey*, 1983, Chronique XVIII, p. 102-104.

Sobre o critério da passividade da coisa e a distinção entre “role actif” e a sua “passivité”, cf. ANDRÉ TUNC, “Les paradoxes du regime actuel de la responsabilité de plein droit”, *Recueil Dalloz Sirey*, année 1976, chronique IV, p. 13-16 (com importantes apontamentos jurisprudenciais, TUNC evidencia os problemas que nuclearmente enervam a cisão imposta pelos tribunais gauleses, mostrando, nesse quadro, que ela leva implícita aqueloutra questão do relevo que a contribuição da vítima pode ter no surgimento do dano e bem assim da questão imputacional que não se esfuma nas hipóteses de responsabilidade objectiva).

²⁰⁵⁰ A este propósito, convém relembrar a lição colhida no ordenamento jurídico francês relativa às *causes étrangères*, a cujo ensejo os autores questionam se divergem verdadeiramente da ideia de força maior. Sobre o ponto, GENVIÈVE VINEY/PATRICE JOURDAIN, *Traité. Les conditions de la responsabilité...* cit., p. 251 e ss. Contextualize-se a questão para percebermos o seu verdadeiro alcance. A *cause étrangère* surge como o facto de que o demandado se tenta fazer prevalecer para demonstrar que a sua conduta não é a única causa do dano, não podendo, sequer, ser considerada como causa dele. Com base nela, e nos termos do artigo 1147º CC, o efeito exoneratório a que se alude é permitido, debatendo-se a doutrina acerca dos contornos específicos que a mesma há-de apresentar: exterioridade como característica indispensável ou não; inimputabilidade ou não da mesma ao lesante são os tópicos que rodeiam a controvérsia. A força maior exoneratória, segundo as autoras aqui citadas, comunga de duas ideias chave: irresistibilidade e imprevisibilidade (cf. p. 264 e ss.), tratando-se de “um evento que exerce uma influência determinante na realização do dano que torna praticamente negligenciável o papel das outras condições”, ao mesmo tempo que “torna impossível a execução dos deveres que, em circunstâncias normais, impenderiam sobre o devedor”. Mas, conforme testemunham, “algumas decisões contentam-se em apontar o carácter exclusivo, determinante ou único do evento invocado para justificar uma exoneração integral”, levando a concluir – pelo menos heurísticamente – que as características da força maior não são indispensáveis para justificar tal exclusão da responsabilidade, ao mesmo tempo que aponta para a possibilidade de existirem *causes étrangères* diferentes do clássico caso de força maior (cf. p. 267 e ss.). Se parte da jurisprudência e doutrina afirma que a força maior deve ser imprevisível e estende a solução em matéria de facto da vítima, outros indagam se a irresistibilidade não será suficiente.

Igualmente, PATRICE JOURDAIN, “Responsabilité civile”, *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, nº1, 1998, p. 111 e ss., aqui p. 121 (falando da irresistibilidade como elemento central e realmente característico desta causa de exoneração e problematizando o requisito da imprevisibilidade. Sustenta a autora que ela perde a sua importância: a previsão não seria de molde a evitar os efeitos. Se, pelo contrário, as circunstâncias relevarem que o evento, se bem que irresistível no momento em que se produziu, poderia ter sido atenuado nas suas consequências se tivesse sido previsto, ela não tem um efeito exoneratório. JOURDAIN fala, ainda, da inevitabilidade que deve acompanhar a irresistibilidade. Ela pode resultar da imprevisibilidade do evento irresistível ou da impossibilidade de evitar a realização e os efeitos lesivos pelas precauções que a sua previsão impunha. Da autora, cf., igualmente, “Force majeure: l’Assemblée plénière manque l’occasion d’une définition claire”, *Recueil Dalloz*, 2006, p. 1580 e “Droit à réparation (lien de causalité, cause étrangère)”, *JurisClasseur Civil*, art. 1328-1386, fasc. 161, nº3. Veja-se, ainda, PHILIPPE BRUN, *Les présomptions dans le droit de la responsabilité civile*, thèse Grenoble, 1993, p. 443, considerando que a exterioridade não é uma característica inerente à força maior, sendo apenas expressão da ideia de que cada um deve responder pelos danos que se inscrevem no seu círculo de influência. No tocante à imprevisibilidade, cf. BERNARD DUBUISSON, “Les causes exonératoires de la responsabilité”, www.grerca.univ-rennes1.fr/digitalAssets/267/267955_dubuissongeneve.pdf, p. 5, considerando que um evento natural de grande amplitude pode ser previsível e ser inevitável, pelo que o acento tónico deve ser colocado na impossibilidade de prevenir o evento).

Sobre o ponto, veja-se, igualmente, CHABAS, *L'influence de la pluralité de causes sur le droit de réparation*, ... cit., p. 148, também citado pelas autoras.

Ligado à força maior está, de acordo com a maioria da doutrina francesa, um efeito de exoneração total da responsabilidade. Note-se, porém, que a doutrina francesa, aqui tornada presente pela pena das civilistas, conhece outras *causes étrangères* para além da força maior – cf. p. 289. Consideram, então, o facto fortuito (distinto da força maior por, tendo carácter de exterioridade, não ser irresistível e não ser causa exclusiva do dano), o facto de um terceiro e o facto da vítima, e questionam, mobilizando para o efeito uma panóplia de argumentos, se eles podem ter um efeito exoneratório parcial sobre o dever de indemnizar a vítima. Maiores desenvolvimentos serão expendidos num ponto expositivo subsequente a este propósito. Note-se apenas que, em homenagem ao princípio da reparação integral e à necessidade de protecção da vítima, as autoras – na esteira da corrente jurisprudencial dominante na *Cour de Cassation* – consideram que o facto fortuito não tem uma virtualidade exoneratória parcial, sustentando, ao invés, que só quando presente as características de força maior exclui – e aí totalmente – a indemnização (cf. p. 296).

Veja-se, ainda, no mesmo sistema delitual, F. LEDUC, “Causalité civile et imputation”, *Les distorsions du lien de causalité en droit de la responsabilité civile*, *Revue Lamy Droit Civil*, 2007/40, n°2631, n°9; CHRISTOPHE QUÉZEL-AMBRUNAZ, *Essai sur la causalité*...cit., p. 324 e ss., considerando que a força maior é uma sub-espécie da causa exclusiva, apta a excluir a responsabilidade do agente no quadro do que o autor cunha por causalidade colateral. A grande diferença reside no facto de, enquanto aquela é um conceito quantitativo, a força maior implica uma ideia de qualificação; HENRI MAZEAUD, “Essai de classification des obligations...”, ... cit., p. 20, falando, a propósito da responsabilidade contratual e no âmbito da tematização das diversas modalidades de obrigações, a diferença entre a *faute* e o caso fortuito. Problematisa, ainda, a eventual distinção entre o facto fortuito e a força maior (o primeiro significaria a ausência de *faute*, enquanto o segundo constituiria uma *cause étrangère* no sentido do artigo 1147° CC); OLIVIA SABARD, “Les causes d’exonération en droit français et dans d’autres ordres juridiques nationaux”, www.grerca.univ-rennes1.fr/digitalAssets/267/267960_osabard.pdf, considerando que a *cause étrangère* é uma expressão genérica que designa o facto ou evento que intervém na produção do dano sem poder ser tido em conta pelo lesante e engloba a força maior, a *faute* da vítima e o facto de terceiro. Mais refere a autora que a força maior não se confunde com a causa exclusiva (cf., porém, p. 8, onde explica que a força maior surge como a prova incontestável da ausência do nexo causal do comportamento do lesante relativamente ao dano, pelo que, em todos os sistemas em que o nexo causal seja indiferente, como no regime francês de indemnização dos acidentes de viação, não tem qualquer efeito exoneratório). Mais refere que a força maior deve ser vista como um evento exterior (não imputável ao lesante), imprevisível e irresistível. Sublinha, contudo, que a imprevisibilidade não deve ser entendida senão como um índice de irresistibilidade (não ganhando o estatuto de condição autónoma da força maior). É que, segundo a autora, há casos em que um facto é previsível e, mesmo assim, é irresistível, sendo iníquo que a força maior seja rejeitada nestas hipóteses. Os factos naturais e humanos (da vítima ou de terceiro) que não apresentem as características da força maior conduzem a uma exoneração parcial do lesante.

Cf. BERNARD DUBUISSON, “Les causes exonératoires de la responsabilité”, ... cit., p. 5, considerando que a força maior se pode traduzir num evento natural, mas também pode englobar qualquer situação que escape ao controlo do autor do dano (como a guerra), e sublinhando que, “nos sistemas de tudo ou nada, em que a causalidade não é divisível, uma *cause étrangère* tem de ser irresistível e imprevisível para cumprir o seu efeito exoneratório”, pelo que, por exemplo, o facto de terceiro só conduzirá à exoneração na medida em que for uma causa exclusiva do dano, tendo de, para isso, apresentar as características da força maior. Já no que tange à *faute* da vítima, entende que ela não tem de apresentar as condições da força maior para ser relevante, sendo suficiente que o facto tenha contribuído para o dano para dar lugar à repartição de responsabilidades.

²⁰⁵¹ Cf. CHRISTIAN VON BAR, *The Common European*... cit., p. 489, numa referência interessante à jurisprudência belga onde os casos de força maior (*Act of God*), considerados ao lado de outros factos exoneratórios da responsabilidade, quais sejam os factos fortuitos (*accident*), o concurso de culpa da vítima ou de um terceiro, são analisados bipartidamente, considerando-se os eventos imprevisíveis (*unforeseeable events/événement imprévisible*) e as causas de justificação (*grounds of justification/ faits justificatifs*), onde se incluem a legítima defesa ou um inevitável erro relativamente à ilicitude do acto.

²⁰⁵² Sobre o ponto, numa perspectiva diversa da nossa, que nos remete para a análise do problema da interrupção do nexo de causalidade, cf., também, HART e HONORÉ, *Causation*... cit., p. 163 e ss. Referindo-se aos *abnormal events*, susceptíveis de provocar a quebra de que se fala nesta nota, os autores apresentam dois grupos de situações: 1) eventos não comuns que o são em qualquer contexto e 2) eventos que são incomuns em conexão com outros eventos. Nos primeiros, integram os *acts of God* (casos de

força maior), reservando para os segundos os casos de *coincidences*. Trata-se, no fundo, de situações que não sendo improváveis de ocorrer geram o sentimento de profunda coincidência temporal por terem emergido exactamente nas situações desencadeada pelo lesante, fazendo rememorar a lição de TRIMARCHI. Repare-se que HART e HONORÉ acabam por reconduzir a ideia de coincidência à noção de previsibilidade. (cf. p. 165).

²⁰⁵³ Cf. TRIMARCHI, *Rischio e Responsabilità...* cit., p. 175. Note-se que, no quadro de uma responsabilidade objectiva, o autor vem salientar a importância de se encontrar um outro significado para a categoria exoneratória da obrigação de indemnização, porquanto a não presença da culpa seja ali dado seguro.

Em certa medida, embora invertendo os termos, o nosso raciocínio pode considerar-se paralelo ao do autor italiano. TRIMARCHI, pretendendo configurar a responsabilidade pela coisa como uma responsabilidade objectiva integrada no risco da empresa, sente necessidade de afastar obstáculos que deponham, pretensamente, no sentido da subjectivação da noção, porque tal inviabilizaria a busca do fundamento por si idealizado (alicerçar a responsabilidade objectiva no risco da empresa em termos amplos).

O nosso percurso é o inverso, embora conexo. Partindo da constatação da previsão da exoneração da responsabilidade pela verificação de um facto fortuito ou de uma situação de força maior, em algumas hipóteses de responsabilidade pelo risco, chegamos à conclusão que as noções não se podem confundir com a mera ausência de culpa. A imprevisibilidade e irresistibilidade com que vêm matizadas – e comumente definidas – devem, portanto, ser inteligidas, aos nossos olhos, à luz de uma compreensão imputacional de que partimos.

Com o que secundamos, também neste ponto, o nosso discurso pretérito.

Continuando a acompanhar TRIMARCHI, quanto ao ponto, vemos que o autor liga a ideia de facto fortuito à noção de risco da empresa. Ele traduziria uma marca de imprevisibilidade, não sendo, por isso, inserido harmonicamente no jogo de ganhos e perdas da empresa, antes afectando o equilíbrio económico dela (cf. 191 e 199). Também a força maior vem conceptualizada pelo insigne jurista italiano em termos objectivos (cf. p. 201). Associada não à imprevisibilidade, mas à inevitabilidade, a mesma deve afastar-se da simples ausência de culpa, pelo que faz, a partir dela, referência ao estado da técnica, aos conhecimentos e meios que esta oferece e adianta que um possível entendimento a derramar sobre ele passa pela consideração da não pertinência do dano ao risco (cf. p. 209).

Contudo, porque a racionalidade predicativa do pensamento de TRIMARCHI se orienta por uma ideia de empresarialidade, o autor vem afirmar que a exclusão da responsabilidade pelo risco da empresa se deve alicerçar na noção de facto fortuito e já não de força maior, dado os danos inevitáveis poderem ainda inserir-se na esfera de pertinência do dano ao risco da empresa (cf. p. 212), não sendo o mesmo verdadeiro por referência aos danos imprevisíveis, em atenção à função social e económica que a responsabilidade pelo risco da empresa é chamada a operar (p. 212).

Saliente-se, ainda, que o autor recusa a ideia de causalidade para aferir a ideia de facto fortuito. Na base de tal entendimento estará a percepção do tratamento desigual do problema em sede objectiva e subjectiva, considerando, à luz da dicotomia que traça, preferível falar exclusivamente na natureza e função da responsabilidade no tocante à empresa (cf. p. 215).

Não teceremos considerações ulteriores acerca do posicionamento de TRIMARCHI. Resta-nos alertar para o facto de não nos ancorarmos, aliás como o próprio autor o não faz, numa visão causalista do problema tradicionalmente dito causal. Donde, pensamos que não destituídos de razão, será esse um dado bastante para não serem procedentes, quanto a nós, as críticas do jurista. Na verdade, embora partamos de uma ideia de pertinência a uma esfera de risco – o que a seu tempo justificará uma leitura integral do instituto delitual em novos moldes – não surge ela informada pela nota consequencialista do âmbito do risco administrável da empresa.

²⁰⁵⁴ Ligando os conceitos ao problema da causalidade, cf. MARTÍN GARCIA-RIPOLL MONTIJANO, *Imputación objetiva...* cit., p. 70 e ss. Em apreço o artigo 1096 III do Código Civil Espanhol, idêntico ao nosso preceito disciplinador da mora. Considera MONTIJANO que o CC não fornece argumentos contundentes na matéria, mas admite que da disposição se possam retirar argumentos no que respeita à relevância, naquele ordenamento jurídico, dos cursos causais hipotéticos.

Veja-se, igualmente, F. P. BÉNOIT, “Essai sur les conditions de la responsabilité en droit public et privé (problèmes de causalité et d’imputabilité)”, *La Semaine Juridique*, 1957, I, nº1351, nº38, que situa a questão da operatividade da força maior ao nível da imputabilidade; P. JOURDAIN, “Retour sur l’imputabilité”, *Les droits et le Droit, Mélanges dédiés à B. Bouloc*, Dalloz, 2007, p. 511 e ss.

Entre nós, cf. Cf. ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações...* cit., p. 419. Facto fortuito traduz, para o autor, “qualquer risco inerente ao funcionamento das coisas ou maquinismos que o agente utiliza”, consistindo a força maior na “força da natureza estranha a essas coisas ou maquinismos”.

O aprofundamento da questão requer a visita historicamente comprometida aos idos tempos da emergência da ideia de força maior. A esse propósito, ZIMMERMANN²⁰⁵⁵ ensina-nos, recuando ao direito romano, que, se “um cavalo emprestado foi furtado por um terceiro ou foi morto por um amigo daquele a quem foi emprestado, o sujeito a quem ele foi entregue é responsável pelo dano independentemente de ter ou não tomado conta do animal o melhor possível e mesmo que não tivesse podido prever o incidente particular. Se, ao invés, o cavalo tivesse sido levado ou lesado por inimigos invasores ou por um ganga de ladrões, excluía-se a responsabilidade”. Explica o autor que os eventos como os referidos em último lugar preenchem a categoria da *vis maior*. A responsabilidade implicaria o encargo por estes eventos menores (*casus minor*), ou seja tudo aquilo que não fosse atribuído à força maior, assim encarada como um limite ao ressarcimento. Em causa, estaria, portanto, aquilo que o autor designa por obrigação de *custódia*²⁰⁵⁶. Trata-se de uma obrigação de guarda de um objecto no âmbito de uma relação obrigacional ou seja de uma garantia de obtenção de um certo resultado que estava contida dentro de certas obrigações. Mas não era uma garantia absoluta, porque, ultrapassados os limites do que possa ser visto como humanamente possível, entramos no campo da força maior. Adianta, ainda, ZIMMERMANN que quem é responsável pela *custódia* é também por dolo e culpa, não respondendo pela deterioração do objecto que resulta do normal uso. Se, por negligência, aquele a quem a coisa foi entregue torna possível que um terceiro furete ou danifique o objecto, ele é responsável, mas a sua culpa não releva e seria sempre responsável nos termos da obrigação de *custódia*. Se usar o objecto para um fim diferente daquele para o qual ele foi entregue, comete um ilícito (*furtum usus*), tendo como consequência o incremento da responsabilidade, que passa a cobrir também os danos causados pela força maior²⁰⁵⁷. Não é, contudo, inteiramente certo em que medida tem de haver uma específica conexão causal entre o acto ilícito e a ocorrência da força maior. Se tivesse de haver, o sujeito não seria responsável se tivesse levado o cavalo a Roma (embora fosse suposto não levar) e este tivesse sido atingido por um terramoto, que também o teria atingido se o cavalo se tivesse mantido calmamente na pastagem de sua casa. Dependendo da resposta, a responsabilidade seria

Veja-se, a este propósito, BRANDÃO PROENÇA, *A conduta do lesado...* cit., p. 465, falando da objectivação do caso fortuito, visto por alguns autores como “facto alheio inevitável e autónomo, englobante do facto e de um terceiro e da culpa do lesado, e cuja prova visa quebrar a relação causal, por exemplo, entre a detenção perigosa e o dano.

²⁰⁵⁵ Cf. ZIMMERMANN, *The law of obligations...* cit., p. 193 e ss., que aqui acompanhamos de muito perto.

²⁰⁵⁶ Cf. ZIMMERMANN, *The law of obligations...* cit., p. 194.

²⁰⁵⁷ Cf. ZIMMERMANN, *The law of obligations...* cit., p. 196.

baseada na culpa ou na ideia de que o ilícito, uma vez cometido, acarreta a responsabilidade por todas as consequências que se lhe seguem: *versanti in re illicita omnia imputantur quae ex delicto sequuntur*. Repare-se como o problema aqui suplanta em muito a questão de que estamos a tratar nestas páginas. Na verdade, trata-se de uma ponderação atinente à distribuição do risco em determinados contratos²⁰⁵⁸. Duas grandes diferenças se fazem sentir a este nível: a) em primeiro lugar, não estamos aqui diante de uma responsabilidade pensada a jusante, mas da sua modelação a montante; b) não se detecta qualquer acto ilícito e culposo – a partir do qual se edifica uma esfera de risco – pelo que o problema passa pela determinação de quem vai suportar um evento accidental. Quando mergulhamos no seio da responsabilidade civil, a questão que se coloca é diversa: saber até que ponto o dano gerado se integra ou não na esfera de responsabilidade que foi edificada, ficando de fora todos os eventos fortuitos e os casos de força maior. Esta surge como um limite àquela esfera que se edifica. Assim também, quando a referida circunferência tem o seu epicentro numa actividade perigosa de que se lança mão, os eventos fortuitos e os casos de força maior escapam à responsabilização do titular. Mas não é, em geral, pela atenuação da culpa que a evicção se dá. Ao invés, é esta não pertinência à esfera que a justifica. Dito isto, torna-se claro que, em determinadas situações, a conclusão acerca da força atractiva de um facto fortuito ou de um caso de *vis maior* implica a prévia análise dos contornos da esfera de risco/responsabilidade que se edifica, tornando problemática a inserção do tópico neste ponto do nosso percurso dialógico. Contudo, se tivermos em conta que os conceitos não são unívocos, mas dotados de inúmeras potencialidades, concluiremos, facilmente, pela coerência discursiva. Na verdade, matizada pela ideia de incontrolabilidade e inevitabilidade, a força maior pode ter aqui uma palavra a depor. Se a esfera de risco é contaminada por um evento irresistível e inevitável, a ideia de controlabilidade deixa de existir, excluindo-se *a priori* a responsabilidade²⁰⁵⁹.

²⁰⁵⁸ Isso mesmo se constata quando somos confrontados a páginas 287 com a possibilidade de aplicar a mesma solução – pensada para as situações de comodato – às hipóteses de compra e venda em que, depois da celebração do negócio, não há imediata entrega da coisa, ficando o vendedor na mesma posição que o comodatário. Assim, a responsabilidade não se fundaria apenas em culpa, mas também na *custódia*, pelo que só os riscos de perecimento devidos a força maior transitam para o comprador. Veja-se a este propósito o artigo 796º CC português. Não se trata, aí, de aferir da responsabilidade de uma das partes no contrato, mas de repartir as esferas de risco que cada um há-de suportar.

²⁰⁵⁹ Para alguns autores, a exclusão da responsabilidade pela ocorrência de um facto fortuito ou um caso de força maior vem mostrar que os actuais ordenamentos jurídicos rejeitam liminarmente o princípio *versari in re illicita imputantur omnia, quae sequuntur ex delicto*. Sobre ele, veja-se, *inter alia*, HART e HONORÉ, *Causation in the law...* cit., p. 442; ZIMMERMANN, *The Law of Obligations...* cit., p. 196; ULRICH HUBER, “Normzwecktheorie und Adäquanztheorie”, ... cit., p. 678; ERICH SCHICKEDANZ,

No fundo, o que se procura com as categorias é retirar da esfera de risco edificada algumas das consequências que, pertencendo-lhe em regra, pela falta de controlabilidade (inevitabilidade, extraordinariedade, excepcionalidade e invencibilidade), não apresentam uma conexão funcional com o perigo gerado. Note-se, porém, que a judicativa decisão acerca da existência ou não de um facto fortuito ou caso de força maior poderá implicar, em vez de uma estanque análise das características elencadas, um cotejo de esferas de risco. De facto, poderá haver situações em que o pretense lesante não tem controlo efectivo sobre a situação que gera o dano, mas pode e deve minorar os efeitos nefastos dela^{2060 2061}.

No que tange à chamada à colação do facto fortuito e da força maior para o núcleo do modelo imputacional que estamos a tentar esboçar, podemos extrair algumas conclusões. Em primeiro lugar, não pode ser ao nível da culpa que as categorias derramam a sua eficácia. No entanto, isso não nos leva a optar inexoravelmente por uma perspectiva que as funde no conceito de causalidade. Percebêmo-lo de modo claro se rememorarmos o que ficou dito a propósito da responsabilidade objectiva. O mesmo é dizer que, neste trajecto, somos remetidos mais uma vez para o cunho imputacional que está aqui presente. Com isto clarificamos o alcance das duas figuras. Dito de um modo mais directo, se o que está em causa é o preenchimento da esfera de risco encabeçada pelo pretense lesante, então podemos encará-las de forma dúplice. Num dado sentido, o facto fortuito e a força maior, ao comungarem das notas predicativas anteriormente referidas, retiram do núcleo de responsabilidade do lesante o resultado verificado. Num outro sentido, reclamam a repartição de esferas de risco, convidando-nos a um cotejo entre elas. Abre-se, portanto, o segundo patamar da indagação “causal” do modelo que edificamos.

“Schutzzwecklehre und Adäquanztheorie”, ... cit., p. 917 [Sobre o ponto, cf., ainda, HEINZ BINDOKAT, “Versari in re illicita und Erfolgszurechnung”, *Juristenzeitung*, 32, Heft 17, 1977, p. 549 e ss.

²⁰⁶⁰ PATRICE JOURDAIN, “Responsabilité civile”, ... cit., p. 121.

²⁰⁶¹ Quanto ao ponto, veja-se, também, NILS JANSEN, *Die Struktur des Haftungsrecht...* cit., p. 607 e ss. (o autor salienta que a noção de força maior não se pode circunscrever à classe de eventos naturais, antes devendo ser conceptualizado como um instrumento de delimitação do risco geral da vida que recai sobre o lesado, traçando a linha divisória entre a *Lebensrisiko* e os casos relativamente aos quais o lesante deve ser responsabilizado. Nessa medida, os casos de força maior são, segundo o seu entendimento, operantes ao nível da responsabilidade pelo risco, significando, aí, que o dano gerado não surge como resultado do funcionamento do perigo potenciado pela empresa ou actividade em causa. Note-se que, na ponderação feita pelo autor, há que ver até que ponto os riscos fazem ou não parte da natureza da exploração em causa, sendo diversa a avaliação dela quando esteja em debate uma actividade perigosa como uma intervenção genética ou uma central nuclear. Perto andaria, pois, o entendimento que parte do específico funcionamento do perigo para determinar se o evento é ou não imputável ao fundamento daquele. Excluir-se-ia a responsabilidade quando o evento causal fosse imprevisível. Estabelecendo o paralelo, veja-se na obra citada, p. 609).

47.2. O cotejo de esferas de risco/responsabilidade

Recortámos, em nome da pessoalidade livre, uma esfera de responsabilidade a montante (traduzível no britânico *role responsibility*) e considerámos imputável ao agente toda e qualquer lesão que funcionalmente se inserisse nesse círculo assim bosquejado^{2062 2063}.

²⁰⁶² Veja-se, quanto ao ponto, JOHN C. P. GOLDBERG e BENJAMIM C. ZIPURSKY, “The moral of MacPherson”, *University of Pennsylvania Law Review*, 1998, p. 1733 e ss., aqui 1744-1745, considerando que o *duty* na *negligence law* deve ser entendido como um conceito de conduta obrigatória e não exclusivamente em sede de *liability*; e, no mesmo sentido, BENJAMIM C. ZIPURSKY, “Rights, wrongs and recourse in the law of torts”, ... cit., p. 58.

Pese embora o conforto discursivo aqui encontrado, importa não esquecer que não perfilhamos a *recourse theory* proposta pelos autores e que a nossa discordância reside, não só em particulares aspectos que a enervam, mas na racionalidade explicativa com que a mesma vem informada. Não obstante, a compreensão da *tort law* conduz à ideia de imposição de guias de acção, apartando-o da exclusividade das *ex post liability rules*. E porque tais regras se dirigem a uma classe ou círculo de sujeitos, elas assumem-se como *relational rules*. Inserindo-se na estrutura delitual da *Common Law*, e inexistindo aí uma categoria dogmática como a ilicitude de inspiração germânica, compreende-se que a especial importância da especificidade se dirija à circunscrição dos interesses e das pessoas que, uma vez lesadas, podem fundar uma pretensão indemnizatória procedente. Os autores não prescindem, aliás, do requisito causal. Mas, afastando-nos da pureza das suas escogitações, até porque do cerne intencional da teoria também nos apartamos, podemos olhar para ela como um apoio seguro para sustentar que, a partir da definição de uma *role responsibility*, é possível delimitar um conjunto de potenciais interesses cuja lesão – configurando um primeiro dano ou dano evento – deve ser suportada pelo agente. Com *nuances*. É que, como bem se compreende, uma coisa é a lesão do interesse, outra é a recondução dela àquele comportamento. E se só esta diz respeito ao que tradicionalmente vinha conhecido por causalidade, não deixa de ser importante notar que a circunscrição de deveres positivos não pode deixar incólume o juízo que, com essa ancoragem, se faça. Tal desiderato será conseguido, estamos em crer, no desenvolvimento subsequente do nosso texto. Por ora, importa ainda salientar que não cremos que proceda aqui um qualquer temor discriminatório (veja-se, quanto ao ponto, JANE STAPLETON, “Evaluating Goldberg and Zipursky’s civil recourse theory”, ... cit., p. 1531 e ss.). É que, e não obstante afastarmos-nos – até pela ponderação da ilicitude – de uma consideração estritamente relacional do *duty*, não cremos que a dimensão absoluta do dever diante de toda e qualquer pessoa nos possa, ao nível da imputação objectiva, impedir de considerar uma estrutura relacional em que os deveres concretamente emergem em face de um risco assumido pelo agente.

²⁰⁶³ Importa, quanto ao ponto, retomar as considerações expendidas numa das notas anteriores acerca da discussão que, ao nível da *Common Law*, tem oposto os defensores de uma visão relacional do *duty* aos arautos de uma perspectiva não relacional, com repercussões evidentes ao nível da conformação da causalidade enquanto pressuposto delitual tradicionalmente tematizado.

Assim, veja-se novamente JONATHAN CARDI, Purging Foreseeability. The new vision of duty and judicial power in the proposed restatement (third) of torts », *Vanderbilt Law Review*, vol. 58, 2005, p. 739 e ss., p. 757 e ss. e “Reconstructing Foreseeability”, *Boston College Law Review*, vol. 46, 2005, p. 921 e ss., p. 959 e ss., e ainda, PATRICK KELLEY, “Restating duty, breach and proximate cause in negligence law: descriptive theory and the rule of law”, *Vanderbilt Law Review*, 54, 2001, p. 1039 e ss.; JOHN C. P. GOLDBERG, “Rethinking injury and proximate cause”, *University San Diego Law Review*, 40, 2003, p. 1315 e ss., acessado em www.ssrn.com/abstract=527203.

Rememoremos, preliminarmente, algumas das ideias defendidas por CARDI e acompanhemos, de forma sumária, o seu percurso dialógico. Lidando-se com a noção de previsibilidade a propósito de uma miríade de categorias delitualmente relevantes, sabemos ter sido preocupação do autor apresentar os contornos exactos da relevância que assume em cada um dos horizontes de problematização. Sob tal mote, passa a questionar em que medida deve o *duty*, cuja violação dá origem a uma pretensão ressarcitória, mas que desta se há-de autonomizar, ver expurgado do seu âmbito a ideia de previsibilidade. Tradicionalmente, os tribunais recorriam ao conceito para, referido a certos riscos, saber em que medida o lesante ou pretensio

lesante estaria onerado com um dever. Porém, pergunta-se em que medida é normativamente desejável a duplicação da ponderação da *foreseeability*, quando a mesma já é tomada em consideração a propósito da *proximate cause* (cf. “Reconstructing Foreseeability”, ... cit., p. 931).

A dúvida entronca numa outra, qual seja a do papel reservado ao dever e à causalidade na economia delitual: *constituent of relation or/and limitation*. Consoante seja entendido o primeiro, assim será diversa a visão derramada sobre o segundo. Cf. “Reconstructing Foreseeability”, ... cit., p. 959 e ss. Confrontemo-nos com o que aí vem inscrito. O sistema delitual impõe que se estabeleça a conexão entre a conduta e o dano, importando saber qual dos segmentos postos em diálogo se mostra mais apto a cumprir a missão. Duas são, pois, as perspectivas que se debatem: 1) a perspectiva não relacional, para a qual o *duty of care* é imposto com base em parâmetros obrigacionais comunitários, sem atender à direcção subjectiva relativamente à qual é devido, pelo que a limitação da responsabilidade há-de ser obtida por via da causalidade factual e da *proximate cause*; 2) perspectiva relacional, para a qual o dever é o domínio privilegiado para se estabelecer a conexão entre o lesante e o lesado, pelo que urge responder, a esse nível, à questão de saber se o lesante tem um dever em relação ao lesado ou a uma classe de pessoas da qual o lesado seja membro e se tal dever foi alegadamente violado. Erige-se, pois, o chamado *duty-breach nexus* (cf. p. 960). Com isto, e continuando a acompanhar o pensamento do autor que aqui trazemos a lume, antes de com ele dialogar de forma aberta, o papel reservado à previsibilidade passa a ser diverso consoante a adesão a uma das duas concepções. Assim, (cf. p. 961), para a *non relational view*, a previsibilidade do lesado e do tipo de lesão opera como um limite das consequências do acto; ao invés, para uma visão relacional, a *plaintiff-foreseeability* é um elemento constituinte necessário da relação, apenas se gerando o dever de cuidado se a lesão for previsível em relação ao lesado [cf. p. 962-963].

Defende JONATHAN CARDI uma visão não relacional do *duty*, alicerçando a sua posição na denúncia das três falácias que a contaminam, enfraquecendo-a. Na verdade, segundo nos comunica, é falsa a dicotomia entre *plaintiff-foreseeability* e *foreseeability of the type of injury*, tal como é falsa a dicotomia entre *relation* e *limitation*, e bem assim aquela que se estabelece entre *relational nature of the duty* e *non relational nature of proximate cause* (cf. p. 965). Tratam-se de cisões artificialmente criadas, que obnubilam a natureza comum partilhada pelas conclusões a que se chegam em cada um dos testes levados a cabo, porquanto surjam unificadas por uma pergunta também comum: “é o nexo entre a conduta e a lesão do tipo do qual a noção de obrigação da comunidade sugere que um lesante deve ser responsabilizado?” (cf. p. 967). Por um lado, há uma componente relacional no *duty*, mas, por outro lado, o que a *proximate cause*, definida como *risk rule*, inquire é em que medida a lesão sofrida é ou não diferente dos danos cujos riscos tornaram a conduta ilícita. De acordo com a *risk rule* (cf., para uma explicitação dela, cf. “Reconstructing Foreseeability”, ... cit., p. 970 e *supra* nota 640), dever-se-ia determinar se os riscos seriam ou não os que tornariam a conduta ilícita; para a visão relacional, o que se questiona é se houve ou não quebra do dever. Centrando-se no *duty*, o tribunal determina em que medida a alegada classe do lesado, risco ou tipo de lesão são geralmente previsíveis relativamente à classe de pessoas de que o lesado faz parte e, em caso afirmativo, resta para a *proximate cause* ver em que medida o particular risco ou lesão era suficientemente imprevisível tendo em conta o contexto factual do caso. Torna-se, assim, claro para CARDI que a previsibilidade depende do contexto se lidarmos com ela do ponto de vista da *proximate cause* e que, para o *duty*, é categorial.

Saliente-se que a jurista que temos acompanhado defende uma visão não relacional do *duty*.

Antes de tecermos algumas considerações sobre o que acabámos de apontar, importa chamar à liça outros testemunhos quanto ao ponto.

Assim, veja-se JOHN GOLDBERG, “Comment: rethinking injury and proximate cause”, *Vanderbilt University Law School Law and Economics working paper 04-07*, in www.ssrn.com/abstract=527203 (também publicado em *University San Diego Law Review*, 2003). Dialogando com STEPHEN PERRY, e problematizando conceitos como o de *harm* e *proximate cause*, GOLDBERG torna articuláveis todos os requisitos de procedência de uma pretensão indemnizatória. Começa por rememorar os pressupostos de inteligibilidade do pensamento do autor citado, considerando que o *harm* só existe quando um interesse relevante do sujeito tenha sido obliterado, dado que confere ao conceito um cunho normativo. Mas tal não obsta a que possa ser descrito. No fundo, saber em que medida existe um dano é algo diferente de saber como surgiu e quem o causou. Tal permite justificar, na perspectiva de PERRY, que não se opere a chamada *annulling of the harm* – cf. p. 6 (v.g., o caso em que A parte o braço a B quando o puxa para evitar o seu atropelamento. Segundo a lição ali colhida, vive-se inegavelmente uma experiência de *harm*, não obstante intervirem outros factores que tornam justificável a lesão e impedem o ressarcimento. Breve nota para salientar que, no quadro do ordenamento jurídico português, e já à luz do modelo que vamos tentando esboçar, há inequivocamente uma lesão do direito absoluto à integridade física, não se podendo, contudo, considerar que haja ilicitude, por falecer o nexo de ilicitude, outrora compreendido em termos de causalidade, por se constatar aqui uma diminuição do risco e não um incremento dele. Repare-se,

contudo, que tal solução, ou explicação fundamentadora da decisão judicativa, não se pode alcançar por via da doutrina da causalidade adequada, restando insatisfatórias as tentativas de não imputação do dano ao agente perpetrador do mesmo. Paralelo, aliás, com a problemática das intervenções médico-cirúrgicas. O que, sem nos querermos expandir demasiado, nos faz ecoar à memória aquela outra questão da contaminação ou não da categoria ilicitude com elementos subjectivos, a convocar, por seu turno, o diálogo com o finalismo. O que, se mereceu resposta da nossa parte noutros pontos deste trabalho, nos levará apenas a cindir o elemento subjectivo propriamente dito dos elementos valorativos). Nessa medida, o dano/lesão deve ser abordado em termos históricos e não contrafactuais. Ao *contrafactual test* opõe o autor o *historical worsening test*, o que, por seu turno, não legitima o seu uso em sede de cálculo da indemnização (ou de cálculo do dano a ser indemnizado) – cf. p. 10.

Mais se diga que, na análise do que é o *harm*, GOLDBERG explicita que, em decorrência dos postulados sintetizadores do pensamento de PERRY, se é verdade que, na maioria das vezes, ele pode ser descrito sem referência ao sujeito que o perpetrou, o dado não pode ser assumido como insusceptível de conhecer excepções. Se A entra em casa de B, só podemos falar da violação de direitos absolutos na medida em que falhe a autorização para lá penetrar. A análise encetada pelo autor (cf. p. 10 e ss.), embora expressiva do *iter* argumentativo por si calcorreado, não pode ser transposta sem mais para o nosso horizonte de referência dialógica. A distinção que se estabelece nas páginas citadas entronca na estrutura tipológica dos *torts*, que anda longe do modelo de cláusula geral (embora não indeterminada à boa maneira napoleónica) consagrado pelo nosso legislador, ao abrigo da tradição continental. De todo o modo, há uma ideia que não é despicienda sublinhar: a ênfase atribuída à expressão *another person*. Quer isto dizer, de facto, que, na mundividência do autor, nem sequer há dano quando não haja intervenção humana. Nós diríamos que não há ilicitude. Ora, o que o jurista insinua é que há danos que só o são porque agregados a uma concepção por nós identificada como ilícita. Donde se reforça o que inscrevemos em texto, porquanto, embora ao abrigo da primeira modalidade de ilicitude esta se conforme pelo resultado, não possa deixar de se estabelecer o nexos que une esse efeito a uma conduta humana.

Mas continuemos a acompanhar, intercorrido com alguns apontamentos saídos da nossa pena, o excuro de GOLDBERG.

A entra em casa de B contra a sua vontade. Há violação do direito de propriedade. No direito anglo-saxónico, esta interferência com o *right* é tida como *harm*, distinto do *damage*, que pode não existir em concreto e da *injury*, a qual vem permitir a qualificação daquela interferência como desvaliosa (cf. p. 13). Mas a conceptualização nem sempre é clara. Por *damage* intentam os autores ingleses e norte-americanos designar os danos actuais (o prejuízo). Com o *harm* parecem identificar um resultado danoso (um dano evento) que, distinguindo-se da ilicitude, muitas vezes não pode ser qualificado como tal sem a conexão subjectiva de que se tratava há pouco. É o que acontece no caso da entrada de A na propriedade alheia.

Posto isto, ressaltam algumas dúvidas, na tentativa de articulação com o outro *mun*do que é o nosso e tendo por inspiração a tentativa de recompreensão da causalidade.

Atento o exemplo explanado, não terá mais sentido, como propõe a doutrina tradicional, olhar para a causalidade no monismo de recondução do dano consequência ao comportamento do agente? Não cremos que a situação *sub iudice* autorize uma conclusão desse pendor. É certo tratar-se de um caso simples, mas tal não implica, *mutatis mutandi*, que a estrutura imputacional esteja ausente. A é drogado por B, de forma a desencadear um processo paranóide de pânico, facto que o leva a introduzir-se na propriedade de C. Não questionamos sequer a imputabilidade do primeiro, mas outrossim em que medida pode B ser responsabilizado pela violação do direito de propriedade.

E se quisermos manter a analogia com a exposição de GOLDBERG, poderemos mobilizar outro problema, tantas vezes discutido em tom de *vexata quaestio*. Suponhamos que o valor da propriedade de A baixa consideravelmente, sem que haja danificação da coisa. A desvelação da ilicitude fica dependente da recondução deste resultado a um comportamento não coberto pelo normal funcionamento do mercado. O que mostra, em harmonia, embora não coincidente com o que nos é oferecido no estudo trazido a lume, que há determinados resultados ilícitos que só o são no imbricamento subjectivo. Por seu turno, a questão parece reforçar as nossas dúvidas, pois é, afinal, o prejuízo que está a ser reconduzido a um comportamento. Mas, uma vez mais, sem razão de ser. A eventual coincidência entre o dano evento e o dano consequência – a qual originariamente gerava desconfiança quanto à possibilidade de se experimentar a ilicitude do acto –, não só se patenteia em termos teóricos, como, a existir, não vem desmentir a pertinência das cisões por nós operadas, quer porque as mais das vezes os casos terão de ser remetidos para o âmbito de outras modalidades de ilicitude, que não a primeira, quer porque, ainda que a resolução se opere por via desta, a coincidência não há-de significar identidade.

Aproveite-se o ensejo destas ilustrações para pensar, incidentalmente, na relevância do erro ao nível da responsabilidade civil. Se A só se intrrometer em casa de B porque julgava, erradamente, que era a sua, será que deve ser responsabilizado? Sendo-lhe exigível configurar correctamente a realidade, o erro pode

Insatisfaz, porém, o critério se nos ativermos nesse primeiro patamar. E nem só os dados prático-normativos comunicados pelas exigências dos casos *decidendi* reclamam mais, como a própria personalidade de que se parte torna improcedente uma visão atomista do agir humano.

Relembramos, por isso, a estrutura da conduta em que nos escoramos que, longe do finalismo individualista, não deixa de compreender, no seu seio, a dependência intersubjectiva e o enraizamento fenoménico-natural de cada um²⁰⁶⁴.

assemelhar-se a um comportamento negligente da sua parte. Mas, se ele for desculpável, não só se exclui o dolo, como a própria negligência. Assim se apartando a culpa do erro e assim se garantindo uma nota de eticização da responsabilidade civil, para a qual fomos alertados por CASTANHEIRA NEVES (cf. “Direito, pessoa e responsabilidade...”, ... cit.)

Mais se diga que o convite para entrar, mais do que uma manifestação do consentimento do titular do direito subjectivo, deve ser visto como uma autorização dada no quadro do exercício desse mesmo direito. A dicotomia soa estranha aos civilistas, embora tenha sido cultivada na congénere penalista.

GOLDBERG ganha impulso em todas estas lucubrações (alargadas no seu âmbito e relevância pelos comentários laterais que fomos expendendo) para problematizar a causalidade (cf. p. 27).

Atentemos no exemplo que nos dá, captado sob a malha de cota do *annulling harms*. Benefícios e danos não se anulam mutuamente. Veja-se o exemplo oferecido a páginas 29: um condutor negligente causa um acidente quando transporta B, que fica, em virtude disso, com uma perna partida. Tal impediu que apanhasse o avião, que se viria a despenhar. Será que o condutor vai ver a sua responsabilidade excluída por ter evitado, ainda que de modo fortuito, a morte do passageiro?

Invoca-se o princípio da simetria: do mesmo modo que um agente não deve ser responsabilizado pelos danos causados fortuitamente também não deve ver a sua responsabilidade excluída pelos benefícios gerados de modo análogo.

No nosso ordenamento jurídico, e no quadro da doutrina tradicional, o problema era entendido à luz da relevância da causa virtual e do problema do desconto de vantagens. Cf. PAULO MOTA PINTO, *Interesse contratual...* cit, p. 701, p. 1993, ponderando sobre o mesmo exemplo, que colhe em W. H. Rogers, *Winfield and Jolowicz on Torts...* cit, p. 215.

De acordo com o tipo de pensamento que nos move, diríamos que não há qualquer razão para a desresponsabilização do agente posto não ter protagonizado uma diminuição do risco. A sua conduta não substitui uma esfera de risco pela emergente de outro comportamento; antes se desenvolvem paralelamente duas esferas de risco/responsabilidade que não se anulam mutuamente.

O exemplo chamado à colação serve a GOLDBERG para explicar como não basta que exista um *wrong*, sendo necessário provar que ele desembocou num *harm*. Ora, a compreensão do primeiro dá origem a uma miríade de conceitos ao nível dogmático (cf. p. 32).

Para parte da doutrina, ele é captado ao nível do *duty-breach nexus*. O dever que se viola existe por referência a um determinado grupo de pessoas que se intenta proteger com a sua imposição. Para outros, é a *proximate cause* que *instantiates the requirement of wronging* (cf. p. 34). Depondo no sentido de uma posição eclética (cf. p. 36, nota 53), GOLDBERG não deixa de apontar as vantagens de racionalizar a *proximate cause* em termos de pressuposto do *wronging*. Assim (cf. p. 37 e ss.): 1) permite de forma coerente explicar algumas das soluções doutrinárias actuais; 2) permite explicar por que razão as limitações operadas por via da *proximate cause* variam em função da qualificação do comportamento como doloso ou negligente (cf. p. 38); 3) é compatível com a *thin skull rule*; 4) é consonante com a origem histórica do direito delictual da *common law*, ancorado na quebra da paz (cf. p. 40)

²⁰⁶⁴ Não raro os autores evidenciam a pluricidade de causas que concorrem para a produção de um único evento. Cf., *inter alia*, V. CARBONE, “Il rapporto di causalità”, *La responsabilità civile – Aggiornamento 1988-1996*, (GUIDO ALPA e M. BESSONE, ed.), Utet, Torino, 1997, p. 51 a 96, aqui p. 57. Note-se, porém, que aqui não analisaremos o problema do ponto de vista do concurso de causas, mas procuraremos determinar, com base na polarização numa esfera de responsabilidade, se o dano verificado se integra ou não nela, para o que olharemos para outras esferas de responsabilidade que para aquele resultado convergem.

Tudo isto a querer dizer que a esfera de responsabilidade/risco que se esboçou com contornos ténues terá de ser reforçada, no sentido da coloração deles, pelo cotejo com outras esferas de risco^{2065 2066 2067 2068 2069 2070 2071 2072}.

²⁰⁶⁵ Cf., a este propósito, CALIXTO DÍAZ-REGAÑÓN GARCIA-ALCALÁ, “Relación de causalidad e imputación objetiva...”, ... cit., p. 5. A propósito da responsabilidade médica, o autor considera que a obrigação de indemnizar se deve basear, não num critério puro de tipo causal, mas numa ideia de imputação objectiva. E justifica a sua posição por constatar a pluricondicionalidade ou pluricausalidade que entretece as hipóteses de que se parte para a demanda dos profissionais de saúde. A par da actuação do médico concorrem os factores reaccionais do paciente, pelo que a imputação se deve basear aí na criação de um risco relevante pelo médico. É, aliás, com base na chamada à liça da ideia de risco que o autor mobiliza conceitos como o risco inerante ao serviço e os aparta das situações de força maior e caso fortuito.

²⁰⁶⁶ Pensamos, por isso, escapar à crítica que WRIGHT derrama sobre as propostas de análise do problema causal à luz do risco – cf., quanto ao ponto, WRIGHT, “Causation in tort law”, ... cit., p. 1764-1765. Dialogando com PROSSER e KEETON, apresenta um determinado caso concreto que acompanharemos: A coloca negligentemente um recipiente de veneno para rato junto da comida, na cozinha de um restaurante. Devido ao calor, o veneno explodiu, tendo morrido uma pessoa. O lesante não sabia que o veneno podia explodir. Embora a conduta como um todo tenha sido causa da lesão, não haveria lugar à responsabilidade porque a lesão não integra a descrição dos riscos com base nos quais se considerou a sua conduta negligente (*injury by explosion vs. injury by poisoning*). Mas, suponhamos que B, cliente, morre envenenado porque consumiu veneno que lhe foi deliberadamente servido por uma pessoa que conhecia a toxicidade do produto. A negligência não contribuiu para a lesão e, não obstante, segundo a *risk rule* haveria responsabilidade, a não ser que se descrevesse a lesão como *injury by accidental poisoning*. Imaginando em seguida que C, cliente, morre porque lhe foi servida uma substância tóxica, que não o veneno do rato. O risco teria de ser descrito ainda com mais precisão (*injury by accidental poisoning with the rat poison that the defendant placed on the shelf*).

Para WRIGHT, tal feriria de morte a doutrina. Na verdade, teriam de ser considerados na descrição do risco aspectos da conduta do lesado, em nome dos quais ela seria apodada de negligente e inclusivamente o requisito de que o aspecto negligente tenha sido causa da lesão. É que, para o autor, estar-se-ia a considerar um requisito adicional à *tortious liability* e não a resolver a inquirição causal, que, segundo a sua posição, deve manter a natureza puramente factual.

Creemos que, ao propor o cotejo de esferas de risco, obviamos as dificuldades nítidas com que somos confrontados com a atomística consideração do círculo de risco/responsabilidade erigido pelo pretense lesante.

Ao mesmo passo, e adiantando algumas das considerações futuras, porque aqui derramamos um olhar normativo sobre o problema, revelando de toda a factualidade aquelas dimensões que devem ser assimiladas pela intencionalidade do sistema delitual, não colhem as críticas que se desferem contra a consideração do resultado em concreto quando nos posicionamos segundo a perspectiva da condicionalidade ou da causalidade adequada.

Aproveitemos, porém, o ensejo para apontar algumas das críticas que WRIGHT dirige às doutrinas que, de uma forma ou de outra, procuram resolver as aporias a que o tratamento tradicional da causalidade (dita, pelo autor, de facto). Considerar pormenorizadamente o modo como surgiu a lesão ou nesta em si mesma, olhando para ela passo a passo e contextualizando-a temporalmente, na esteira do pensamento de autores como PERKINS, BRECHT ou MILLER, redundaria, segundo WRIGHT, numa *proof by tautology* (cf. “Causation in tort law”, ... cit., p. 1778), porquanto nessa base a testar causalmente já se teria decidido o que é ou não causa.

Duas notas urge sublinhar, no cumprimento de um ónus de contra-argumentação que impende em quem, como nós, ousa dialogar com outros autores, no caso WRIGHT. Em primeiro lugar, há que perceber o diverso posicionamento do autor. Na verdade, WRIGHT tenta a todo o custo salvaguardar uma pretensa natureza factual do requisito causalidade, para o que convoca, como teste de satisfação dele, uma noção empírica colimada no pensamento de HUME. Ora, como é bem de ver, no quadro logicista assim traçado, a descoberta da causa não pode ser condicionada pela prévia descrição dela. Outra é a intencionalidade com que nos dirigimos ao problema. Olhando para ele do ponto de vista normativo, a convocar a pessoalidade como ponto unificador e alicerçador da juridicidade, consideramos que o segmento tradicionalmente visto como causal não pode ser senão imputacional, tendo, para tanto, argumentado com um específico entendimento acerca do modo como se realiza o direito em concreto. Ora, em sintonia com isso, não conseguimos nunca olhar para a distinção entre facto e direito de forma estanque. Os factos que

relevamos são-nos comunicados pelas exigências de sentido do sistema e este é redensificado pelo próprio problema. É desta dialéctica que colhemos os contornos do caso concreto, o qual tem de ser ponderado em todas as suas particularidades, não sendo procedente a contemplação do dado construído segundo a lógica exemplar que se pretende fazer corresponder automaticamente ao sistema.

Em segundo lugar, convém lembrar que a causalidade natural, devendo ser tida em conta, não é por nós arvorada em critério judicativo. Pelo que ela só nos importa no sentido de garantir a não obnubilação do ser pelo dever ser. Simplesmente, essa correspondência dilematicamente problematizada por todo o pensamento jurídico há-de alcançar-se por outra via que não a sua hipertrofia valorativa. É que, em WRIGHT, com a adopção do que *infra* explicitaremos ser o *NESS-test*, o juízo do julgador fica, *prima facie*, dependente de dado natural, ou seja, o sentido essencial predicativo da causalidade mecanicistamente percebida.

²⁰⁶⁷ É isso que, aliás, nos permite escapar às dificuldades que a doutrina da causalidade adequada experimenta quando se vê confrontada com a necessidade de resolver o problema da imputação objectiva – dita causalidade – a partir do estabelecimento de um referente cognitivo.

²⁰⁶⁸ Embora a outro ensejo, com outro enquadramento e influenciado por uma outra intencionalidade, cf. BRANDÃO PROENÇA, *A conduta do lesado...* cit., p. 100. O civilista fala de três esferas: esfera do dano da casualidade, do dano da responsabilidade e do dano da liberdade autolesiva. Trata-se de situações em que o dano é causado por um facto fortuito, é causado por um terceiro, desencadeando um fundamento reparador, ou é causado a si mesmo pelo lesado, no isolamento do seu ser. Correspondendo a três esferas de risco diferentes, a justificar imputações também diversas, são contempladas atomisticamente, configurando o concurso de condutas lesantes (*maxime* do lesante e do lesado) a situação excepcional que o autor se propõe analisar. A grande diferença é que, no nosso trabalho, sublinhamos que, no plano do ser, essa concorrência existirá sempre; e, no plano do dever ser, ela é intencionada pelo sentido da acção livre que, longe de se predicar na ipseidade do eu, abre as portas ao diálogo com o tu.

²⁰⁶⁹ Cf. LARENZ, *Lehrbuch...* cit. I, p. 447, falando da *Zurechnung nach Risikobereichen*, ou seja, da proposta de imputação de uma obrigação de indemnização com base na delimitação de áreas de risco (V. p. 448, considerando que a atribuição de responsabilidade segundo esferas de risco implica, tal como na teoria da adequação, que primeiro se avalie a probabilidade de um evento potenciar maiores danos, a partir da perspectiva de um julgador experiente, não andando muito distante de um certo entendimento da causalidade adequada. É que para o autor há que analisar se a probabilidade do segundo evento é maior, considerando o primeiro evento, do que na ausência dele, pois caso tal não aconteça os danos são imputados ao risco geral da vida. Adianta, igualmente, que o julgamento a que se refere não pode ser naturalista, mas basear-se no que deve ser a responsabilidade do próprio lesado. No fundo, LARENZ mostra-se crítico da impositação, sustentando que a teoria da *allgemeinen Lebenssiriko* não pode substituir a doutrina da adequação); e, ainda, HUBER, “Verschulden, Gefährdung und Adäquanz”, ... cit. p. 320 e ss.

²⁰⁷⁰ Veja-se, a este propósito, ULRICH HUBER, “Normzwecktheorie und Adäquanztheorie”, ... cit., p. 682, falando de uma *Gefahrbereichtheorie*.

²⁰⁷¹ A este propósito, veja-se o contributo doutrinal de CHRISTOPHE QUÉZEL-AMBRUNAZ, *Essai sur la causalité...* cit., p. 297 e ss., falando de causalidade colateral. As causas colaterais são os antecedentes que se conjugam para produzir o dano, sem que se encontrem elas mesmas numa relação de causa-efeito. Aqui não se fala em nexos, nem se trata do problema da interrupção dele. O que se pretende é pesar o papel dos antecedentes na produção do dano, a fim de determinar se um tem um papel preponderante, absorvendo os restantes, ou se se deve repartir entre todos o estatuto de causa do dano. A questão da quantificação causal surge, pois, como uma consequência lógica do reconhecimento da existência de uma causalidade colateral. O critério a utilizar será, então, o da defeituosidade, mantendo-se a coerência entre as duas dimensões da causalidade, conforme atesta o autor a págs. 299. Sublinhe-se que, ao propor tal análise, QUÉZEL-AMBRUNAZ parece depor no sentido da divisibilidade do nexos de causalidade. Para tanto, propõe, conforme referido, a defeituosidade como critério de comparação entre os diversos antecedentes causais, já porque ela é comum a todos eles; já porque ela é susceptível de gradação. Entendida como a distância objectiva em relação à norma, é um critério unitário que se verifica tanto no tocante à *faute*, como no tocante ao *fait défectueux des choses* – cf. p. 310. Não é, contudo, no momento da prática do acto que a importância da defeituosidade deve ser determinada, mas naqueloutro do encontro dos dois nexos de causalidade um com o outro (novamente, p. 310), o que só é possível pela utilização do referido critério (e já não se se aderisse à probabilidade ou à previsibilidade como índice de quantificação causal, segundo expõe o autor).

Questão diferente é o momento da comparação das defeituosidades entre si. Havendo um caso de corresponsabilidade, os agentes são responsáveis solidariamente, pelo que a comparação dos contributos causais só pode ter lugar no momento da “*contribution à la dette*”. Actuando o lesado culposamente, a responsabilidade é logo repartida e a indemnização amputada.

Assumimos a ideia com contornos muito amplos, a englobar não só a consideração da esfera de risco titulada por terceiros actuantes no tráfego negocial como a do próprio lesado²⁰⁷³ ²⁰⁷⁴ e bem assim a esfera geral do risco²⁰⁷⁵ ²⁰⁷⁶. Em virtude do

Como resultado desse exercício comparativo das defeituosidades das condutas, podemos chegar a diversas conclusões. Desde logo, podemos ficar defronte uma causa exclusiva, conceito que apenas se justifica por uma apreciação quantitativa (cf. p. 317, onde o autor explica, ainda, que, comparada com as outras causas, a causa exclusiva contém uma enorme parte da defeituosidade conducente ao dano, relativizando fortemente o valor explicativo daquelas. Segundo o autor, a força maior atrai para si toda a força explicativa do dano, exonerando o responsável, embora outras causas exclusivas possam ser concebidas. Mais especificamente, a causa é exclusiva não porque seja a única causa do dano, mas porque a sua importância exclui os outros antecedentes. Assim, juridicamente, ela é vista como a única causa do dano – cf. p. 319). Em alternativa, podemos ser confrontados com uma situação de repartição de responsabilidade – cf. p. 326 e ss.

²⁰⁷² Cf. HÜBNER, *Schadenzurechnung nach Risikosphären*, Duncker & Humblot, Berlin, 1974

²⁰⁷³ Cf. BERND SCHILDER E WOLFGANG KLEENWEIN, “Österreich“, IX, in CHRISTIAN VON BAR (hrsg), *Deliktrecht in Europa, Landesberichte: Dänemark, England, Frankreich, Griechenland, Italien, Jugoslawien, Niederlande, Norwegen, Österreich, Polen, Portugal, Schweden, Schweiz, Spanien, Türkei*, Carl Heymanns Verlag KG, Köln, Berlin, Bonn, München, 1994, p. 68, ao considerarem a necessidade de ponderar a imputação tendo em conta quer a posição do lesante, quer a posição do lesado.

Veja-se, ainda, com bastante impressividade, BRANDÃO PROENÇA, *A conduta do lesado...* cit., p. 447, afirmando que “o acto daquele que se lança à linha do metro com intenção suicida absorve a perigosidade genérica ligada à circulação daquele meio de transporte. A marginalização da condição colocada pelo autor material do dano – e que é a problemática inerente aos preceitos dos artigos 505º e 570º/2 – ocorre nos casos em que a conduta do lesado, ou porque põe em movimento o processo provocador do acto lesivo, ou porque não está especificamente ligada à situação de perigo criada pelo terceiro, justifica a imputação unilateral do dano”. Se bem que analisando os problemas no quadro da causalidade adequada, cf., igualmente, p. 448-449, onde fala dos casos em que “o decurso causal que o lesante iniciou não é interrompido ou absorvido pela condição traduzida num mero risco genérico (...) e que por isso devem ser avocadas para a esfera de imputação objectiva unilateral, mas agora do lesante”, já que “este último círculo atrai (...) aquelas factuais em que a conduta do lesado não representa um factor perturbador concorrente, por se poder dizer que nos deveres de conduta do lesante figurava o dever de evitar aquele dano”.

²⁰⁷⁴ A este propósito, importa olhar para os ensinamentos de CHRISTOPHE QUÉZEL-AMBRUNAZ, *Essai sur la causalité...* cit., p. 289 e ss. Já antes tivemos oportunidade de esclarecer que o autor defende a bipartição do juízo causal em dois segmentos: a causalidade linear, positiva e negativa, e a causalidade colateral. Ora, no tocante à primeira, e analisando o concurso do facto humano para a produção do dano, QUÉZEL-AMBRUNAZ defende que o jurista se confronta, em teoria, com duas hipóteses: ou o facto é livre e desencadeia a responsabilidade do seu autor, interrompendo o nexos causal; ou ele não é livre e exclui a responsabilidade do seu autor, preservando a continuidade do nexos causal, como é o caso daqueles que se propõem salvar uma vítima que está estendida no chão. Por isso, “nas situações de causalidade linear, o facto de um terceiro nunca aparece como uma hipótese de corresponsabilidade: ou o nexos de causalidade se rompe e o terceiro é o verdadeiro responsável; ou ele não é e o responsável originário conserva aquela qualidade”. Para QUÉZEL-AMBRUNAZ, a corresponsabilidade só pode surgir nas hipóteses de causalidade colateral. Nesta medida, o facto humano apto a preencher o conceito de causalidade negativa restringe-se ao facto da vítima. Desde logo, o comportamento da vítima pode surgir antes da ocorrência do dano, podendo, nesta situação, ser entendido como causa do facto defeituoso – cf. p. 290. A vítima sofre um dano por um facto de outrem que não teria sido levado a cabo se não tivesse existido antes um comportamento negligente do lesado, na ausência do qual o facto danoso não teria tido lugar. Note-se que, tratando-se de uma responsabilidade subjectiva, a *faute* da vítima é a causa do dano se o facto lesivo não for livre; no caso da responsabilidade objectiva, aquele facto lesivo há-de ter as características da força maior. O comportamento da vítima pode, também, ter lugar depois do facto lesivo ter sido cometido. Importa ter, então, em atenção que a simples existência de uma *faute* da vítima não tem, em si mesmo, qualquer efeito sobre o direito à indemnização. Ela só é tida em conta se for causa do prejuízo – o facto do lesado exterior ao responsável, imprevisível e irresistível, é precisamente o acto livre da vítima que intervém no nexos causal. Faltando estas características, estaremos diante de uma causa colateral, que poderá conduzir a uma diminuição da indemnização (cf. p. 292). QUÉZEL-AMBRUNAZ sublinha, também, a natureza *fautif* do comportamento do lesado. Mas se o comportamento não culposo da vítima tiver as

características da força maior, o nexa de causalidade interrompe-se. Ou seja, e continuando a acompanhar o pensamento do autor, uma decisão livre da vítima provoca uma ruptura no nexa causal, como acontece quando a vítima resolve suicidar-se – cf. p. 292.

Por último, o facto da vítima pode surgir depois do dano. Aí o critério volta a ser o da liberdade da vítima. Se o lesado, por uma decisão arbitrária, deixa agravar conscientemente o seu próprio dano, rompe-se o nexa de causalidade.

²⁰⁷⁵ A fórmula da *allgemeines Lebensrisiko* surge, de acordo com o testemunho de DEUTSCH, *Allgemeines Haftungsrecht...* cit., p. 381, por volta de 1958, no BGH, falando-se do risco próprio de dano do lesado a propósito da discussão da causalidade adequada e tendo-se em conta a esfera pessoal dos homens como elemento do direito ressarcitório.

Sobre a *allgemeinen Lebensrisiko* na doutrina alemã, veja-se, *inter alia*, KARL LARENZ, *Lehrbuch ...cit.*, I, p. 144 e ss.; LARENZ/CANARIS, *Lehrbuch des Schuldrechts...* cit., II/2, p. 351 (falando, ainda, de risco mais específico situado na esfera de domínio do lesado. Note-se que os autores concatenam a *allgemeines Lebensrisiko* com a máxima *casum sentit dominus*, que, remontando à tradição romanística, deve ser interpretada com apelo à ideia de auto-responsabilidade, implicando isto que só será procedente uma pretensão indemnizatória se e quando o lesado apresentar um fundamento para transferir o custo de lesão para o lesante. Ou seja, a *allgemeines Lebensrisiko* é apreciada macroscopicamente, ao nível dos fundamentos delituais, distando, por isso, da perspectiva por nós encabeçada, uma vez que olhamos para ela microscopicamente quando mergulhamos na análise dos requisitos da imputação objectiva. Veja-se, porém, a lição colhida em LARENZ, *Lehrbuch...* cit. I, p. 447. Diz-nos, aí, o autor que, como critério adicional para a imputação de uma obrigação de indemnizar, surge a proposta de delimitação de áreas de risco, ficando a decisão dependente de saber se os prejuízos são atribuíveis ao risco geral da vida ou devem ser imputados ao especial aumento do risco criado pelo pretensa lesante. Cf., também, o exemplo oferecido na mesma página: A sofre um acidente e é transportado para o hospital por um veículo privado, sofrendo um novo acidente. B, que é responsável pelo primeiro acidente, não vai ser responsabilizado pela segunda lesão, porque ela resulta do risco geral de participação no tráfego rodoviário, a que A está constantemente exposto. A situação seria diferente se A fosse transportado num veículo de emergência, ainda que privado, mas em excesso de velocidade e com as luzes a piscar, porque aí teria havido aumento do risco); WILBURG, *Die Element des Schadensrecht...* cit., p. 40 e ss.; MÄDRICH, *Das allgemeines Lebensrisiko*, 1980 (cf., em especial, p. 89 e ss., considerando que estamos aí diante de um primeiro momento imputacional. Entende o autor que a categoria não poderia ser tratada no quadro da causalidade adequada ou do âmbito de protecção da norma. Para ele, a imputação requeria que, no quadro do evento fundamentador da responsabilidade, o comportamento não surja como parte regular da vida, pois, se isso acontecer, entra em cena o risco geral – cf. p. 130); HERMANN LANGE/GOTTFRIED SCHIEMANN, *Handbuch des Schuldrechts...* cit., p. 145 (cf., também, p. 147 e ss., analisando os casos, tratados a propósito da *psychisch vermittelte Kausalität*, à luz da *allgemeinen Lebensrisiko*, e considerando que se deve tratar do problema olhando para as idiosincrasias dos vários grupos de sujeitos. Assim, grupos especiais, como polícias, responsáveis por salvamentos, pessoas especialmente vulneráveis, etc, devem ser considerados nas suas especificidades [No mesmo sentido, cf. PANTALEÓN, “Causalidad e imputación objetiva”,... cit., p. 1561 e ss.]. Advertem os autores que “uma rígida e dogmática distinção dos grupos ainda não foi trabalhada”, garantindo-se, porém, uma área fulcral: riscos da participação na circulação geral; danos causados devido à normalidade das condições ambientais e pela natureza; danos resultantes de falhas no auto-domínio; stress no contexto da vida em comum. V., igualmente, p. 149, considerando o problema dos *Schockschäden* à luz da ponderação da *allgemeinen Lebensrisiko*. Sobre eles dizem os autores que, tratando-se do choque que uma pessoa sofre pela visão de um acidente ou pela recepção de uma má notícia, só podem ser considerados quando haja uma perturbação clinicamente detectável, que ultrapasse a simples tristeza e dor. Acresce que mesmo os impactos clinicamente constatáveis não podem ser indemnizados, a não ser que a experiência em questão apresente consequências mais graves do que aquelas com que todas as pessoas, mais cedo ou mais tarde, têm de lidar nas suas vidas. Percebe-se, assim, como é que os civilistas citados conectam os dois tópicos em discussão. Mais se refira que, tutelando-se entre nós um direito geral de personalidade, o problema dos choques nervosos deve ser perspectivado em dois momentos distintos: em primeiro lugar, deve perceber-se se existe ou não violação do referido direito, atento o seu conteúdo específico e a miríade de refrações em que ele se desdobra; em segundo lugar, devemos indagar se a perturbação sentida se pode ou não reconduzir, em termos imputacionais, ao comportamento do lesante. *In fine*, cf. p. 150, onde o risco geral da vida é chamado à colação no quadro do tratamento dos *Langzeit- und Spätschäden*. Trata-se não de uma “categoria dogmatically independente”, mas de uma referência doutrinal aos danos tardios e aos danos que se repercutem no tempo: danos de duração prolongada cuja ocorrência inicial é tardia; danos que só muito posteriormente se concretizam. Ainda que possam ser imputados, passados muitos anos, ao evento inicial,

alertam os autores para o facto de, com a dilação temporal, aumentar a responsabilidade própria dos lesados pela conformação da sua vida, pelo que mais facilmente se integraria o dano na *allgemeinen Lebensrisiko*. V., tb., HERMANN LANGE, “Adäquanztheorie, Rechtswidrigkeitszusammenhang...”, ... cit., p. 206); ID., *Begrenzung der Haftung für Schuldhaft verursachte Schäden?*, Verhandlungen des 43. Deutschen Juristentags, 1960, p. 53 e ss. (utilizando pela primeira vez a expressão *allgemeines Lebensrisiko*); TILL RISTOW, *Die psychische Kausalität...* cit., p. 210 e ss., considerando, no quadro da causalidade psicológica, que o primeiro agente não responde pela realização dos riscos gerais da vida, isto é, não terá de indemnizar os danos que seriam de todo o modo causados no quotidiano [O autor atesta ainda a importância de saber se o segundo agente actua institucionalmente, uma vez que nesse caso a definição dos riscos gerais da vida será diferente, bem como o facto de saber se o risco se situa num corredor traçado entre o *allgemeinen Lebensrisiko* e o *Eszeß*, pois, em caso afirmativo, lesando-se o segundo agente a si próprio, aplicar-se-á o § 254 BGB, e, lesando-se um terceiro, haverá direito de regresso contra o segundo agente, nos termos dos §§ 840 e 426 BGB]; DEUTSCH, *Allgemeines Haftungsrecht...* cit., p. 384 e ss., falando da *allgemeines Lebensrisiko* como uma *eigene Risikosphäre* (considera o autor que, para se desenvolver o conceito de *allgemeines Lebensrisiko* como uma noção independente, temos de partir do núcleo de riscos de uma pessoa. Questionando se verdadeiramente faz sentido autonomizar a categoria, adianta que, a ser positiva a resposta, o desiderato só se alcançará na base da análise de grupos de casos que convocam o conceito. Fala, assim, a partir da p. 385 de *allgemeine Verwaltungskosten* [custos gerais de gestão]; *Krankheit als Anlage, nicht als persönliche Besonderheit* [doença como condição e não como especificidade pessoal]; *normale psychische Belastung beim Schockschaden* [normal impacto psicológico pelo dano de choque]; *Nutzungsausfall* [falha no uso]; risco de dissolução do casamento; intervenções indirectas nos negócios; danos socialmente adequado. Sublinhe-se, ainda, que, para DEUTSCH, a *allgemeine Lebensrisiko* é expressão do *Gefahrtragungsregeln* e refere-se à atribuição do risco e ao âmbito de afectação dos bens); ID., “Da allgemeine Lebensrisiko als negativer Zurechnungsgrund”, *Festschrift für Günther Jahr zum siebzigsten Geburtstag*, Mohr Siebeck, Tübingen, 1993, p. 251 e ss.

Cf. F. PANTALEÓN PRIETO, “Causalidad e imputación objetiva”, *Centenario del Código Civil II*, ...cit., p. 1561 e ss., falando do risco geral da vida como critério de imputação (nega-se a imputação naqueles casos que são tidos como a realização dos riscos habitualmente ligados à existência natural do lesado. Assim, não haveria imputação quando alguém causa uma pequena ferida a outrem que é, posteriormente, atropelado quando sai do hospital. Também no caso de um acidente de automóvel a caminho do hospital na sequência de uma lesão perpetrada contra a integridade física. Já seria diferente a solução se os ferimentos fossem de tal modo graves que o automóvel tivesse de ter seguido a altíssima velocidade para salvar o lesado. Neste sentido, veja-se RICARDO DE ANGEL YAGÜEZ, *Tratado de responsabilidad civil*, ... cit., p. 790 e ss.

²⁰⁷⁶ Veja-se, quanto ao ponto, e sem esquecer as considerações já tecidas a propósito dos PETL, o artigo 3:201, d), nos termos do qual se fixa como um dos critérios atendíveis na delimitação do âmbito da responsabilidade pessoal o “ordinary risks of life”. Trata-se, segundo o comentário subsequente ao preceito, de um conceito amorfo.

Veja-se, ainda, o artigo 3:106, para que somos remetidos no referido comentário. Diz-nos o preceito que “the victim has to bear his loss to the extent corresponding to the likelihood that it may have been caused by an activity, occurrence or other circumstance within his own sphere”.

Segundo o entendimento dos juristas que integram o Grupo de Estudos tendente à uniformização do direito delitual europeu, a questão da causalidade importa um primeiro segmento de inquirição, no horizonte do qual se buscam os comportamentos que possam ser tidos como causadores de um dano. É a essa luz que devemos perspectivar o citado artigo 3:106, no qual se contemplam os danos que podem ter mais do que uma causa, persistindo a incerteza como pedra de toque de abordagem da factualidade e radicando uma delas num comportamento da vítima, de um terceiro ou outra qualquer circunstância que se situe na esfera da vítima. Concretizando, entende-se (cf. p. 56) que a causa reside na esfera da vítima, tendo de se apresentar como *conditio sine qua non* do dano, se resultar de uma actividade sua, eventos naturais (como terremotos, tempestades, ataques cardíacos ou outras doenças). Trata-se da descoberta de causas potenciais (cf. p. 57 – *potential causes*), que aqui surgem relacionadas com a ideia de perda de chance, e invoca-se o progresso científico apto a estabelecer de modo mais frequente a conexão entre uma actividade e os danos.

É a realidade do acontecer e do ser que determina, de forma prejudicial, se existe ou não causalidade, olvidando-se dois dados essenciais: 1) que o direito não se contenta com uma observação naturalista da realidade, mas que, ao invés, sem a apagar, ajuíza-a em termos normativos, convocando a sua intencionalidade específica; 2) que a descoberta da condicionalidade *sine qua non* não nos permite depor, por si, acerca da pertinência ou não da *causa* à esfera da vítima.

que um esforço subsequente e congruente de concretização dela há-de ser levado a cabo pelo jurista.

Contemplando *prima facie* a *esfera de risco geral da vida*²⁰⁷⁷, diremos que a imputação deveria ser recusada quando o facto do lesante, criando embora uma esfera de risco, apenas determina a presença do bem ou direito ofendido no tempo e lugar da lesão do mesmo²⁰⁷⁸.

TRIMARCHI oferece-nos o arrimo doutrinal aqui abraçado, justificando-o à luz da teleologia primária da responsabilidade extracontratual e da sua finalidade essencialmente ou primacialmente reparatória, e refractando-o em dois pontos essenciais, tal como, noutro ensejo, tivemos oportunidade de salientar: *a vítima não tem direito a ser garantida contra o risco a que estaria substancialmente exposta mesmo que o acto ilícito não tivesse tido lugar; e desde que o risco do evento danoso daquele tipo se distribua de modo substancialmente uniforme nesse tempo e nesse espaço*²⁰⁷⁹.

O que assim se diz de forma teórica pode ser constatado pelo confronto com a citada alínea do artigo 3:201, d). Atentando-se no exemplo oferecido a páginas 62, pondera-se o caso em que P se vê envolvido num acidente de automóvel de que é responsável D e por causa do qual sofre lesões não muito graves. Uns dias mais tarde, decide consultar um médico e, a caminho do consultório, acaba por ser ferido por outro veículo. Considera-se, aí, estarmos diante de uma consequência dos riscos normais da vida, excepto se o primeiro acidente tiver aumentado a chance de emergência do segundo.

Para que o problema se coloque é necessário que previamente se conclua não se situar a causa na esfera da vítima. Ora, se confrontarmos o pressuposto com a explicitação do conteúdo do artigo 1:306 advém a dúvida, pois que a causa situa-se na esfera da vítima se, sendo *conditio sine qua non* do dano, resultar de uma, *inter alia*, força da natureza (ou de um evento de terceiro não dependente do primeiro comportamento).

Cremos, pois, que contra o que aproblematicamente é sustentado não é plausível chegar a tal conclusão se não nos munirmos do cunho normativo que qualquer juízo jurídico implica.

Para uma abordagem crítica dos PETL, embora centrada noutros aspectos (v.g. o fundamento da responsabilidade, a formulação conceptual da culpa e a insistência no requisito da ilicitude), veja-se FERNANDO PANTALEÓN, “Principles of European Tort Law. Basis of liability and defences. A critical view from outside”, ... cit.

²⁰⁷⁷ Cf., ainda, embora com um sentido mais amplo do que aquele que vai intencionado em texto, WESTER-OUISSE, “Définition de la causalité dans les projets européens sur le droit de la responsabilité”, ... cit., p. 10 e ss., considerando que os PETL fazem uma referência à equidade e à proporcionalidade, encaminhando o decidente para ponderar a natureza e o valor do interesse protegido, o fundamento da responsabilidade, os riscos ordinários da vida. Veja-se, ainda, a menção que a autora faz ao DCFR e à sua remissão para o plano da equidade – artigo 2:101-3.

²⁰⁷⁸ A ideia, já referida a outros ensejos, é a da mera *coincidência espacial e temporal* que afasta a imputação. Mais se refira, a este propósito, o caso, também já inscrito noutro ponto da nossa dissertação, em que A parte a perna de B, impedindo-o com isso de apanhar o avião que veio a despenhar-se, pelo que, em última análise, A evita a morte de B. Sobre ele, cf. WRIGHT, “The grounds and extent...”, ... cit., p. 33. Considera o autor que, “de acordo com a justiça interactiva [de que parte], A deve indemnizar B. Aquele que acidentalmente ou intencionalmente confere um benefício ao outro, que não tem oportunidade de o rejeitar, não tem contra ele nenhuma pretensão, pelo que seria estranho que o lesante tivesse essa pretensão”.

²⁰⁷⁹ Cf., novamente, TRIMARCHI, *Causalità...* cit., p. 57-58. Excepção feita, segundo o testemunho do autor, à situação em que alguém furta coisa alheia, devendo responder pelo seu perecimento fortuito. Isto mostra-nos a incidência de juízos ético-axiológicos na ponderação feita pelo autor e ilumina-nos no sentido de perceber que a correcta solução dos problemas só pode ser encontrada num cotejo de esferas de responsabilidade que tenha em conta o centro gravitacional de edificação de cada uma delas.

Aceitando, embora, como prestimoso o dado, não deixamos de sublinhar que a ancoragem imputacional nele se compreende, aos nossos olhos, à luz da falta de conexão funcional com a esfera de risco demarcada pelo agente. Pois não é verdade que se a vítima sempre estivesse exposta a esse risco aquela se perde?

No fundo, voltamos a socorrer-nos da lição italiana para sustentar que a vítima não está coberta pelo risco a que de igual modo estaria sujeita, isto é, e agora com o nosso verbo, o cotejo com a esfera de risco natural permite antever que esta absorve o risco criado pelo agente, porquanto seja sempre presente e mais amplo que aquele²⁰⁸⁰. Donde se mostra, ademais, que o nosso ponto de partida, contaminado ainda pelas notas da subjectivação, só se vai densificar, preencher e, com isso, perder os contornos esfumados quando operarmos o salto para este segundo patamar criteriológico²⁰⁸¹. Se no primeiro nível dialógico o que nos importava era o facto de ter sido erigida uma esfera de risco/responsabilidade, cumprindo-se com isso as exigências comunicadas por uma ideia de liberdade positiva que sempre arvorámos em pórtico de entrada das nossas lucubrações, só com o cotejo de esferas de risco, das quais contemplámos até ao momento a que integra o risco geral da vida, se consegue dilucidar cabalmente até que ponto o dano lesão sobrevindo apresenta ou não uma conexão funcional com aquela²⁰⁸²

2083 2084 2085

Veja-se, ainda, p. 62. A mesma ideia conduziria, segundo o testemunho do autor, a que não haja responsabilidade sempre que o acto ilícito leve o lesado a adoptar um determinado comportamento da vida ordinária que implique a exposição a um risco considerado tolerável.

Repare-se, contudo, que o pólo de ancoragem dos sub-critérios imputacionais plasmados por TRIMARCHI acaba por não permitir a perfeita sintonia argumentativa. Na verdade, o autor foca-se na função reparadora da responsabilidade civil e na ideia de que o dano há-de avultar sempre como limite da obrigação ressarcitória. Por isso, refere que, em concretização da ideia maior de que parte, a imputação também deve ser recusada quando “o acto ilícito é concausa do dano por ter oferecido a um terceiro a ocasião e o instrumento, facilmente substituível, para provocar o dano dolosamente”, já que o intento doloso do terceiro teria levado a realizar o acto de qualquer forma e com efeitos análogos. A discrepância passa, não só, pela remissão do problema – na economia da nossa dissertação – para o ponto de cotejo da esfera de responsabilidade do lesante com a esfera de responsabilidade de um terceiro, como pela consciência de que não é só a comutatividade que ilumina a solução que trazemos a lume, mas a própria teleonomologia responsabilizatória. O que se procura determinar, com efeito, é a pertinência da lesão a uma esfera que é pensável no exercício da liberdade da pessoa.

²⁰⁸⁰ Torna-se, aqui, inequívoco ser o ponto de vista normativo a contaminar problemas que anteriormente eram vistos na óptica da causalidade de facto, surgindo tematizados à luz da relevância hipotética ou virtual do dano ou, antes disso, da condicionalidade *sine qua non*. Não afloraremos, para já, o problema, remetendo-o para um ponto expositivo subsequente.

²⁰⁸¹ O primeiro patamar criteriológico aponta inequivocamente para uma ideia de validade, e portanto, de ancoragem personalista. O segundo patamar de que aqui se fala, não perdendo, no refluxo dialéctico que o une àquele, a coloração ético-axiológica, vai pensado na projecção com o dado real, matizando-se, também, com as notas da eficácia que o direito vigente há-de conter.

²⁰⁸² É óbvio que a cisão traçada cumpre, neste ensejo, mais uma finalidade didáctico-expositiva do que correspondente à materialidade do arrimo dogmático assim edificado. Contudo, se isso não bastasse para justificar a analítica encetada, sempre se colheria o louvor da mesma quando nos apercebêssemos da sua

O exemplo ilustrativo que se segue não é nosso e já foi anteriormente anotado: A insulta B que, em virtude disso, sente necessidade de mudar para uma outra cidade onde morre num terramoto. Não se pode considerar que A seja responsável pela lesão

importância em sede probatória. Fica, por isso, uma vez mais anunciado um ponto explanatório posterior, sem que de momento nos detenhamos sobre ele.

Mais se diga que, do ponto de vista da conformação teleonomológica e teleológica a que fizemos referência, a pertinência funcional a que se alude avulta com uma importância extrema. Na verdade, se é certo que a assunção ou incremento de uma esfera de risco desencadeia a actualização da liberdade positiva por via da responsabilidade que lhe anda inerente, chamando à liça toda a dignidade do ser humano visto como pessoa, não é menos correcto sublinhar que a responsabilidade civil faz apelo a uma ideia de comutatividade, inconsonante com a responsabilização pelo risco não concretizado.

Debatendo se, deste ponto de vista, o risco deve ser indemnizável como um dano em si mesmo, veja-se CHRISTOPHER SCHROEDER, “Corrective Justice and Liability for Increasing Risk”, ... cit., p. 439 e ss.; “Corrective Justice, Liability for Risks and Tort Law”, ... cit., p. 143 e ss.; KENNETH W. SIMONS, “Corrective Justice and Liability for risk-creation: a comment”, *UCLA Law Review*, nº38, 1990, p. 113 e ss.; GLEN O. ROBINSON, “Probabilistic causation and compensation for tortious risk”, *Journal of Legal Studies*, n.14, 1985, p. 779 e ss.; STEPHEN PERRY, “Risk, harm and responsibility”, ... cit., p. 337 e ss. [SCHROEDER considera haver uma incompatibilidade entre a necessidade de se considerar a conduta moral do agente e o facto de se exigir o resultado como pólo de ancoragem da responsabilidade, e aventa a interpretação de a acção moralmente relevante não ser a causação do dano, mas a criação do risco].

Sobre este último tópico, cf. o que se dirá *infra* acerca da indemnização da perda de chance.

²⁰⁸³ Relembre-se, neste ponto, o que ficou dito *supra* acerca do risco permitido (*Erlaubte Risiken*).

Veja-se, também, PABLO SALVADOR CODERCH, NUNO GAROUPA e CARLOS GÓMEZ-LIGÜERRE, *Scope of Liability: the vanishing distinction between negligence and strict liability*, cit., p. 27 e ss., falando dos *general life risks*, como um dos elementos a ponderar no quadro da imputação objectiva. Trata-se, contudo, aí de uma perspectiva diversa daquela que por nós é encabeçada, fruto da penetração da racionalidade economicista na compreensão da juridicidade. Assim, consideram os autores que “os riscos associados a factos comuns e benéficos da vida comum são permitidos quando a compensação do dano fosse proibitiva, pelo custo dela”.

²⁰⁸⁴ A posição aqui firmada também não se confunde com a doutrina da *conditio sine que non*. De facto, e afastando quaisquer dúvidas, o que se pretende não é saber se o dano teria ocorrido de igual modo, ainda que inexistisse a conduta do lesante, mas de determinar em que medida a lesão faz parte do risco de estar vivo. Pode suceder, inclusivamente, que a conduta do lesante seja, de facto, condição sem a qual o dano não teria ocorrido, não se podendo, contudo, imputá-lo àquela, uma vez que, em abstracto, a vítima já estaria, de qualquer maneira, sujeita a um risco daquele tipo. Repare-se que não é um raciocínio de índole contrafactual que se joga a este propósito – não se elimina o comportamento do lesante para concluir se a lesão avultaria igualmente, mas indaga-se se estamos diante de um dano que pode surgir a qualquer instante na vida quotidiana. Como esclarece TRIMARCHI, trata-se de, em homenagem à função reintegrativa da responsabilidade civil – cf. *Causalità*... cit., p. 56, 57, 58 –, impedir que o instituto conduza a um enriquecimento do lesado, ao mesmo tempo que se evita a instituição de uma segurança contra todos os riscos da vida que colocaria o lesado numa situação melhor do que aquela em que estaria se não tivesse ocorrido a primitiva lesão. Mas trata-se, também, de saber, no xadrez da pluricomplexidade da realidade, em que medida a responsabilidade que se procura circunscrever abrange ou não aquela lesão.

Não se julgue, porém, estarmos diante de uma mera decorrência da ideia de incremento do risco. Embora próximos, os dois critérios distinguem-se. Em primeiro lugar, este implica uma ponderação atomizada do comportamento do lesante; ao invés, a chamada à liça da esfera de riscos gerais da vida envolve a inserção dessa actuação e dos seus possíveis efeitos no tecido telúrico em que se integram. Em segundo lugar, pode haver incremento do risco, sem que a produção do dano se possa considerar como um resultado da realização dele, exactamente porque a lesão pertence à esfera de riscos gerais da vida. Cf. MARTÍN GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, *Imputación objetiva*... cit., p. 91.

²⁰⁸⁵ Cf., a este propósito, novamente, KRAMER, “Schutzgesetze ...”, ... cit., p. 343 e ss., considerando o caso do automobilista que causou um acidente por não ter cedido prioridade a um guarda dos caminhos-de-ferro e que, com isso, o lesou na cabeça, fazendo com que fosse diagnosticado uma doença cerebral, justificativa da sua reforma antecipada.

da vida de B, uma vez que a conexão funcional se perde pela contemplação devida da esfera de risco geral²⁰⁸⁶.

No caso em apreço poder-se-ia aventar que nem sequer se chega a formar a armadura externa da esfera que architectamos. E isto não obstante o carácter doloso do comportamento do lesante no que tange ao direito à honra da vítima, porque, em rigor, a lesão da vida na sequência de um atropelamento não faz parte da esfera de risco assumida, gerada ou incrementada²⁰⁸⁷. Se questionarmos, no quadro do primeiro patamar de indagação imputacional, se é possível a partir da ofensa à honra ocorrer uma lesão da integridade física ou da vida a resposta há-de ser positiva, pelo que, ou nos embrenhamos na controvérsia acerca da descrição dos eventos – correndo o risco de, ao pormenorizar, darmos a resposta ao problema na própria formulação que dele fazemos – , ou assumimos que é neste segundo segmento de inquirição que a conformação da responsabilidade se desenha por completo^{2088 2089}.

O problema que avulta no exemplo faz lembrar a figura do que no ordenamento jurídico tudesco ficou conhecido por um *Doppeldelikt*. De acordo com DEUTSCH, ele existe quando há uma lesão que é consequência da violação da norma de comportamento e essa mesma lesão pode ser qualificada, autonomamente, como uma preterição de outra norma de conduta²⁰⁹⁰. No fundo, não seria uma, mas duas as ilicitudes que se teriam de desvelar, de forma autónoma. O que distingue a categoria do caso tratado no exemplo é o facto de aquela lesão da integridade física não poder ser entendida como consequência da primeira violação perpetrada.

²⁰⁸⁶ Novamente TRIMARCHI, *Causalità...* cit., p. 57-58.

²⁰⁸⁷ E isto mesmo sabendo que a esfera de responsabilidade é mais ampla do que os pontos de referência da culpa. Quanto ao tópico, cf. o que se disse *supra*.

²⁰⁸⁸ Repare-se que o problema da descrição dos eventos era, afinal, uma das grandes aporias que apontámos à doutrina da causalidade adequada.

Sublinhe-se, também, que, aumentando a complexidade do problema que temos em mãos, pode acontecer que só mesmo com recurso a este segundo segmento imputacional – o cotejo de esferas de responsabilidade – possamos encontrar a resposta à questão que nos orienta.

²⁰⁸⁹ Basta pensar que se A agride B que vem a morrer quando, por estar psicologicamente perturbado, é atropelado e não resiste ao ferimento, dir-se-á que há culpa, há ilicitude pela violação da integridade física, mas não se estabelece, no que à segunda lesão respeita, o nexo de imputação objectiva, porque não se desvela a conexão funcional, exactamente por, no cotejo entre a esfera de risco erigida por A e o risco geral da vida, esta absorver aquela. Note-se que, nesta hipótese, poderia estar, ainda em causa, a esfera de risco de um terceiro.

Ora, pela doutrina da causalidade adequada não seria possível, excepto com recurso a correcções várias, chegar liquidamente ao mesmo resultado.

²⁰⁹⁰ Cf. DEUTSCH, *Allgemeines Haftungsrecht...* cit., p. 206.

Com isto percebe-se que o nexos por nós firmado vai, afinal, e como sempre sustentámos, pensado enquanto nexos de ilicitude²⁰⁹¹

Importante reter, portanto, a este propósito a estrutura da duplicidade do delito. Não só tal nos aponta para a noção exacta da pertinência do nexos que se busca à matricidade do conceito de ilícito que não se pode confinar a uma visão formalista, embora não resvale para o finalismo, como assume práctico-normativamente importância vital por referência a circunstancialismos vários.

Outros poderiam ser os exemplos avançados, alguns eivados por um grau de complexidade crescente, para evidenciar a importância do cotejo de esferas de risco. Pensemos no caso de A agredir B, lesando-o na sua integridade física ao ponto de este ter ido de ambulância para o hospital. No trajecto, é atingido pelo desabamento de terras, ficando soterrado e vindo a morrer^{2092 2093}. Ainda que, em abstracto, se pudessem

²⁰⁹¹ Salientando que o núcleo da responsabilidade civil é a violação de um direito ou interesse legalmente protegido, pelo que é necessário imputar essa lesão à pessoa que se pretende responsabilizar, cf. HANS STOLL, *Haftungsfolgen im bürgerlichen Recht...* cit., p. 393. Realça o autor, em seguida, que muitos dos problemas de imputação podem vir a ser resolvidos com apelo a uma ideia de fim da norma, pelo que se torna importante considerar o fundamento da responsabilidade e questionar em que medida é que o dano se baseou ou não no evento danoso pelo qual se pretende assacar aquela (cf. p. 394).

²⁰⁹² Cf. HERMANN LANGE/GOTTFRIED SCHIEMANN, *Handbuch des Schuldrechts...* cit., p. 147 e ss.

²⁰⁹³ A propósito da influência de circunstâncias ambientais e de factores naturais, cf., numa perspectiva diversa da nossa, RANIERO BORDON, *Il nesso di causalità...* cit., p. 154, considerando que aquelas podem interromper o nexos causal, desde que seja suficiente a determinar o evento. Para tanto invoca o artigo 1221º CC italiano, preceito que manda fazer recair sobre o devedor o dano integral, mesmo que para a sua produção tenha influído de modo preponderante a causa fortuita. Quer isto dizer que não se aplica, neste quadro, o artigo 1227º CC, pelo que, se o juiz chegar à conclusão que o nexos causal se quebrou, deve aplicar-se o artigo 41º/2 CP, excluindo-se a indemnização. Não explicitam, contudo, os critérios daquilo que tradicionalmente vem conhecido por *interruptio*, noção que, aos nossos olhos e como oportunamente salientaremos, não deve ser acolhida.

Sobre o ponto, cf., ainda, PAOLO FORCHIELLI, *Il rapporto di causalità...* cit., p. 99, a propósito do caso de escola em que A sofre uma lesão da integridade física perpetrada por B e, ficando internado no hospital, contrai uma doença contagiosa, vindo a morrer. Recorde-se que o autor, partindo do princípio da equivalência de causas, para o qual encontra apoio positivo no artigo 1221º e 2055º CC, soluciona, *de iure condito*, o problema do concurso de uma causa humana imputável com uma causa fortuita no sentido da irrelevância da última [cf. p. 85 e ss., evidenciando que a possibilidade de se falar de interrupção do nexos de causalidade vem mostrar o afastamento da doutrina da *conditio sine qua non*. Como guia do decidente na procura de solução para casos que apresentem este âmbito de relevância, o autor chama a depor o artigo 1221º CC italiano, que resolve *expressis verbis* “o problema da concomitância de concausas imputáveis *ex contractu (mora debendi)* e concausa fortuita (pericimto não imputável da coisa devida”, no sentido de imputar a totalidade do dano sofrido ao devedor, mesmo que para a produção do dano tenha contribuído de modo preponderante a causa fortuita. Note-se que o preceito é visto como uma consagração evidente do princípio da equivalência das condições (o facto de existir mora não faz com que não possa relevar outra causa mesmo remota); e p. p. 95 e ss., invocando o artigo 2055º CC, que consagra a solidariedade entre os diversos responsáveis extracontratualmente, como argumento para sustentar a irrelevância da concausa fortuita. Para o autor, a regra traduz-se num corolário do princípio da *conditio sine qua non* (p. 96. Cf., também, p. 97, onde se pondera o problema das relações internas, onde o princípio não opera, por evidentes exigências de equidade e justiça distributiva). Veja-se, também, DE CUPIS, *Il danno...* cit., p. 138]. Assim, no caso citado, B poderia ser considerado responsável pela morte. Já não seria esta a solução no caso da aplicação do artigo 41º/2 Cpenal italiano, considerando-se um efeito interruptivo da causalidade. Na problematização da questão entra em equação a possível diferença entre as causas fortuitas anteriores e simultâneas e as causas supervenientes, mostrando-se o autor céptico em

encontrar dois pólos – identificáveis por dois direitos absolutos chamados à liça – de desvelação da ilicitude, sempre haverá que dizer que, porque o mais comporta o menos, a lesão da vida consome a lesão da integridade física, pelo que, e dado quen ao nível do direito civil não releva a tentativa, na hipótese *sub iudice* o que se procura é saber se a morte pode ou não ser imputada ao agente²⁰⁹⁴.

relação à perspectiva – cf. p. 104 – até porque há casos em que o acto ilícito não teria produzido qualquer dano se não fosse a existência da causa superveniente.

De iure condendo, o autor considera que, ainda que o ordenamento jurídico positivo imponha a aplicação da *conditio sine qua non*, não se deve deixar de reconhecer que o critério, por vezes, conduz a soluções aberrantes, defendendo, por isso, uma reforma legislativa na matéria – cf. p. 128 e 133. Mais acrescenta que, em face da tendência crescente de consagração de hipóteses de responsabilidade objectiva, a adesão irrestrita da uma teoria da equivalência das condições levaria a que o sujeito responsável assumisse a posição do garante (de uma espécie de segurador *ex lege*) – cf. p. 130. V., igualmente, nota 6, onde adverte que, não existindo nenhuma incompatibilidade lógica entre a responsabilidade pelo risco e a condicionalidade *sine qua non*, sempre se haverá de reconhecer que “o princípio do risco objectivo, alargando o âmbito da responsabilidade, amplifica necessariamente, na mesma medida, também a relevância do nexos causal material e, deste modo, pode aumentar, segundo uma preocupante progressão geométrica, as aberrantes consequências que já derivam da aplicação rígida do critério da equivalência da causa num sistema de responsabilidade subjectiva”. Na anunciada defesa da reforma legislativa na matéria, FORCHIELLI aduz que o ponto de partida indicado seria a causalidade adequada (cf. p. 133). Mostrando-se crítico em relação à doutrina, adianta que, do ponto de vista da justiça substancial, se mostra perplexo com a constatação do limite que separa a causa adequada da causa inadequada, limite esse que separa a zona de ressarcimento da zona de não ressarcimento do dano – cf. p. 134. Assim, para se ser congruente, a ideia de adequação deve fazer-se acompanhar por um princípio gradual, que regulasse o concurso entre causa fortuita e causa humana imputável com um critério quantitativo-distributivo similar ao previsto no artigo 1227º/1 CC (*loc. cit.*). É que, “do ponto de vista da causalidade material, o concurso para a produção de um dado evento não difere, em rigor, do concurso de factos imputáveis (...)” – cf. p. 135. No fundo, o juiz reduziria a indemnização. A questão passa por saber qual o critério para se operar tal redução, elegendo o autor a regularidade ou a adequação como o guia do decidente na matéria (segundo FORCHIELLI, o critério não seria apto a responder ao binómio responsabilidade/não responsabilidade, mas seria útil ou mesmo ideal para repartir o dano entre uma causa humana imputável e uma causa fortuita, em proporção directa com o menor ou maior risco – probabilidade – que o lesado tinha de sofrer aquele dano mesmo independentemente da conduta culposa do outro sujeito – p. 138/139). Por meio dele, conseguir-se-ia uma repartição racional e equitativa do risco, que inevitavelmente concorre na determinação de todo o evento danoso. Com isto, dá-se acolhimento ao princípio segundo o qual o lesado não pode pretender estar coberto por todos os riscos que teria de enfrentar espontaneamente – cf. p. 145. Há, no entanto, que ponderar alguns aspectos que podem implicar dificuldades acrescidas na afirmação da solução a que aludimos. Assim, desde logo, há que saber se ela é ou não compatível com o princípio da responsabilidade solidária, previsto no artigo 2055º CC italiano. Na verdade, se a lei considera responsáveis solidariamente aqueles que contribuíram para a produção do dano, negando relevância atenuante ao concurso da culpa de outro sujeito, então a absoluta irrelevância da causa fortuita concorrente impõe-se no caso de responsabilidade de uma só pessoa. O autor sustenta, por isso, que a solução a que se alude levaria a que se tivesse de abandonar, no plano do direito a constituir, o referido princípio – cf. p. 148. Antecipando as resistências a que tal solução legislativa estaria sujeita, FORCHIELLI não deixa de sublinhar a fragilidade racional da solução predisposta pelo legislador. Encontrando a origem da mesma nos idos tempos do direito romano, o autor explica que estava latente nela o carácter penal que o ressarcimento conhecia naquele período, fundamento que não pode hoje ser invocado, não restando outra hipótese senão a de justificá-la à luz do princípio da condicionalidade *sine qua non*. Só que afirmar que uma conduta é *conditio sine qua non* de um dano não implica que ela seja a *conditio sine qua non exclusiva*. As palavras colhidas do texto do autor, a páginas 150, são o suficiente para que o próprio remeta para o plano da equidade a justificação para o princípio da solidariedade delitual. Ora, se essa equidade surgir quebrada já razões para afastar o princípio.

²⁰⁹⁴ A este propósito, cf. RICARDO DE ANGEL YAGÜEZ, *Tratado de responsabilidad civil*, ... cit., p. 757, nota 5

Este cria uma esfera de risco/responsabilidade ao, agindo com dolo, olvidar os deveres solidarísticos que ético-normativamente marcam o seu encontro com o outro. A cognoscibilidade da assunção daquela esfera, pela possibilidade da lesão e a controlabilidade do dado real, garantem heurísticamente a sua pressuposição. Contudo, urge densificá-la. O preenchimento material da circunferência assim delineada perfunctoriamente será obtido, já o sabemos, pelo cotejo de esferas de risco e responsabilidade.

Tracemos, então, algumas conclusões.

Sendo o risco de desabamento de terras um risco geral da vida, então exonera-se a responsabilidade de A. Mas a igual conclusão não poderemos chegar se aquele risco existir de forma acrescida no único local pelo qual a ambulância teria de passar para se dirigir ao hospital. A particularidade era tratada, no quadro da doutrina da causalidade adequada, sob o signo da probabilidade. Não cremos, contudo, que esse seja o melhor enfoque, pois do que curamos não é de saber se o dano da morte seria ou não provável, e, nessa medida, teria ou não sido previsto (ou se poderia sê-lo) pelo lesante, sequer da previsão de todo o decurso causal – a remeter para uma concepção determinista do mundo –, mas da conexão funcional entre o ele e a esfera de risco posta em marcha pelo agente. No fundo, e recuperando parcialmente a lição de TRIMARCHI, teríamos de ver se o risco do evento danoso daquele tipo se distribui de modo substancialmente uniforme nesse tempo e nesse espaço, ou, de uma forma mais simplista, trata-se ou não de um risco a que todos – indiferenciadamente – estão expostos?

O mesmo se diga daqueloutro caso em que, no termo dos eventos, B não morre, mas fica com graves lesões na sua integridade física. Na verdade, não pode deixar de ser análogo o nosso juízo, porquanto assimiláveis sejam, não só os âmbitos de relevância concreta, como também as intencionalidades problemáticas que lhes subjazem²⁰⁹⁵.

²⁰⁹⁵ Note-se que, em qualquer das hipóteses, pode ser legítimo o recurso a uma ficção analítico-judicativa. Imagine-se que, com o transporte para o hospital, a vítima tem de suportar uma série de despesas. A chamada à lição do *Doppeldelikt* cumpre, então, um papel fulcral, ao permitir a autonomização da lesão da integridade física primeiramente experimentada, essa sim imputável ao pretense lesante. Aproximámo-nos, aí, contudo de uma “causalidade” preenchedora da responsabilidade. Poder-se-ia supor, ainda, ser pertinente indagar em que medida o estado débil do paciente pode ou não ter condicionado a repercussão que se fez sentir quer no seu corpo, quer na sua vida. Na verdade, é certo o facto de quer a morte, quer o agravamento da ofensa corporal assimilarem a primeira lesão. Do mesmo modo que é seguro que, se o risco geral da vida suplanta o risco preconizado pelo autor do evento, não se lhe podendo ser imputado o resultado final, o eventual condicionamento deixa de fazer sentido. Quanto muito ele cumpriria o papel de índice constitutivo do lesado a influir no juízo imputacional. Simplesmente, quando o consideramos sob essa óptica, não podemos obnubilar que ele foi gerado pelo agente e que, assim sendo, é sopesado já no cotejo comparativo das forças refractárias das duas esferas consideradas: a esfera de risco erigida pelo lesante e a esfera de risco geral. Ou seja,

Idêntica nervura problemática é comunicada por aquele caso de escola em que A é ferido por B, vindo a falecer, não pela agressão em si, mas em virtude da infecção que contraiu no hospital onde é internado^{2096 2097}. De um lado, a esfera de risco criada por B;

naquela integramos não só, para este efeito, a alteração do curso dos acontecimentos – levando à necessidade de utilizar a ambulância e seguir um determinado trajecto – como o condicionamento clínico do lesado. Não se altera, pois, substancialmente o nosso juízo.

Pergunta-se, porém, mais: será que, em nome da adequada protecção da vítima, não se deverá recorrer novamente àquela ideia de duplicidade delitual, analisando o problema truncando dois momentos temporalmente distintos? A ser correcta esta opção estaremos diante de uma correcção do juízo imputacional, que mais não garantiria ao lesado ou aos seus familiares próximos do que a indemnização correspondente à frustração do interesse subjacente à limitação da integridade física. Para o que se teria de ter em mente o estado em que B restou depois da primeira agressão.

Cf., neste âmbito, HANS STOLL, *Haftungsfolgen im bürgerlichen Recht...* cit., p. 403 e ss. HANS STOLL começa por salientar que a imputação dos danos subsequentes já não pode ser determinada pela finalidade do padrão de comportamento imposto ao lesante ou outros fundamentos da responsabilidade, porque o seu propósito se esgota na prevenção do evento danoso que lhe serve de base. Mas adverte que a responsabilidade pela interferência com o círculo de direitos pode incluir, no entanto, a imputação das lesões subsequentes, desde que elas se limitem a aprofundar ou estender a injustiça da lesão primariamente cometida. Designadamente, e continuando a acompanhar de muito perto a exposição do autor, afigura-se justa uma decisão com esse teor naqueles casos em que aquela cria um especial perigo, que transcende o normal risco da vida, que acaba por estar na base da ulterior violação ou agravamento denotado. É insignificante, ademais, saber em que medida essa lesão subsequente ou a possibilidade de ela ocorrer foi ou não prevista, devia ou não ter sido, posto que quem actua ilicitamente no núcleo de um direito tem de assumir a situação perigosa criada pela interferência. Para STOLL, a imputação objectiva acarreta que o autor da primeira lesão assumo o risco de uma especial susceptibilidade da vítima.

Creemos poder concluir, tal como STOLL, e de acordo com a nossa exposição vertida em texto, que a previsibilidade de que se cura – ou probabilidade, segundo a aproximação dos dois conceitos já problemáticamente posta em diálogo – se refere exclusivamente à assunção da esfera de risco, o mesmo querendo dizer à assunção de um círculo de responsabilidade.

Saliente-se que já anteriormente tínhamos dado conta do pensamento do autor, trazendo-o de novo à colação por ilustrar o que aqui fica plasmado.

²⁰⁹⁶ A este propósito, veja-se a solução dispensada por DE CUPIS, *Il danno...* cit., p. 125. Para o autor só excepcionalmente deve relevar a causa concomitante ou superveniente. Designadamente, ela só deve relevar quando o dano resulte exclusivamente desse facto, ainda que o comportamento do sujeito fosse idóneo a produzir o evento. Assim, se A é levado a um hospital depois dos ferimentos de que foi alvo e, encontrando-se lá, vem a falecer em razão de um aneurisma cerebral, há que concluir que o acidente inicial em nada contribuiu para a morte, porque um edema como aquele não se desenvolve tão rapidamente.

A este propósito, veja-se a explicitação que FRANCESCO GALGANO oferecer sobre o tema – cf. *Tratatto di diritto privato*, vol. 3, ... cit., p. 170 e ss. Começando por evidenciar que, ao nível do direito, não basta a descoberta da causa natural, antes se devendo encontrar a causa eficiente, o autor mostra que, tradicionalmente, se adopta o critério da regularidade estatística para dar resposta a problemas como os que são enunciados em texto. Assim, “um facto é considerado como causa do evento se, com base num juízo de probabilidade *ex ante*, se pudesse considerar uma consequência previsível e evitável do facto”. Em apreço, segundo as suas próprias palavras, estaria a distinção entre causa e mera ocasião de um evento (aquela que não está com este último numa relação de regularidade estatística), que anda longe de se basear numa simples sucessão cronológica dos factos. Na verdade, segundo relembra, pode ser chamado a responder quem põe em marcha uma causa remota, se esta provoca um curso causal que conduza, com regularidade estatística, à causa próxima do evento danoso. Neste caso, “o autor do facto responde pelo evento danoso mesmo que ele seja uma consequência indirecta do facto. A causa próxima exclui a relação de causalidade entre a causa remota e o evento só se, sendo imprevisível e inevitável (...), se revele por si só apta a produzir o evento”. Ou seja, e continuando a acompanhar a exposição do autor, “o aparecimento de um evento imprevisível e inevitável da parte daquele que lhe deu origem interrompe o nexo causal e exclui a responsabilidade pelo evento final”, pelo que, se A é ferido num acidente rodoviário por B e, no caminho para o hospital, morre por causa de um novo acidente, B só é responsável pelos ferimentos e não pela morte de A. E se A morrer no hospital por causa de uma doença aí contraída, temos de ver se a doença é ou não uma complicação clinicamente certa e estatisticamente previsível da lesão sofrida no

de outro lado, a esfera de risco geral – partindo do pressuposto da inexistência de qualquer dever de cuidado por parte da unidade de saúde. Colocadas defronte uma da outra, sopesando-se ambas, várias são as conclusões plausíveis, consoante os dados apurados e provados em concreto. Antes, porém, exigir-se-á o cumprimento do primeiro nível criteriológico firmado: isto é, só se agudizará o problema se e na medida em que o meio utilizado, a lesão perpetrada na integridade física, se afigure idónea a causar o resultado morte, porque só assim se preenchem os dois pilares de ancoragem dos contornos externos do círculo a partir do qual se busca a conexão funcional de que aqui tratamos²⁰⁹⁸.

acidente. Note-se, porém, que numa linha evolutiva, GALGANO dá conta que a tradicional concepção de causalidade jurídica como regularidade estatística tende a ser superada, com o surgimento de “uma nova tendência” resultante da solução de alguns casos limite (cf. p. 172 e ss.). Pedindo de empréstimo os exemplos oferecidos pelo insigne pensador, olhemos para duas hipóteses decididas pela *Corte di Cassazione*. Assim, a vítima de um acidente rodoviário tem de receber uma transfusão de sangue e contraí uma hepatite vírica, respondendo o autor do acidente pela lesão assim perpetrada (Cass. 24 de Abril de 2001); A sofre de uma intoxicação por monóxido de carbono por que é responsável a sua entidade patronal. Na sequência do incidente, A entra em depressão e suicida-se. A *Corte di Cassazione* (Cass, 23 Fevereiro de 2000) considerou responsável a entidade patronal. Segundo GALGANO, a causalidade passa a ser entendida como consequencialidade racional.

²⁰⁹⁷ Cf. GENNARO GIANNINI, “Sinistro stradale, responsabilità professionale del medico e nesso causale”, ...cit., p. 636 e ss.

A este propósito, e colocando o enfoque na responsabilidade do profissional médico, cf. GIESEN, *International Medical Malpractice Law*...cit., p. 206 e ss., falando de situações em que a primeira lesão foi gerada fora do quadro da responsabilidade médica, ocorrendo a intervenção do profissional de saúde posteriormente e dando como exemplo os casos de acidentes de viação que geram a necessidade de atendimento hospitalar, desvelando-se aí a negligência do médico. Sublinha o autor que, em muitas situações, o médico está sujeito a um grande risco de responsabilidade, até porque os pacientes, mesmo antes da lesão, podiam já ter determinadas debilidades constitucionais. Pondera, igualmente, GIESEN hipóteses como aquela em que, se não fosse a negligência do médico (por exemplo um perito da companhia seguradora), o lesado teria podido demandar o primeiro lesante muito mais cedo, com menos litígio ou teria evitado o agravamento dos danos (p. 213). Interessante, ainda, referir as situações abordadas por GIESEN, nas quais um médico aconselha a pessoa a abandonar ou reduzir o seu trabalho por causa da saúde, quando se vem a provar mais tarde que tal não seria necessário (note-se que, e afastando-nos agora dos ensinamentos do autor, aqui não é o nexo de ilicitude que parece ser problemático, residindo a dificuldade na própria desvelação da ilicitude. Na verdade, no quadro da responsabilidade extracontratual, sabemos que a pretensão indemnizatória se há-de estribar na violação de um direito de tipo absoluto, tendo de se determinar, antes de tudo o resto, se foi ou não preterida a posição dotada de uma tutela *erga omnes*. A questão ganha, como se perceberá, outros contornos se nos inseríssemos noutra sistema delitual que abdique da existência de um filtro objectivo de selecção das pretensões ressarcitórias procedentes).

²⁰⁹⁸ Na definição dos contornos da *allgemeines Lebensrisiko*, questiona-se se se deve lançar mão de uma ideia de adequação social, ideia ligada ao finalismo de WELZEL, e que de certo modo rememora, entre nós, a lição de GUILHERME MOREIRA (cf. *Instituições*... cit., p. 589), que defendeu a ideia de uma adequação social para justificar lesões involuntárias que fossem uma consequência necessária da convivência social. A ser assim, indaga-se, ademais, se não se retoma o quadro da adequação, porquanto isso signifique, afinal, que a conduta se baliza dentro de parâmetros razoáveis, atento o todo social, e que portanto não é provável que daí advenha um dano de magnitude superior. Não cremos, porém, que tal corresponda à essência do modelo a propor. Não pretendemos abraçar o atomismo finalista, nem confundimos a *allgemeines Lebensrisiko* com a ideia de adequação social, já que, tornando-se esta operante, não nos movemos senão no quadro do risco permitido. Ora, o confronto com a esfera do risco geral da vida implica que a conduta do lesante tenha ultrapassado o limiar da permissão normativa, sendo,

Verificado o pressuposto, é tempo, pois, de passar ao anunciado juízo comparativo, aportando-se a diferentes conclusões, como referido. Corrente será considerar que faz parte do custo de estar vivo ter de, como paciente ou como visitante, ingressar numa unidade hospitalar, pelo que aí, como em qualquer outro ponto telúrico, é possível contrair-se uma infecção, nessa medida se excluindo a responsabilidade. Repare-se, contudo, que esta resposta, sendo idêntica àqueloutra a que somos conduzidos pela doutrina da causalidade adequada, não se confunde com ela no fundamento em que se estriba. Ali, do que se trata é de considerar que não é provável a intromissão de uma tal circunstância espúria no decurso causal, de tal modo que o interrompe; aqui, pelo contrário, do que se trata é de excluir a conexão funcional do resultado agravado à liberdade do agente, projectada num circunscrito domínio de perigo. Porque assim é, podemos ser levados a soluções díspares. No caso decidido pelos tribunais tudescos, de que também já demos nota, teve-se em conta o surto epidémico gripal para, considerando ser previsível o contágio durante esse período, se defender que o primeiro agressor deveria ser obrigado a indemnizar o dano da morte, consequência do vírus que infectou o paciente no seu internamento hospitalar. Diferentemente, predicados na ideia de conexão funcional com uma esfera de responsabilidade assumida autonomamente, não podemos aceitar tal entendimento, já que o contágio aparece, em momentos excepcionais como esse de concentração viral em grande escala, como um risco comum e corrente^{2099 2100 2101 2102 2103}.

no entanto, o acréscimo do risco absorvido pelos perigos inerentes a estar vivo. Ou seja, não há o que tradicionalmente se designava por causalidade, mas mera coincidência temporal e/ou espacial.

²⁰⁹⁹ Em qualquer das situações, sempre haveria de questionar o problema da responsabilidade da unidade hospitalar. Não o fazemos, aqui, por dois motivos. Primeiro, porque teríamos de analisar, novamente, embora de jeito incidental, a relação entre a responsabilidade civil e a responsabilidade do Estado submetida ao direito administrativo. Segundo, porque, ainda que todos os pressupostos ressarcitórios pudessem considerar-se preenchidos, haveria de cotejar, então, já não só a esfera de responsabilidade de um primeiro lesante com a esfera de risco geral da vida, mas igualmente com a esfera de responsabilidade de um terceiro. Relegamos, portanto, para momento posterior, embora não muito distante, o apontamento.

²¹⁰⁰ Veja-se, a propósito do que ficou já cunhado como interrupção do nexo de causalidade, W.V.H. ROGERS, *Winfiel and Jolowicz ... cit.*, p. 240-241. Aí o autor tece considerações acerca das situações em que a *nova causa interveniens* é um evento natural. O barco de A é danificado. Atravessando o Atlântico acaba por ser completamente destruído em virtude de uma trovoadas que eclodiu. Não obstante provar-se que aquela viagem só se realizou devido à primeira lesão, o dano não deve ser indemnizado, tendo em atenção a causa superveniente. Mas (cf. p. 241, nota 2), se se demonstrar que o barco ficou menos apto a aguentar o rigor de uma tempestade haverá direito à indemnização? E, sendo a resposta positiva, não nos aponta isto para uma ideia de risco e pertinência do dano à esfera de risco criada em detrimento de um juízo pouco seguro acerca da probabilidade ou não de ocorrência do dano, onde se deverá problematizar, igualmente, a probabilidade ou não de ocorrência do evento dito interruptivo?

Veja-se, ainda, naquela obra p. 243 e ss., onde se aborda o problema da *interrupção do nexo de causalidade pela interposição da conduta de um terceiro*. Embora solucionando o problema do ponto de vista causal, e nessa medida tradicional, não deixam de ser significativas as referências à ideia de risco, porquanto o juízo final redunde, afinal, em determinar se o dano subsequente se integra ou não no risco

criado pela conduta do lesante, para o que será relevante o conhecimento do grau de cognição e previsão do agente. Depõe, também, nesse sentido a alusão a alguns pontos de ancoragem valorativa. Na verdade, o critério pressupõe que nenhuma circunstância especial imponha o dever de cuidado contra condutas de terceiros.

Uma última referência, embora sincopada, ao problema da dita interrupção do nexo de causalidade por um acto do próprio lesado. Cf. p. 245 e ss., remetendo-se outros desenvolvimentos para o que supra dissemos quando ao ponto e para o que infra ainda diremos. Na *Common Law*, a actuação do lesado que possa ser vista como causal em relação ao dano implica o tratamento da questão da *contributory negligence*. Esta conduz à exclusão da responsabilidade do lesante, sendo certo que a *House of Lords* terá já considerado haver interrupção do nexo de causalidade quando o comportamento do lesado, mesmo que previsível, não seja razoável no quadro das circunstâncias de facto. Só não se verificaria aquela se e na medida em que o lesado não tivesse possibilidade de agir de outra forma. Atente-se, apenas, nos casos chamados à liça por ROGERS. A, ficando com uma depressão no seguimento da lesão infligida por B, comete suicídio. Deve este ser responsabilizado pelo dano da morte? A, em virtude da actuação de B, fica com uma deficiência na perna e, em consequência da sua auto-colocação numa situação de risco, acaba por sofrer um novo acidente que agrava o seu estado. Deve haver responsabilidade?

Creemos que, no que tange ao segundo exemplo avançado com inspiração no desenvolvimento do autor, nenhuma responsabilidade pode ser assacada ao primeiro lesante. Mas não porque haja interrupção do nexo de causalidade. Aliás, bem vistas as coisas, mesmo do ponto de vista tendencialmente mecanicista com que a doutrina tradicional ainda se deixa contaminar, o dano lesão já se teria concretizado, não se desvelando um atentado contra um direito absoluto mas dois.

O outro exemplo abordado a p. 246 concita um leque de considerações espúrias a esta nota, uma vez que lida sobretudo com o domínio contratual. Contudo, inscrevemo-lo aqui porque, dizendo respeito aos problemas cunhados por *wrongful births*, mostra como pode ser chocante a argumentação em torno de uma pretensão indemnizatória. A submete-se a uma esterilização. Apesar disso, acaba por engravidar, demandando posteriormente o médico pelos prejuízos sofridos, o qual vem a contrapor que ela poderia ter feito um aborto e que o dano resulta, afinal, da sua recusa em fazê-lo. Sem embargo de ulteriores considerações a propósito da qualificação do nascimento como um dano, sempre haverá de se evidenciar que jamais o comportamento da autora pode ser valorado no sentido da eficácia excludente da responsabilidade, pois que só de uma perspectiva que contende abertamente com a axiologia predicativa do direito tal seria defensável. [Sobre os *wrongful births* e as *wrongful lifes*, cf. GERT BRÜGGEMEIER, *Haftungsrecht...* cit., p. 256 e ss.; A. PINTO MONTEIRO, “Direito a não nascer? Anotação ao Ac. do STJ de 19 de Junho de 2001”, *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, ano 134º, nº3933, 2002, p. 371 e ss., distinguindo as situações de *wrongful birth* das situações de *wrongful life*, com base no impulso processual, já que, nas primeiras acções, os pais reclamam uma indemnização por danos próprios, como seja o dano do nascimento de um filho não desejado ou os danos patrimoniais sofridos em virtude do encargo de sustentar uma criança, enquanto, nas segundas, os pais intervêm como representantes do filho menor, exigindo uma compensação pela criança por ter nascido com graves deficiências físicas e/ou mentais, para as quais não foram alertados, coarctando-se a possibilidade de optarem pelo aborto, pelo que se invoca um direito a não nascer; e mostrando a relevância da cisão entre a responsabilidade contratual e a responsabilidade delitual; GUILHERME DE OLIVEIRA, “O direito de diagnóstico pré-natal”, *Temas de direito da medicina*, Coimbra, 1999, p. 214 e ss.; ANDRÉ DIAS PEREIRA, *O consentimento informado na relação médico-paciente. Estudo de direito civil*, Coimbra, 2004, p. 375 e ss.; FERNANDO PINTO MONTEIRO, “Direito à não existência, direito a não nascer”, *Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da Reforma de 1977 II, A parte geral do código e a teoria geral do direito civil*, Coimbra, 2006, p. 131 e ss.; JOEL FEINBERG “Wrongful life and the counterfactual element in harming”, *Freedom and Fullfilment*, 1992; CHRISTINE LEJEUNE, *Wrongful life – Das Kind als Vermögensschaden*, 2009; GENEVIÈVE VINEY, “Brèves remarques à propos d’un arrêt qui affecte l’image de la justice dans l’opinion”, *La semaine juridique*, nº2, 2001, p. 65 e ss.; MARKESINIS, “Réflexions d’un comparatiste anglais sur et à partir de l’arrêt Perruche”, *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 2001, p. 77 e ss.; EDUARD PICKER, “Schadensersatz für das unerwünschte Kind”, *Archiv für die civilistische Praxis*, 195, Heft 6, 1995, p. 483 e ss.; REINHARD ZIMMERMANN, “Wrongful life und wrongful birth”, *Juristenzeitung*, 52, Heft 3, 1997, p. 131 e ss.; DIETER GIESEN, “Schadenbegriff und Menschenwürde. Zur schadenrechtlichen Qualifikation der Unterhaltspflicht für ein ungewolltes Kind”, *Juristenzeitung*, 49, Heft 6, 1994, p. 286 e ss.; ROLF STÜRNER, “Schadensersatz für mißglückte Abtreibung – ein Problem der Schadenszurechnung?”, *Juristenzeitung*, 41, Heft 3, 1986, p. 122 e ss.; DIANA MONTENEGRO DA SILVEIRA, *Responsabilidade civil por danos causados por medicamentos defeituosos...* cit., p. 93; PAULO MOTA PINTO, “Indemnização em caso de nascimento indevido e de vida indevida (“wrongful birth” e “wrongful life””, *Revista Lex Medicinæ, Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, ano 4, nº7, Coimbra

Editora, Coimbra, p. 5 a 25 (falando de três categorias de acções: a) concepção indevida/gravidez indevida: como resultado de um erro médico, gera-se uma criança, ou é concebido um feto com uma deficiência grave, não tendo os pais sido alertados para os seus riscos genéticos, e invocando-se agora que a gravidez nunca teria tido lugar se devidamente informados acerca do risco de darem à luz uma criança deficiente; b) nascimento indevido: o evento lesivo levou a um nascimento indesejado, ou porque o nascimento foi o resultado de uma concepção indevida, ou porque, sendo a concepção indesejada, um erro médico inviabilizou que os pais optassem pelo aborto; c) hipóteses de vida indevida, em que a acção é proposta pela própria criança que pede uma indemnização invocando um direito a não nascer; e referindo-se a dois tipos de danos: a) o dano do planeamento familiar; b) dano resultante de uma deficiência da criança nascida); ID., *Interesse contratual...* cit., p. 738 e ss., nota 2094; CARNEIRO DA FRADA, “A vida própria como dano...”, ... cit.; ID., “A vida própria como dano. Perspectivas civis e constitucionais de uma questão-limite”, *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 68, vol. I, 2008 (http://www.oa.pt/Conteudos/Artigos/detalhe_artigo.aspx?idc=30777&idsc=71981&ida=72382); ID., “A protecção juscivil da vida pré-natal – sobre o estatuto jurídico do embrião”, *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 70, vol. I/IV, 2010 (http://www.oa.pt/Conteudos/Artigos/detalhe_artigo.aspx?idc=30777&idsc=112472&ida=112751) [o último estudo citado corresponde, segundo depoimento do autor, a outro: “O nascimento com deficiência. Sobre o estatuto jurídico do embrião”, *Estudos em Homenagem a Mário Emílio Bigotte Chorão* que não tivemos possibilidade de consultar]; MIQUEL MARTÍN-CASALS/JOSEP SOLE FELIU, *Responsabilidad civil por la privación de la posibilidad de abortar (wrongful birth). Comentario a la STS, 1ª, 18.12.2003*, Barcelona, 2004, www.indret.com; SHRIFFRIN, Seana Valentine – “Wrongful Life, Procreative Responsibility and the Significance of Harm”, *Legal Theory*, 5, 1999, p. 117 e ss.].

²¹⁰¹ Veja-se, quanto ao ponto, ARTHUR RIPSTEIN, *Equality, Responsibility and the Law...* cit., p. 108. Sob o tópico *intervening agents*, o autor problematiza algumas das situações tradicionalmente enquadradas na interrupção do nexo de causalidade e reivindica como critério orientador do decidente face a tal recorte problemático uma ideia de previsibilidade. Convém, contudo, salientar que a mesma surge matizada, como é normal no contexto dialógico do pensamento de RIPSTEIN, com a nota da justa interacção subjectiva e da equitativa distribuição do risco: “what can be foreseen – indeed, what must be foreseen – needs to be understood in light of the idea of fair terms of interaction. Reasonable responses to injury count as foreseeable because people are presumed to know that others will behave reasonable”. No fundo, o que o autor aduz é que é sempre previsível uma razoável resposta ao perigo, porque se presume que o mundo é feito de pessoas responsáveis e livres. E há sempre o dever de adoptar determinadas precauções contra os previsíveis actos ilícitos de terceiros, ainda que estes também sejam responsáveis por eles. Mas genericamente, as actuações intencionais humanas são suficientes para quebrar o nexo de causalidade. Mais especificamente (cf. p. 111), o autor considera que as regras disciplinadoras da *intervening cause* podem ser explicadas pela ideia de *risk ownership*. Assim, a criação de um risco inclui o risco de outros actuarem razoavelmente, tanto em resposta ao perigo como numa sequência causal autónoma que interseccione a primeira posta em movimento pelo agente. De acordo com o critério da previsibilidade, e usando agora o verbo do autor, “those who unreasonably expose others to risks are expected to foresee that others will behave reasonably in response to those risks. As a result, reasonable responses will count as part of the initially unreasonable act, and the consequences will continue to flow through them”. Ora, embora o que é ou não previsível possa variar, “their consequences will be among the costs associated with the risk-creating activities that cause them. Thus, they will count as foreseeable in the requisite sense, even if they are statistically uncommon” (cf. p. 113). No fundo, o autor continua a ancorar o seu juízo, relevantíssimo em sede de causalidade, na razoabilidade ou não do comportamento do agente que se intromete no curso causal desencadeado pelo pretenso lesante que se demanda.

Cf., ainda, para uma lograda compreensão do crivo da previsibilidade quando olhada sob a perspectiva da distribuição do risco, p. 126 e 127: “seeking medical care is a reasonable response to injury [...]. Even where the medical care is carried out negligently, it is treated as foreseeable, because the risk of medical malpractice on that particular occasion is created by the original wrongdoer. Such liability has its limits [...]: if a physician intentionally inflicts an injury, or performs an unrelated operation, the original injurer is not liable [...]”.

Acerca do problema da interrupção do nexo de causalidade, veja-se, também, MICHAEL S. MOORE, “The Metaphysics...”, ... cit., p. 827 e ss., apresentando duas grandes visões do problema. Uma clássica, a remetê-lo para a *proximate cause*, dentro da qual se pode lidar com a problemática do ponto de vista da *policy* ou orientados pela *morality*, no sentido da eticidade subjacente à juridicidade, a qual, incompreendida ou não, pode conduzir a outra pluralidade de abordagens do fenómeno, que vão desde a tentativa de captação da metafísica causal da interrupção ou quebra aludida, mergulhando-se num conceito pré-jurídico. Outra, em sintonia com uma visão não dicotómica do problema, a entender que a

questão deve ser tratada logo ao nível da determinação da noção de causa. *Vide*, para o aprofundamento do tema, HART e HONORÉ, *Causation...* cit., p. 172 e ss.

Para uma caracterização do fenómeno, uma vez mais, MOORE, *ult. op. cit.*, p. 831 e ss.: 1) limitação temporal, impondo-se que o evento medeie a conduta do lesado e o dano (cf. P. 832), excluindo-se, por isso, os eventos que precedam a actuação do lesado, o que pode gerar controvérsia em face daqueles que sustentam ser a previsibilidade uma componente essencial do ajuizamento da causalidade, sem que tal cause embaraço ao autor, já que sustenta que ela nada tem a ver com a intermediação de causa; 2) exclusão dos eventos intermédios que tenham sido causados pelo comportamento do lesante (cf. p. 834), devendo a independência de que fala o autor, segundo o seu testemunho, ser compreendida de forma cautelosa, e, nessa medida, afastada da visão a que podíamos ser conduzidos pelo *but-for test* [quanto ao ponto, veja-se, igualmente, com uma posição não concordante, HART e HONORÉ, *Causation...* cit., p. 144-145 e ss. e CHARLES CARPENTER, “Workable rules for determining proximate cause”, *California Law Review*, 20, 1932, p. 229 e ss., aqui p. 526-539, lançando mão da ideia de previsibilidade, e “Proximate cause”, *California Law Review*, nº14, 1940, p. 1, 115, 416; nº15, 1941, p. 187, 304, 427; nº16, 1943, p. 1, 61, 275]; 3) recondução do evento a um dos três tipos susceptíveis de interromper onexo causal (cf. p. 839, a partir de onde MOORE os identifica e caracteriza: α) acções humanas voluntárias, questionando-se se a voluntariedade a que se alude há-de ou não ser interpretada no sentido da intencionalidade danosa [uma vez mais, também, HART e HONORÉ, *Causation...* cit., p. 138]); β) eventos naturais anormais – cf. p. 844 e ss.; γ) *preemptive causes* – cf. p. 846 e ss.; 4) problematização a envolver a exigência ou não da não previsibilidade da causa interveniente pelo lesante (cf. p. 487), pelo autor cunhada como *absence of culpability condition*. Quanto a ela, e porque aduz que o problema deve ser enfrentado em termos de metafísica da causalidade, sustenta uma resposta negativa, isto é, explicitamente esclarece que, no contexto de pressuposição de que parte, não é possível contaminar o critério em debate com a nota da culpabilidade.

Cf., ainda, acerca do último ponto, a questão de saber se a causa interruptiva deve ser imprevisível pelo lesante. Assim, dando uma resposta negativa, HART e HONORÉ, *Causation...* cit., p. 280, sobretudo tendo em atenção as situações em que o comportamento do terceiro que interrompe, segundo a doutrina tradicional, o nexo de causalidade é intencional e aquelas em que, não tendo o lesante previsto o evento mediador do percurso causal, o devia ter feito, especialmente porque o dever que violou intentava evitar situações como as que ocorreram. Olhando para estas situações, *v.g.* aquelas em que a pessoa deixa a chave no carro fazendo com que este seja furtado por um terceiro que com ele causa um dano a outrem, do ponto de vista da omissão e negando que se deva aqui questionar a relevância da causa interruptiva, porque a responsabilidade por omissões não tem natureza causal, cf. MOORE, “The Metaphysics...”, ... cit., p. 851 [a este propósito, cf., também, THIMOTHY DYLAN REEVES, “Tort liability for manufacturers of violent video games: a situation discussion of the caution calamity”, *Alabama Law Review*, vol. 60, 2009, p. 541, considerando o problema da conduta criminosa de um terceiro e sublinhando que, tradicionalmente, ela interromperia o nexo de causalidade, embora, actualmente, com a passagem de uma era mais individualista para uma fase em que a *tort law* reflecte mais extensivamente as noções de responsabilidade pela conduta dos outros, haja casos em que a *criminal misconduct* seja, por ser suficientemente previsível, susceptível de ancorar a responsabilidade do primeiro lesante].

Sob a epígrafe *superseding-cause limitation*, e no quadro da análise das limitações à extensão da responsabilidade, cf. WRIGHT, “The grounds and extent of legal responsibility...”, ... cit., p. 33 e ss. Trata-se de uma causa real da lesão que a) intervém entre a conduta do lesante e a lesão; b) foi causa necessária da lesão; c) foi inesperada, sem que a enunciação dos pressupostos de relevância dela consigam encobrir os problemas que se suscitam a este propósito. Integram esta limitação apenas os eventos que temporalmente se situam entre a conduta e o dano, com exclusão das condições pré-existentes, ainda que desconhecidas ou imprevisíveis? Adianta o autor que o *Restatement Second* (§ 441) introduz uma regra enigmática a este propósito: “não é necessário que a causa superveniente seja posta em marcha depois de a conduta negligente ter tido lugar; uma força colocada em movimento num momento prévio é causa interveniente se opera depois de o agente ter perdido o controlo da situação e o agente não conhecia nem podia conhecer a sua existência ao tempo da conduta negligente”. No que ao carácter inesperado ou extraordinário da causa respeita, WRIGHT considera que se deve estabelecer uma dicotomia entre as causas intervenientes independentes e as causas intervenientes dependentes. As últimas operam como resposta ou reacção ao estímulo criado pela situação pela qual o agente é responsável; as primeiras operam sem que exista tal estímulo (cf. p. 36). Acrescenta, porém, que a racionalidade não se aplica a todas as causas intervenientes dependentes, mas só às que são *ameliorative* na sua natureza, ou seja, as que se podem captar enquanto tentativas de evitar ou mitigar o impacto da situação de risco criada pelo lesante, deixando-se de lado as que se traduzem em tentativas de a explorar, agravando os seus efeitos e bem assim às causas intervenientes dependentes que são neutras. Donde, a distinção não devia

Uma solução que poderá, porém, não colher o beneplácito da adequação normativa e da conformidade material quando se venha a constatar que a lesão primeiramente perpetrada aumentou exponencialmente a debilidade da vítima, que, fragilizada, se tornou mais susceptível à actuação patogénica^{2104 2105}.

passar pela bipolaridade *depending and independing intervening causes*, mas entre *ameliorative dependent and non ameliorative, dependent and independent, intervening causes* (cf. p. 38).

Mais se diga que o julgamento acerca do carácter extraordinário da causa superveniente é, segundo o testemunho do autor, feito depois do evento ocorrer, recorrendo a todos os conhecimentos disponíveis acerca do que aconteceu, onde se incluem os dados que, podendo ser desconhecidos do agente no momento da prática do facto, se tornam depois evidentes. Quer isto dizer que o agente podia não conhecer ou esperar que o evento interveniente viesse a ocorrer e o tribunal vir considerar que nada de extraordinário a caracteriza. Trata-se, também de acordo com os ensinamentos de WRIGHT, de um *step-by-step approach*, que leva à reconstituição de uma sequência de eventos, diferente do chamado *foresight approach* (cf. p. 38 e ss. No que à distinção concerne, WRIGHT esclarece que, no quadro do *Restatement Second on torts*, o *hindsight approach* é utilizado para analisar o carácter expectável ou não da intervenção, ficando o *foresight test* reservado para as hipóteses em que ela é uma conduta dolosa que procura explorar a situação criada pelo lesante, e que (cf. p. 42) a negligência, sendo normal, é normalmente previsível ou pelo menos não inesperada, nunca sendo tratada como uma causa superveniente). Uma última nota para referir que a *superseding-cause limitation* se aplica a todos os casos de responsabilidade civil, mesmo aos delitos intencionais, com excepção daqueles em que o ilícito implica o domínio da propriedade ou pessoa do lesado, transformando-se, com isso, o lesante num garante daquele (exemplo: A furta o automóvel de B para participar numa corrida; se C danificar o automóvel, o primeiro é responsável por todos os danos, independentemente de ser ou não inesperada a actuação do terceiro).

²¹⁰² Sobre a interrupção do nexo de causalidade, *vide infra* o que se dirá sobre o problema. Sublinhe-se, por agora que, não obstante a chamada à colação do testemunho dos autores citados nas notas anteriores, nos mostraremos bastantes críticos da perspectiva interruptiva causal.

²¹⁰³ Cf., a este propósito, e pese embora a argumentação propenda aí para a consideração dos danos subsequentes, e portanto para o preenchimento da causalidade, a decisão do *Bundesgerichtshof* de 7 de Junho de 1968 (*in Digest...* cit., p. 593 e ss.), cujo apontamento primacial transcreveremos. Ocorre um acidente de viação pelo qual o lesante foi responsável. Na sequência dele, o lesado foi submetido a um exame clínico, tendo-lhe sido diagnosticada uma doença cerebral que, não tendo qualquer relação com o acidente, o fez reformar-se prematuramente. O acidente foi condição sem a qual a reforma antecipada não teria ocorrido (e portanto condição sem a qual não teria ocorrido a perda de lucros). A adequação também se verifica no caso (não é, de acordo com a experiência, estranho que uma lesão na cabeça, como a que sofreu o lesado, conduza a um exame médico e a um diagnóstico prematuro de uma doença latente que leva à reforma antecipada). No entanto, o teste da adequação nem sempre se mostra apto a resolver o problema de uma justa limitação da responsabilidade. Antes deve ser questionado em que medida o resultado do comportamento do lesante se situa entre o escopo da norma que foi violada. O § 823 I BGB pretende proteger a pessoa contra perigos que resultem da violação da saúde ou integridade física. Ora, esse âmbito de protecção não é desenhado contra a descoberta de doenças. O acidente não conduziu à materialização do risco que a lei intentava prevenir, fazendo a doença parte do risco geral da vida.

A este propósito, cf., ainda, CRISTINA CORGAS-BERNARD, “La pluralité de responsables en droit français et dans d’autres ordres juridiques nationaux”, www.grerca.univ-rennes1.fr/digitalAssets/267/267956_ccorgas.pdf, p. 3 (considerando as hipóteses em que um dano é agravado por um segundo evento, como por exemplo os casos em que ocorre uma lesão na sequência de uma hospitalização que ocorre por causa de um acidente rodoviário, e afirmando que a jurisprudência não estabelece qualquer hierarquização, não se detendo na contemplação da gravidade das culpas ou da importância da contribuição causal); e, novamente, KRAMER, “Schutzgesetze...”, ... cit., p. 343 e ss.

²¹⁰⁴ Cf. a este propósito HANS STOLL, *Haftungsfolgen im bürgerlichen Recht...* cit., p. 408 e ss. A ideia, já por nós enunciada anteriormente, é inovadora e remete-nos para a imputação de tais lesões subsequentes segundo critérios paralelos aos que solucionam o problema das despesas que o lesado levou a cabo após o primeiro dano experimentado. Para o autor, dever-se-á defender uma imputação paralela das lesões subsequentes e das despesas com o dano, segundo um escopo preventivo (cf. p. 411). A questão relevante é, e acompanhando de muito perto as suas palavras, a de saber que específicos riscos devem ser suportados pelo lesante e pelo lesado. Designadamente, questiona STOLL se “será o lesado responsável

Repare-se que não buscamos a identificação da causa real do dano. Do que se trata, longe disso, é de determinar o efeito irradiador do risco gerado ou incrementado, procurando a anunciada conexão funcional sem a qual não é possível estabelecer o nexo de imputação objectiva e, conseqüentemente, desvelar-se a própria ilicitude. Se para isso se colhem dados fenoménicos atestados pelas correspondentes perícias que possam ser requeridas, nem por isso ficamos presos a esse patamar fáctico, tanto mais que, ainda que a debilidade seja atestada, jamais conseguiremos reconstituir a sucessão de acontecimentos ao ponto de individualizarmos a causa efectiva²¹⁰⁶.

Com o que somos de imediato remetidos para um novo confronto, em que o lugar outrora ocupado pelo risco genérico é deixado vago para ser preenchido pela *esfera de risco assumida pelo próprio lesado*^{2107 2108 2109 2110}.

(faz parte da sua esfera de riscos que irradia a partir da primeira lesão) pelos danos materialmente causados pelas medidas necessárias e apropriadas ao restabelecimento do lesado?”, para defender que “a resposta há-de encontrar-se na valoração directa: saber se o lesado ficou ou não exposto ao risco incrementado pela causa do dano, tendo em conta a finalidade de obstaculização deste)”.

²¹⁰⁵ Cf., a este ensejo, embora com uma fundamentação díspar da que protagonizamos, a decisão da *Cour de Cassation*, 14 Junho de 1990, in *Digest...* cit., p. 599: como resultado de um acidente de trânsito, A fica lesado e, quando é transportado de ambulância para o hospital, há um acidente, resultando daí a sua morte. A *Cour de Cassation* considerou que as hipóteses de sobrevivência depois da primeira lesão eram precárias e o condutor da ambulância veio aduzir que a situação do doente condicionou o resultado mortal. No entanto, a *Cour D'Appel* sustentou que sobre o condutor da ambulância deveria recair a totalidade da indemnização e a *Cour de Cassation* aceitou tal entendimento, que não é perflhado pelos comentadores do aresto (O. MONÉTEAU/ C. PELLERIN-RUGLIANO/J.REY), para os quais o primeiro lesante também deve ser tido como responsável.

Como se percebe, pela simples consideração da adequação não é possível chegar-se a uma conclusão segura em termos imputacionais.

Veja-se, ainda, *Tribunal Mantova*, 10 marzo 2004: “l'errore medico interrompe il nesso di causalità con il precedente sinistro stradale”, www.personaedanno.it/cms/data/articoli/001277.aspx.

²¹⁰⁶ Não há, portanto, contra o que poderia ser sugerido por uma leitura superficial das nossas palavras, coincidência entre o que aqui fica plasmado e a tripartição, operada no seio de um pensamento de índole naturalista, entre *causa eficiente*, *condição* e *ocasião*. Na verdade, enquanto ali o discurso surge imbuído por notas de valoração ético-axiológica, aqui – na perspectiva por nós rejeitada – o radical argumentativo está, ainda, aperceptivamente eivado pelas notas do determinismo que contestamos.

Referindo-se à triologia erigida em critério guia, numa perspectiva histórica de compreensão, também à luz da causalidade, das mudanças experimentadas ao nível da responsabilidade civil, cf. ALFONSO DE COSSIO, “La causalidad en la responsabilidad civil: estudio del derecho español”, *Anuario de Derecho Civil*, tomo XIX, Fasc. III, 1966, p. 531.

²¹⁰⁷ Cf. DEUTSCH, *Allgemeines Haftungsrecht...* cit., p. 383, considerando que a vulnerabilidade de uma pessoa (*Verletzbarkeit der Person*) identifica a *Lebensrisiko*. Para o autor, qualquer pessoa possui uma esfera no âmbito da qual lhe incumbe proteger os seus próprios bens – cf. p. 384.

²¹⁰⁸ Cf. KOZIOL, *Österreichisches Haftpflichtrecht...* cit., p. 148 e ss. O autor sustenta a consideração compreensiva do peso dos interesses, tomando-se em linha de conta não só o comportamento do lesante, como também a actuação do lesado.

²¹⁰⁹ A propósito dos eventos/circunstâncias que se situam na esfera de risco da vítima, cf. a decisão da *Corte di Cassazione* de 1 de Fevereiro de 1991, nº981, in *Digest...* cit., p. 514, com comentário de M. GRAZIADEI e D. MIGLIASSO. Pensemos num exemplo análogo: A construção de uma estrada impede a drenagem das águas. Durante um período de chuvas, a água infiltrou-se causando perturbações no terreno contíguo que afecta uma habitação. O proprietário demanda a autoridade pública responsável pela estrada e o Tribunal condena ao pagamento de 50% dos danos, observando que estes ocorreram por factores

Sob o mesmo pano de fundo são, então, equacionadas múltiplas variantes.

Iniciando por aquela que apresenta uma estrutura mais próxima das ideias plasmadas, consideremos a hipótese – também comumente apresentada como um exemplo de escola – em que A insulta B, vindo este a morrer com um ataque cardíaco, para o que muito contribuiu o seu estado de saúde fragilizado^{2111 2112}.

naturais (geológicos, morfológicos, hidrológicos e meteorológicos). O lesado recorreu e o Tribunal de Recurso veio considerar que as condições naturais não são suficientes para provocar a lesão.

Cf., ainda, a decisão da 2^{ème} Chambre civile de 28 de Fevereiro de 1996, comentada por GENEVIÈVE VINEY, “Responsabilité civile”, ...cit., p. 490, lidando com o caso de uma pessoa cujo estado psicológico é deficiente, mas que, no momento do acidente, tinha superado as suas dificuldades, exercendo regularmente uma actividade profissional e tendo uma vida normal. O acidente agrava o estado anterior e gera uma incapacidade da vítima para trabalhar, tendo-se fixado a causalidade do acidente em 50%.

²¹¹⁰ A este ensejo, cf. DIETER SCHWAB, “Die deliktische Haftung bei widerrechtlichem Verweilen des Verletzten im Gefahrenbereich”, *Juristenzeitung*, 22, Heft 1, 1967, p. 13 e ss.

²¹¹¹ Lida-se aqui, uma vez mais, com o problema da predisposição constitucional da vítima. Muitos destes casos são tratados pelos autores no quadro da causalidade múltipla, e, designadamente, da causalidade hipotética. V., nesse sentido, ZIMMERMANN/J. KLEINSCHMIDT, “Sucessive events, including events within the victim’s sphere”, *Digest...* cit., p. 508. Adiantam os autores que neste caso a *reserve Ursache* deve releva, porque a causa hipotética já estava presente como uma predisposição, pelo que só até ao momento em que a causa de reserva se torna efectiva é que o lesante vai responder. Mas há que ponderar o problema tendo em atenção o tipo de dano com que nos confrontamos. Assim, a) no caso de um dano à propriedade, a existência da predisposição já diminui, por si só, o valor do dano); b) no caso de lesão da integridade física, não sendo possível considerar a redução do valor, há que cindir a lesão daquela e o dano a bens jurídicos que podem ser avaliados patrimonialmente, como é o caso das despesas com tratamentos médicos. Sublinhe-se o diferente enfoque com que o problema é aqui abordado, a apontar no sentido da problematização da causalidade preenchedora da responsabilidade.

Sobre o ponto, veja-se, ainda, uma vez mais o que ficou inscrito *supra* a este propósito.

Cf., igualmente, PANTALÉON, “Causalidad e imputación...”, ... cit., p. 1572, considerando que a produção de um dano a que a vítima está especialmente exposta ou é anormalmente propensa não pode ser entendida como a realização de um risco geral da vida, não se excluindo a imputação, a não ser que o comportamento do lesante não seja muito diferente de outros que ocorrem frequentemente na vida quotidiana; MARTÍN GARCIA-RIPOLL MONTIJANO, *Imputación objetiva...*cit., p. 179, alertando para o perigo que comporta a defesa da relevância da debilidade da vítima, porque aí teriam direito a uma menor indemnização as crianças, as pessoas mais velhas e os doentes, ao mesmo tempo que se imporia ao jurista decidente a comparação entre obesos e magros, entre os que padecem de lesões cardíacas e os são, etc. Note-se que MONTIJANO recusa a analogia com as situações de concorrência de culpas do lesado e parece orientar-se argumentativamente no sentido da determinação do montante indemnizatório. Não deixa, contudo, de referir que “em algumas situações, o estado de debilidade pode resultar de um comportamento da vítima (ex. embriaguez)”, podendo nestes casos pensar-se numa diminuição da indemnização em atenção ao estado aceite pela vítima e que, em determinados casos limite, deve ser relevada a constituição físico-psíquica da vítima, na medida em que não podemos tornar o lesante responsável senão até onde chegue a ilicitude da sua conduta, sendo, então, vital o critério da previsibilidade (cf. p. 180), e adianta que “pode suceder que a própria valoração do que é ou não ilícito fique dependente do conhecimento que se tenha acerca das circunstâncias da vítima” (cf. p. 182).

V., também, MARKESINIS, *The German Law of Obligations*, vol. II... cit., p. 601 e ss.; HERMANN LANGE e GOTTFRIED SCHIEMANN, *Handbuch...* cit., p. 128 e ss. (dos autores, veja-se também p. 131, lidando com a questão da predisposição constitucional de uma coisa); RANIERO BORDON, *Il nesso di causalità...* cit., p. 156 e ss. (considerando as patologias endógenas no quadro dos factos naturais aptos a interferir na determinação do curso causal, BORDON afirma que a *Cassazione* tem sido peremptória a negar a possibilidade de reduzir proporcionalmente a responsabilidade por influência de factores ambientais, negando que se possa estabelecer uma comparação do grau de incidência etiológica entre uma causa humana imputável e uma concausa natural não imputável, enquanto que a doutrina tem proposto a redução proporcional nos termos do artigo 2055º/2 CC); L. GAUDINO, “Brevi appunti in tema di suicidio post-traumatico”, *Danno e responsabilità*, nº11, 1999, p. 1076 a 1087, em especial p. 1087, defendendo que a solução para o problema não pode centrar-se nas idiosincrasias psico-físicas do lesado, devendo

valorar-se de maneira diversa o risco a que se expôs culposamente a vítima. Assim, se a vítima, no momento da prática do ilícito, exercia a sua normal actividade, não há razões para se considerar responsável pelas consequências do próprio facto; diferente será a valoração naqueloutra hipótese em que o lesado, consciente da sua condição, se dedica a uma actividade que aumenta significativamente o risco; JOSEPH KING JR., “Causation, valuation and chance in personal injury torts involving preexisting conditions and future consequences”, *Yale Law Journal*, nº90, 1981, p. 1353 e ss.

Cf., também, TILL RISTOW, *Die psychische Kausalität...* cit., p. 135, considerando que, quando o *Zweitverursachen* (o segundo agente na hipótese de causalidade psicológica) é um menor, são maiores as exigências em relação às medidas de segurança que devem ser adoptadas; e, com referência à *Common Law* e o critério do *eggshell or thin skull rule*, rememore-se CHRISTIAN VON BAR, *The Common European Law ...* cit., p. 466 e ss. VON BAR explicita a regra, sublinhando que o lesante é responsável pela totalidade da lesão pessoal da vítima, mesmo que não soubesse da predisposição da vítima para o dano sofrido. Há, no entanto, excepções, como por exemplo no caso de acções normalmente consideradas insignificantes conduzirem a consequências muito sérias (cf. p. 467); RIPSTEIN, *Equality, Responsibility and the Law...* cit., p. 111-112. O autor distingue o *plaintiff who have eggshell skulls* (estão sujeitos a sofrer mais extensivamente certo tipo de danos do que outras pessoas) daqueles *who have proclivities to unusual types of injury* (como por exemplo uma pessoa que sofre de dores de cabeça porque o vizinho canta enquanto toma banho). Analisando a questão do ponto de vista do conceito de razoabilidade, central no pensamento do autor, RIPSTEIN considera que, se o agente actuar não razoavelmente, o lesante deve suportar o custo de a vítima ter um *eggshell skull*; ao invés, se se impuser um risco que seria razoável não fosse a particular susceptibilidade da vítima, o risco não se torna por isso desrazoável e não gera uma obrigação de indemnização; TRIMARCHI, *Causalità...* cit., p. 89 e ss., ponderando o caso em que A provoca um leve corte na mão de B e este morre, em virtude de uma infecção que a partir dali alastrou a todo o organismo, e considerando que, sendo a morte o resultado de um risco criado pelo acto ilícito e o evento *conditio sine qua non* do aspecto ilícito da conduta, há que introduzir um terceiro critério limitativo da responsabilidade, que possa fazer face a todos os casos de excepcional agravamento da lesão inicial, onde o dano é resultado de um risco inseparável daquele que torna ilícita a conduta. Assim, “a responsabilidade não se estende aos eventos que ocorram pelo concurso ou intervenção de concausas excepcionais, que determinem uma gravidade desproporcionada à gravidade do acto ilícito”, adiantando-se que existe tal desproporção quando “o tipo de evento que se verifica é mais grave do que o evento que um acto ilícito do tipo considerado possa ocasionar, sem o concurso de circunstâncias extraordinárias” – cf. p. 100; KARL OFTINGER, *Schweizerisches Haftpflichtrecht*, Band I, *Allgemeiner Teil*, 4. Auflage, Zürich, 1975, p. 102 e ss. (considerando que a predisposição do lesado é uma causa concorrente, não olhando, portanto, para o problema à luz da questão da interrupção do nexo de causalidade); OLIVER BERG, “La causalité en droit allemand”, www.grerca.univ-rennes1.fr/digitalAssets/267/267951_obergallemand.pdf (considerando que a predisposição constitucional da vítima conduz, normalmente, à negação do nexo de causalidade, sobretudo se for uma predisposição rara, mas adiantando que a jurisprudência tem manifestado um entendimento contrário, na medida em que quem lesa uma vítima demasiado frágil não pode pretender ser tratado como se o lesado tivesse uma saúde normal); OLIVIA SABARD, “Les causes d’exonération en droit français et dans d’autres ordres juridiques nationaux”, ... cit., p. 10 (considerando que, em princípio, a predisposição da vítima não tem qualquer impacto na redução da indemnização, mas explicitando que se tem em conta o papel causal da predisposição da vítima no resultado danoso quando o acidente não fez mais do que agravar o estado anterior determinado e exteriorizado); PIERRE WIDMER, “Causes d’exonération...”, ... cit., p. 21 (considerando que a questão da predisposição constitucional do lesado pode colocar-se sob duas lupas: a) pode ser entendida do prisma do cálculo do dano, e, aí, convocada que seja a teoria da diferença, a predisposição pode ser considerada como um facto que entra na esfera de risco da vítima, pelo que o dano correspondente a essa idiosincrasia não é indemnizável; b) pode ser visto como um elemento causal que configura um peculiar caso de causalidade ultrapassante, e, de acordo com esta perspectiva, chega-se à conclusão que, se a predisposição se manifesta na ocasião do evento danoso, o nexo causal é interrompido ou absorvido por esta circunstância que se situa na esfera de risco do lesado).

A este propósito, convoquem-se os ensinamentos de GENEVIÈVE VINEY/PATRICE JOURDAIN, *Traité:Les conditions...* cit., p. 189, distinguindo a causalidade adequada da *causalité suffisante* e explicitando que a última separa os efeitos normais e excepcionais, proporcionais e desproporcionais do evento, só os primeiros sendo considerados directos, ou seja, só os primeiros sendo indemnizáveis à luz do sistema jurídico francês, que coloca como condição do ressarcimento o carácter imediato e directo do dano – cf. artigo 1151° CC francês, unanimamente tido como aplicável à responsabilidade aquiliana, não obstante a inserção no contexto contratual. Alerta-se, porém, que esta nota não equivale à adesão a uma qualquer

Em regra, não pode A ser responsabilizado pelo dano sofrido por B. No quadro tradicional, dir-se-ia que não é normal e adequado (provável) que de uma ofensa à honra possa resultar um atentado à vida. Excluindo-se o nexo de causalidade, excluir-se-ia a responsabilidade, só se invertendo a solução se e na medida em que, conhecendo A o *handicap* coronário de B, se tornasse previsível e, como tal, provável à luz do índice cognitivo de que se parte, aquele resultado.

Não desmerecemos a resposta, sem que isso implique o beneplácito do *iter* argumentativo escorrido até ela. Efectivamente, procura-se um critério objectivo e geral colimado numa ideia probabilística que, longe de poder ser, se quiser aceder ao estatuto de juridicidade, convertido em regra estatística, abre as portas a índices de subjectivação. Se com isto se percebe o carácter claramente imputacional da indagação, resta, porém, a dúvida que nos leva a questionar por que razão não se assume

ideia de causalidade suficiente que dista, pela intencionalidade com que vai pensada e pela relação que mantém com a ideia de necessidade, do modelo imputacional por nós forjado.

²¹¹² Realçando as dificuldades a que se chega quando se tenta lidar com o problema das predisposições constitucionais da vítima no quadro da causalidade adequada, cf. FLORENCE G'SELL-MACREZ, *Recherches...* cit., p. 126. Segundo a autora, “os dois termos da relação causal devem poder corresponder a eventos-tipo, objectos de uma relação causal geral. Estabelece-se uma relação entre categorias abstractas”, sendo essa generalização um dos aspectos mais delicados da doutrina da causalidade adequada, porque “é difícil determinar o nível de generalização requerido para examinar o efeito e as suas causas”. Exemplificando, G'SELL-MACREZ diz-nos que há casos particularmente difíceis como aqueles que envolvem situações de predisposição da vítima. Cf., ainda, p. 522 e ss., onde se questiona se só os factos causais *fautifs* exoneram a responsabilidade do lesante. Interessa chamar a atenção para alguns dos pontos sublinhados pela autora. Assim, diz-nos que se há-de estabelecer um nexo de causalidade, tendo de ser *conditio sine qua non* do dano. Simplesmente, “entendida de forma ampla, esta condição está sempre preenchida”, só desaparecendo a objecção “quando adoptamos um critério de causalidade contrafactual” [tomando de empréstimo o exemplo da autora: A, passageiro do Titanic, não é responsável por estar no barco quando ele se afundou. Mas se tivesse entrado no barco sem bilhete? Aqui, o seu comportamento seria *conditio sine qua non* do dano. Não cremos que este seja o melhor enfoque para o problema. Na verdade, estamos longe de, na ponderação judicativa da situação *sub iudice*, podermos resolver o problema com apelo a uma mera lógica contrafactual, antes se fazendo intervir pontos de vista normativos a que, ao longo do nosso percurso dialógico, fomos fazendo referência]. Acresce que, se se exigir a *faute* da vítima, “a situação pré-existente do dano, designadamente as predisposições patológicas, não podem reduzir a reparação. Embora elas sejam sempre causais, a causalidade que nós reconhecemos na responsabilidade é eficiente, pelo que não o serão. Mas podemos tentar encontrar uma posição mais moderada: recorreremos à causalidade adequada. Temos de comparar o aumento de probabilidades geradas por cada factor (probabilidade do dano na presença e na ausência daquele factor)”.

No quadro do ordenamento jurídico francês, cf., também, CHRISTOPHE QUÉZEL-AMBRUNAZ, *Essai sur la causalité...* cit., p. 328, cujo tratamento se enquadra no âmbito da causalidade colateral (isto é, o autor propõe que a existência das predisposições constitucionais do lesado sejam tidas em conta; segundo os princípios de uma quantificação causal, tendo em consideração que a defeituosidade da predisposição da vítima se pode manifestar pelo facto do lesante); J. NGUYEN THANH NHA, “L'influence des prédispositions de la victime sur l'obligation à réparation du défendeur à l'action en responsabilité”, *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 1976, p. 1 e ss.

Cf., ainda, artigo 1379-2 do Anteprojecto francês de reforma do direito das obrigações – Projecto Catala: *o dano corporal deve ser apreciado sem que se tenham em conta eventuais predisposições da vítima desde que elas não fossem já consequências prejudiciais no momento em que se produz o facto danoso.*

Cf., também, artigo 4:101 al 2) *Draft Common Frame of Reference*, que considera que a predisposição da vítima não deve ser tida em conta.

expressamente a impositão, obstando-se com isso a uma tendencial formalização do discurso do decidente. Pois que, ou o jurista fica preso ao arrimo doutrinal cristalizado e considera que A deve ser responsabilizado sempre que conhecesse a deficiência de B, ou fica, na procura da solução materialmente mais justa, sem o sustentáculo de apoio que garanta, do mesmo passo, a adequação normativa. Até porque, bem vistas as coisas, os autores acabam por, na consideração da obrigação de indemnizar que impende sobre o pretense lesante no caso de conhecimento da situação da vítima, abrir as portas à subjectivação, afastando-se de um estrito causalismo, e com isso ancorar o juízo numa questão de exigibilidade. Não é, de facto, aquele dado acrescido que determina uma causa diversa. Pelo que cremos estar mais perto da verdadeira essência do problema se para ele olharmos do ponto de vista da irradiação de esferas de responsabilidade.

Atentemos, pois, na nossa perspectiva. Ao ofender B, o agente dá origem a uma esfera de responsabilidade, já que intensifica a intersubjectividade que o predica como pessoa. Ora, o primeiro passo a cumprir prende-se com a circunscrição dos contornos externos desse perímetro. Para o que, sem dúvida, importará a tomada em consideração da cognoscibilidade do risco, a implicar a previsibilidade do dano, dado ser essa a via que justifica a atenção que o sujeito deve dispensar ao outro. Note-se que a previsibilidade de que aqui se fala, longe de se traduzir em frequência estatística, deve ser olhada sob o signo da possibilidade. Uma possibilidade que aflora quando o agente passa a ser detentor de informação adicional sobre as características constitutivas da vítima. Tal constitui um *plus* que funda o efeito irradiador de responsabilidade polarizado na sua conduta²¹¹³. Não, basta, porém, como bem sabemos, tal constatação. Como não bastava aos olhos da causalidade adequada, sendo esse o erro do seu encerramento dogmático, para que se pudesse concluir da obrigação de ressarcir o dano. Ainda que se possa dizer “é normal e provável que um doente cardíaco crónico,

²¹¹³ Cf. ARTHUR RIPSTEIN, *Equality, Responsibility and the Law...* cit., p. 105, considerando, no quadro explicativo por si modelado, que a previsibilidade não é requerida por ser uma condição geral da actuação humana, mas porque está implícita na ideia de justa interacção.

O autor avança com duas justificações para a previsibilidade, entendida em termos objectivos: a) as pessoas apenas podem adequar o seu comportamento de acordo com um padrão de cuidado se e quando puderem pressupor os interesses alheios; b) a justa interacção supõe a publicidade, isto é, os agentes necessitam de saber quais são os seus direitos e os direitos dos outros.

Cf., ainda, p. 106, onde o autor explicita a limitação da responsabilidade às lesões previsíveis. As forças causais naturais transformam os riscos em lesões e os lesantes são responsáveis pelas consequências naturais do seu comportamento arriscado. Uma justa distribuição dos riscos impõe ao agente o ónus de ter em conta tais consequências normais. Assim, a previsibilidade é assumida de um ponto de vista de uma pessoa compreendida em termos normativos e vem balizada de acordo com a ideia de razoabilidade dos comportamentos subsequentes. Cf., porém, os exemplos oferecidos a páginas 130 e 131, v.g. o caso do proprietário do automóvel que deixa as chaves na porta, a propósito do qual RIPSTEIN entende que o “wrongful risk is thought to consist in the foreseeable bad behavior of others”.

sofrendo um abalo emocional profundo, morra”, nunca é demais sublinhar que o grau de probabilidade não é estático, mas dinâmico, e que, assim vistas as coisas, o que afinal vem dito pelos defensores de tal impostação é que o agente deve ser responsabilizado pelo não respeito demonstrado pela debilidade do lesado. A agravar-se se o seu comportamento for doloso, dado transformar-se aí na ofensa numa arma de que conscientemente se lança mão para perpetrar a lesão no direito à vida²¹¹⁴. A subjectivação do critério adquire uma meridiana clarividência, mas pouco mais nos transmite do que aquilo que a culpa teria permitido acautelar, se defendessemos que ela deveria, também, derramar-se sobre a lesão subsequente.

A insuficiência criteriológica torna-se, uma vez mais, estandarte, a secundar a complementaridade que temos assumido com este segundo nível de indagação dita causal. Há que determinar, em concreto, se existe ou não uma conexão funcional entre a morte e a ofensa à honra levada a cabo, para o que se há-de estabelecer o cotejo entre as anunciadas esferas.

É isso, aliás, que torna clara a justificação imputacional. Não é a mera previsibilidade do dano que está em jogo, mas, outrossim, o facto de o agente, animado pelo cuidado pelo outro, assumir positivamente, no exercício da sua liberdade, a responsabilidade de não pôr em causa e mesmo salvaguardar a sua vida²¹¹⁵. Embora sem o rigor que a categoria implica em outros ensejos, dir-se-á de forma insinuante que o agente fica investido, a partir do conhecimento a que se alude, numa posição de garante^{2116 2117}. Esta não apaga, contudo, a esfera pessoal de responsabilidade do

²¹¹⁴ Embora num contexto diverso e no quadro de tratamento da problemática no seio da *Common Law*, cf. W.V.H. ROGERS, *Winfiel and Jolowicz...cit.*, p. 227, considerando que a resposta que se deve dar sobre a *foreseeability* do dano varia consoante o comportamento do agente tenha sido doloso ou negligente. Para uma ponderação deste tópico problemático, v. *infra* outras referências.

²¹¹⁵ Contaminamos, pois, a indagação dita causal, e por nós assumida *ab initio* como imputacional, com a intencionalidade predicativa da juridicidade e, designadamente, o fundamento último de toda a responsabilidade, a entroncar na personalidade.

Neste sentido, cf. HANS STOLL, *Haftungsfolgen im bürgerlichen Recht... cit.*, p. 397. Afirma o autor que um evento danoso apenas pode ser imputado ao lesante se for causado de modo correspondente ao fundamento da responsabilidade. Sustenta mesmo que, tratando-se de uma responsabilidade subjectiva, a culpa do agente se tem de referir ao evento danoso, e, na hipótese de responsabilidade pelo risco, aquele tem de ser reconduzido ao abstracto perigo/risco (cf. p. 398), concluindo assertivamente que a imputação objectiva não fica exclusivamente dependente da causalidade, mas de critérios normativos outros, pelo que a ideia da adequação, que se queda numa probabilidade estatística de produção do resultado como critério geral de imputação, requer depois a consideração daquele fundamento com o qual se vão corrigir eventuais soluções causais a montante firmadas.

²¹¹⁶ Sobre o termo, cf. SINDE MONTEIRO, *Responsabilidade por conselhos...cit.*, p. 317, nota 505.

²¹¹⁷ Cf., a propósito da imputação de danos inadequados, HERMANN LANGE/GOTTFRIED SCHIEMANN, *Handbuch des Schuldrechts... cit.*, p. 96 e ss., considerando que “os argumentos inerentes à doutrina da adequação, segundo os quais a limitação da indemnização aos danos prováveis se justifica por uma ideia de controlabilidade da acção humana, não se aplicam se a pessoa responsável efectivamente quis uma

próprio *eu*. Ou seja, o lesado não abandona o respeito pelos bens da sua personalidade, *maxime* a vida, pelo que, se se colocar numa situação onde presumivelmente aquela possa ser beliscada, a desvaliosidade do seu comportamento não pode deixar de ser atendida. Pense-se no caso de o lesante conhecer a insuficiência orgânica do lesado que se coloca diante dele a discutir um tema fracturante, sendo insultado no calor da discussão. A esfera de auto-responsabilidade do lesado não pode deixar de ser tida em conta, atenuando o efeito refractário da liberdade positiva que predica o comportamento do lesante²¹¹⁸.

Com isto, são algumas as notas que assomam ao espírito do jurista.

Observa-se, de facto, com o que ficou dito, que estamos num movediço terreno de geometria variável, em que, inclusivamente, o imbricamento dos restantes pressupostos da responsabilidade civil não deixa incólume o nosso juízo, pese embora a importância de se salvaguardar a analítica conceptual a que desde sempre nos fomos habituando²¹¹⁹. Rememoremos o exemplo anterior: A agride B que tem de ser transportado para uma unidade hospitalar, para, aí, receber tratamento. No centro de

sequência causal extremamente improvável”. Falam-nos, assim, da finalidade da norma (p. 96 e 97). No âmbito do direito delitual, a obrigação de indemnização não tem um âmbito absolutamente adequado. De acordo com certa jurisprudência, algumas falhas constitucionais invulgares, que o observador óptimo não consegue prever, não obstam à responsabilidade. Aliás, a imputação também existe quando se insere no âmbito de protecção da norma o perigo de um conhecimento invulgar. Ou seja, concluem os autores que “é possível que as normas integrem na sua finalidade danos consequenciais inadequados”. Tempo, ainda, para acrescentar que, de acordo com a lição colhida nas páginas citadas, o critério da adequação também não deve ser aplicado nos delitos de perigo abstracto.

²¹¹⁸ Sobre o ponto, em sentido próximo, cf. ARTHUR RIPSTEIN, *Equality, Responsibility and the Law...* cit., p. 103. Cf., ainda, p. 111 e ss. Retomamos, assim, a distinção firmada pelo autor e já por nós evidenciada *supra* entre os *plaintiffs who have eggshell skulls* (estão sujeitos a sofrer mais extensivamente certo tipo de danos que as outras pessoas) *from those who have proclivities to unusual types of injury*.

Dito de outro modo, se o agente actua de forma desrazoável, é-lhe imputável o facto de a vítima ter um *eggshell skull*; ao invés, se se impõe um risco noutra pessoa que seria razoável na ausência das idiossincrasias da vítima, o risco não se torna desrazoável por isso.

Note-se que RIPSTEIN cautelosamente separa a razoabilidade da culpabilidade, fazendo intervir a primeira inclusivamente ao nível da responsabilidade objectiva. Refira-se também que um referente cognitivo intervém na consideração do critério. Como RIPSTEIN reconhece, o dever de cuidado é sempre o mesmo, mas em face das especiais qualidades da vítima pode haver necessidade de o adaptar às circunstâncias. Nessa medida, a informação que a vítima forneça sobre si ao potencial lesante pode funcionar como um elemento adicional para a concretização dos contornos de tal dever de agir razoavelmente. Veja-se, por exemplo, o caso da utilização de coletes reflectores: o peão não está a incrementar o dever de cuidado dos condutores, mas a oferecer informação adicional para cumprirem o seu dever de acordo com as especificidades da situação. Não obstante, RIPSTEIN transmite a ideia de que se a informação prestada disser respeito a um comportamento não razoável por parte da vítima não se alteram os dados circunstanciais de determinação do dever de cuidado (exemplo: se A colocar um cartaz onde afirma que se vai atirar para a frente dos carros, de surpresa, nem por isso os automobilistas devem ser onerados por esse maior cognição da realidade), donde se pode atrever que, em causa, não está uma ideia de adequação ou probabilidade do surgimento do dano, decorrente de uma determinada conduta e atento o grau de cognição do agente, mas um cotejo de esferas de risco e responsabilidade.

²¹¹⁹ Cf. artigo 3:201 dos PETL, al. c) e al. b).

saúde, contrai uma bactéria mortal. Há dolo de A, que pretende, de facto, com a agressão a sua morte. Contudo, pode, em concreto, excluir-se a imputação objectiva, pelo jogo operado. Imagine-se, porém, que A, não tendo coragem para desferir o golpe mortal, e sabendo que a única urgência a que o lesado poderia recorrer comportava um risco elevadíssimo de infecção, actua nesse sentido. A intencionalidade do comportamento abrange, não só o evento lesivo, como o próprio curso causal. Sem que seja isso que acarreta uma diferente solução. Simplesmente, tal perigo integra a esfera de risco do lesante e paulatinamente passa a habitar a zona periférica extrema do círculo de risco geral da vida²¹²⁰.

²¹²⁰ Cf. CHRISTIAN VON BAR, *The Common European Law of Torts...* cit., p. 458. Embora inserindo-se no quadro da doutrina da adequação, VON BAR compara duas situações que poderão ser importantes na sedimentação do que expendemos em texto. Suponha-se que A causa um acidente de trânsito. Ele não é responsável pelo facto de um advogado não ter possibilidade de fazer um novo testamento a um cliente que estava a morrer, perdendo, com isso, os seus honorários. Mas se houver intenção de prejudicar o profissional, a responsabilidade será inegável. Em causa a ideia segundo a qual *vorsätzlich herbeigeführte Tatfolgen sind immer adäquat (intention to injure the plaintiff disposes of any question of remoteness)*. Cf., quanto ao ponto, MENEZES CORDEIRO, *Direito das Obrigações...* II, cit., p. 339 e ss.

Repare-se que não estamos a aderir inquestionavelmente à posição expendida por HART e HONORÉ (cf. *Causation in the law...* cit., p. 39 e ss.). Para os autores a voluntariedade e intencionalidade do comportamento do lesante (ou pretense lesante) seriam índices de valoração que, subsumindo-se a um dos dois critérios forjados para resolver o problema da causalidade, poderiam redundar numa resposta positiva à indagação causal que se faça. Assim, perante a preocupação de determinar, de entre as diversas condições da emergência do dano, qual a verdadeira causa, teremos de ver se a condição é ou não normal ou se houve ou não um comportamento humano voluntário. Ainda que a voluntariedade deva ser interpretada no sentido da intencionalidade, o dado não nos satisfaz. Como vimos anteriormente, pode haver dolo, sem que a causalidade (ou aquilo que tradicionalmente era captado sob esse prisma) se firme. Não se confundindo os critérios, o que fica inscrito em texto é que o incremento do desvalor de conduta não deixa incólume a amplitude a esfera de responsabilidade/risco que se abraça e com base na qual se há-de imputar objectivamente a responsabilidade.

Veja-se, também, JUDITH JARVIS THOMSON, “Causality and rights: some preliminaries”, *Chicago-Kent Law Review*, 63, 1987, p. 471 e ss. THOMSON assume como mote da sua investigação um problema concreto: A, B e C são estranhos. B estava sentado na paragem de autocarro, à espera do seu transporte e meditando nos seus assuntos. C andava em direcção àquela paragem, também a pensar consigo mesmo. A atirou uma pedra contra B, tendo sido determinado por uma má intenção. Ao fazê-lo, o projectil atingiu C e, fazendo ricochete, foi embater em B, provocou a perda do seu olho. O comportamento de A causou a perda do órgão visual de B, havendo violação do direito deste. E no que respeita a C? Conclui, preliminarmente, a autora que, sendo embora causa da lesão de A, o comportamento de C não pode ser entendido como violação do seu direito. Ou seja, e para usar a sua formulação abstracta, “X faz algo. Da sua conduta resulta um dano sofrido por Y. Causa um dano a Y. Mas nem por isso podemos dizer *a priori* que ele violou o direito de Y”. Questiona, porém, mais a autora, levando-nos a ponderar qual a solução correcta se C se tivesse dirigido à paragem, não auto-meditando, mas exactamente com intenção de, interceptando o objecto, provocar o efeito que se verificou. A páginas 480, esclarece que “o facto de A atirar o projectil provocou a perda do olho de B (...)”. E, relativamente à posição de C, “se caminhar em direcção à paragem causou o facto de C estar em P e T e C estar na posição P e T causou a perda do olho, então, transictivamente, o percurso de C em direcção à paragem causou a perda do olho de B”. Trata-se, não de um comportamento em si mesmo valorado, mas do que THOMSON identifica como *state of affairs*. Ora, segundo a autora, não há nenhuma razão para que este não seja tido em conta no perscrutar de uma causa. Ademais, acrescenta que não há nenhuma boa razão para excluir da causalidade a interposição física de C, embora evidencie que há uma má razão para se sustentar a inclusão (cf. p. 481). É que, ligando-se a ideia de causa à ideia de *necessary condition*, ficamos reféns de objecções múltiplas como a que identifica pelo *the counterfactual second agent objection*. Sobre o ponto, quando em ponderação estejam situações de sobredeterminação causal, real e virtual, veja-se *infra* o testemunho de

diversos autores. Entrando em diálogo com os conceitos de necessidade e suficiência, THOMSON critica a cisão entre condição e causa e entende que no caso em apreço o comportamento de C foi uma condição necessária para a perda do olho. Em simultâneo, aduz que a intenção com que C caminhou até à paragem é irrelevante para considerar em que medida causou ou não a lesão (cf. p. 485). Fiel às raízes filosóficas que constituem a sua base de formação, não encara o problema em termos pragmáticos, mas outrossim ontológicos, conforme esclarece *ab initio* (cf. p. 474). Tal pode justificar, a par da mobilização de um tipo de racionalidade específica, as soluções que oferece ao leitor. Sem que as mesmas possam ser verdadeiras para o plano jurídico. Aliás, em homenagem ao rigor, THOMSON esclarece que o facto de C ser visto como causa da lesão (à semelhança da própria vítima) não implica, *mutatis mutandi*, que o seu comportamento possa ser entendido como violação do direito de B. O percurso dialógico-argumentativo da autora permite-nos reforçar algumas ideias, a despeito da distância que nos separa das suas conclusões. Na verdade, e tal como ficou argumentado *supra*, a resolução do problema dito causal ao nível jurídico dificilmente se poderá orientar por noções importadas na sua pureza do mundo fisicista ou filosófico. Ao invés, a causalidade – por nós adequadamente tida por imputação objectiva – será informada *ab initio* pela intencionalidade predicativa da juridicidade. Muitos parecem resolver o vazio a que somos condenados por um pensamento de índole causalista com recurso à culpa. Contudo, não é o dolo de C que faz com que o resultado lhe seja imputável, tanto mais que só no cotejo da sua esfera de responsabilidade com a esfera de A estaremos aptos a proferir um juízo definitivo. Por outro lado, considerando que há causalidade *tout court* e relegando para a culpabilidade o refinamento do juízo, poderemos chegar à contraditória solução, só viável no plano lógico-analítico, de, havendo negligência de C, ele vir a ser responsabilizado, quando, segundo o nosso critério, só o agigantamento da esfera de responsabilidade potenciado pela intenção dolosa logra justificar tal resultado. Não é, porém, isto que THOMSON intenta alegar. Pelo contrário, é a pureza ontológica causal que prescrua.

Repare-se, novamente, na reflexão da autora. Contrariamente ao que sustentámos, sem que pretendamos miscigenar a culpa e a causalidade, THOMSON considera que a intencionalidade do comportamento do agente não pode ser valorado para efeitos de determinação da causalidade. Fá-lo por se orientar pela busca da metafísica da causalidade no plano ôntico, sem que, contudo, possamos reputar de concludentes os seus argumentos. E ancorando-se numa visão realista da causalidade, THOMSON procura apenas negar a identidade entre a violação de um direito a causação de um dano, exigindo como complemento a desvelação da culpa do autor. Cremos encontrar assim outro ponto de clivagem entre o que temos vindo a expender e a posição da autora. Na verdade, THOMSON mostra a falha de uma analítica delitual capaz de contemplar, embora de forma não atomística, os diversos pressupostos de emergência de uma pretensão indemnizatória procedente. Não logrando dicotomizar a culpa da violação de direitos, preocupa-se em distinguir esta da causalidade e assume a última como o ponto de partida da imputação, perfeitamente desnudada de um recorte axiológico, só recuperado a jusante com a adição da primeira. Que a culpa seja, em regra, imprescindível para a responsabilização de um agente, não o negamos. Simplesmente, porque da juridicidade se trata, não é a causalidade do mundo físico, seja ela o que for, que nos importa, antes devendo partir da consideração do comportamento ilícito. Ora, se o que queremos é reconduzir uma determinada violação de um direito – em que aquele se vem a traduzir, na sua polarização no resultado – ao comportamento de um sujeito, a causa a que tradicionalmente somos conduzidos só releva na medida em que garanta a concatenação exigível. Perde, por isso, sentido, aos nossos olhos o rigor semântico usado pela autora. Como perde sentido a discussão em torno da possibilidade de os objectos ou simples estados serem vistos como causas. A causa juridicamente relevante, como anotaremos, é sempre uma acção humana.

A chamada à colação do seu testemunho a este ensejo cumpre, porém, uma finalidade: mostrar em que medida a posição segundo a qual a intencionalidade do comportamento se pode repercutir na análise da imputação objectiva de que lançamos mão não é unânime, conhecendo forte contestação entre os autores. Para uma reflexão sobre o pensamento de THOMSON, cf. MICHAEL S. MOORE, “Thomson’s preliminaries about causation and rights”, *Chicago-Kent Law Review*, 63, 1987, p. 497-520 [refira-se que MOORE reflecte sobre a tese que THOMSON questiona por *moral strict responsibility thesis* – MSRT – e propõe-se analisar, sob a óptica da causalidade, a viabilidade ou não de um modelo responsabilizatório que prescindia da culpa como critério de imputação. Cremos que, a despeito do esforço intelectual desenvolvido, o esforço é inglório, porque o principal argumento para a insustentabilidade de uma tal proposta não é comunicado pela ontológica essência causal, mas outrossim pelas exigências de sentido que a pessoalidade, qual fundamento do sistema de direito, comunica ao jurista. Ou seja, tal como MOORE e THOMSON, rejeitamos o que o autor identifica pelo acrónimo MSRT, mas encontramos, por princípio, outros motivos justificativos para a nossa animosidade]. Também MOORE adere a uma posição realista em matéria de causalidade, buscando a intelecção da sua metafísica. E também MOORE concorda com a ideia de que a culpa não pode ser chamada a depor a este nível. Aliás, referindo-se embora à questão da

Avulta, portanto, uma nota de mutabilidade que, fazendo lembrar WILBURG²¹²¹, não nos pode passar despercebida, sem que, contudo, possamos agora deter-nos sobre esse ponto, a tratar, pois, remissivamente^{2122 2123}.

interrupção donexo de causalidade, veja-se MICHAEL S. MOORE, “The Metaphysics...”, ... cit., p. 848 e ss., discutindo, de forma crítica, a velha máxima assumida pela jurisprudência da *Common Law*, segundo a qual o dano intencionado pelo lesante nunca é *too remote*. Sublinhe-se, neste ensejo, a subtil distinção que deverá ser percebida entre o dolo dirigido ao dano e o dolo que cobre o próprio percurso causal, embora, de todo o modo, o autor recuse a relevância do dado para efeitos de caracterização e operacionalidade do que autonomiza como sendo a quebra do nexode causalidade. Veja-se, ainda, p. 874, apresentando um modelo analítico estanque e criticando a interfluência criteriológica a que aqui damos lugar. Para o autor, a causalidade é um dos critérios de atribuição da *moral blameworthiness*, pelo que não podemos guiar-nos por índices atinentes à culpabilidade quando ajuizarmos causalmente, sob pena de ela não poder cumprir o seu desiderato.

Da autora, veja-se igualmente “Remarks on causation and liability”, *Philosophical and Public Affairs*, 13, 1984, p. 101 e ss.

Mostrando a relevância da culpabilidade ao nível do que tradicionalmente é entendido por causalidade, veja-se, entre nós, INOCÊNCIO GALVÃO TELLES, *Direito das Obrigações*, ... cit., p. 408, nota 1 e 2. Percepcionando a causalidade em moldes díspares relativamente ao modelo que pretendemos erigir, GALVÃO TELLES, ao referir-se ao problema do ónus da prova, sustenta que “em princípio, a condição é causa jurídica e por isso o lesado apenas tem de provar que a conduta do agente foi condição do dano alegado, ou seja, que esta emergiu dela como uma consequência (no plano naturalístico). Ao agente caberá provar que a condição, todavia, não foi causa adequada e portanto não vale como causa jurídica, uma vez que, atenta a sua natureza e as circunstâncias conhecidas ou cognoscíveis, não era de molde a aumentar ou agravar o risco da produção do dano que veio a verificar-se.” Mas, mesmo que não seja causa adequada, havendo dolo ou culpa grave, porque o agente prevê o dano, pretende produzi-lo e, contra o que era expectável, o dano emerge, então há responsabilidade. De notar não só a clivagem relativamente ao que temos vindo a sustentar, como também a especificidade do autor no quadro da doutrina tradicional [mostrando, contudo, que, porque o índice cognitivo assumido para aferir a causalidade é corrigido pelos conhecimentos do agente, o juízo causal, contra o que sustentam – e contra o que o próprio autor admite – cf. p. 407, vem a confluir com a culpabilidade. A especificidade a apontar agiganta-se no plano adjectivo de que curaremos *infra*].

Veja-se, igualmente, JANE STAPLETON, “Legal cause...”, ... cit., p. 998. Considera a autora que muitos são os critérios/regras a ter em conta quando pretendemos determinar o *scope of liability*. Entre eles aponta a intencionalidade ou não do comportamento do lesante (ao lado, aliás, acrescente-se, da posição relativa das partes, a permitir que aquele seja integrado por resultados que de outra forma seriam tidos como *freakish* ou actos da natureza. Parece ser, também, o mesmo sentido imputacional que contamina a ponderação da responsabilidade sempre que intervenha, entre a conduta do lesante e o resultado, o comportamento de um terceiro. Sustenta JANE STAPLETON – p. 999 – que ela pode ser culposa, até criminosa, e situar-se naquele âmbito, porque o que interessa não é a qualidade independente da conduta interveniente, mas a sua valoração no contexto de interacção das partes).

Cf., também, MARKESINIS, *The german law...* cit., p. 100; SAVATIER, “Règles générales de la responsabilité civile”, *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1934, p. 409 e ss.

Sobre o ponto, v. *infra* novas referências bibliográficas.

²¹²¹ Quanto ao pensamento de WILBURG, veja-se o que *supra* ficou inscrito e, do autor, *Die Elemente...* cit., p. 90 e ss. e p. 64 e ss. Cf., igualmente, p. 242 e ss. (no quadro do seu sistema móvel, WILBURG sustenta que a adequação é um conceito relativo que admite diversos níveis ou graus. Por isso, o lesante tem de indemnizar o lesado pelo dano causado mais ou menos adequadamente, consoante os outros factores de estabelecimento da responsabilidade. Entre eles, encontra-se o grau de culpa com que o agente actuou).

Cf., também, a propósito da caracterização do sistema delitual como um sistema móvel, NILS JANSEN, *Die Struktur des Haftungsrecht...* cit., p. 594 e ss.

Se na base da conceptualização de um sistema móvel está a constatação da impossibilidade de compreensão do sistema delitual em termos monolíticos, porquanto ele seja sobretudo resultado da confluência de uma miríade de elementos e de diversos fundamentos, o desenho concreto da interacção que se estabelece não é unívoca, podendo, segundo ensina JANSEN, redundar num de três modelos interpretativos.

A saber: 1) *Modell des alternativen Zusammenspiel*, a conduzir à fragmentação da responsabilidade civil, na medida em que olha para cada um dos diversos possíveis fundamentos do instituto atomisticamente, isto é, reconhecendo que existe mais do que um pilar sustentador da pretensão indemnizatória, cada um deles, por si só, seria apto a sustentar e/ou a negar a procedência dela; 2) *Modell des einfachen Kumulativen Zusammenspiel*, nos termos do qual a responsabilidade só avultaria se se verificassem conjuntamente os elementos típicos da hipótese de responsabilidade civil em apreço, pelo que, e dando o exemplo fornecido pelo autor que aqui acompanhamos, para fundar uma pretensão indemnizatória no § 823 I BGB, seria necessário que estivessem reunidos os seguintes pressupostos: violação de um direito absoluto, causalidade entre a violação do direito e o comportamento do lesante, dolo ou negligência, concluindo-se, portanto, que “o modelo não traz nada de novo relativamente ao entendimento clássico da responsabilidade civil, explicitando quanto muito que uma norma é integrada por diversos critérios” (cf. p. 595); 3) *Modell des kompensatorischen Zusammenspiel*, nos termos do qual os diversos elementos concorrentes para a procedência de uma pretensão indemnizatória podem compensar-se uns aos outros, sendo ainda viável combinar-se em graus diferentes princípios de responsabilidade pertencentes a mais do que um *Tatbestand*.

Seria o último a corresponder ao sentido do pensamento do autor austríaco, deixando-se, contudo, em aberto o problema da eventual combinação dos diferentes modelos, particularidade que tornaria o sistema em algo absolutamente móvel.

Sustenta, a este ensejo, JANSEN que apenas alguns elementos podem ser móveis, designadamente aqueles que dirigen as finalidades da responsabilidade, como o perigo, a falta de cuidado ou a segurabilidade de um dano.

Mais se diga que o que está patente na elaboração de um sistema móvel é a substituição de uma visão subsuntiva da realização do direito por uma perspectiva valorativa (cf. WILBURG, *Die Elemente...* cit., p. 64 e NILS JANSEN, *Die Struktur des Haftungsrecht...* cit., p. 598, a fazer apelo a uma ideia de integração regra-princípio e a um modelo de exemplos padrão – cf. p. 604).

A propósito da configuração de um sistema móvel, veja-se, também, KOZIOL, “Bewegliches System und Gefährdungshaftung”, *Bewegliche System im geltende und künftigen Recht* (ed. BYDLINSKI/KREJCI/SCHILCHER/STEININGER), Springer, Wien, 1986, p. 51 e ss. e “Rechtswidrigkeit, bewegliches System und Rechtsangleichung”, *Juristische Blätter*, 1998, p. 619 e ss.; FRANK O. FISCHER, „Das Bewegliche System als Ausweg aus der dogmatischen Krise in der Rechtspraxis“, *Archiv für die zivilistische Praxis*, 197, Heft 6, 1997, p. 589 e ss.; KARL LARENZ, „Die Prinzipien der Schadenzurechnung...“, ... cit., p. 379 (considerando que o sistema de responsabilidade civil não é um sistema lógico e axiomático, mas um sistema móvel e aberto, e apresentando diversas formas de combinação entre os princípios de imputação com que o jurista lida ao nível da responsabilidade delitual. Entre eles, saliente-se: 1) *Verschuldensprinzip* – princípio da culpa; 2) *Die Zurechnung eines bestimmten Schadensrisikos an den Nutznießer dieses Risikos* – imputação de especiais riscos de danos para os beneficiários desses riscos; 3) *Der Schadensausgleich bei ausnahmsweise erlaubter Inanspruchnahme fremden Gutes* – compensação de danos excepcionalmente concedida em caso de uso lícito de bens alheios; 4) *Die Schadenzurechnung auf Grund einer vom Gesetz auferlegten Garantiepflicht, insbesondere wegen der Schaffung eines Vertrauenstatbestandes* – imputação de danos com fundamento numa norma que impõe uma obrigação de garantia, em especial devido à criação de um certo tipo de confiança. Para um diálogo mais aprofundado com o autor, veja-se o que *infra* expenderemos acerca de um eventual *continuum* de responsabilidade e dos contornos de abertura e mobilidade do sistema delitual. Segundo LARENZ, os princípios a que aludiu podem ser importantes, não só como fundamento dos *Tatbestände* delituais, como por poderem ser directamente mobilizados na ausência de uma norma que sirva de guia do decidente. Mais refere o insigne civilista que os referidos princípios não só se combinam entre si, como se limitam mutuamente. Assim, tendo em conta que a negligência é aferida em termos objectivos, diz-nos LARENZ que, „no seio da responsabilidade por culpa, o princípio da garantia – *Garantieprinzip* – tem um papel limitado, porque cada um é responsável por garantir o que é típico do grupo em que está inserido“); REINHARD HEPTING, „Rezension: Bydlinski, Krejci, Schilcher, Steininger, Hrsg. Das Bewegliche System im geltenden und künftigen Recht“, *Archiv für die zivilistische Praxis*, 188, Heft 1, 1988, p. 76 e ss. *Vide*, igualmente, BERNHARD ALEXANDER KOCH, „Wilburgs’s flexible system in a nutshell“, *European Tort Law* (HELMUT KOZIOL/BARBARA C. STEININGER, org.), Wien/New York, 2002, p. 545 e ss.

Uma última nota acerca do pensamento de WILBURG afigura-se imprescindível, sob pena de se gerarem errados entendimentos capazes de obliterar a correcta configuração do sistema que estamos a tentar propor.

Na verdade, a doutrina de WILBURG tem sido relevada, sobretudo, para efeitos de fundamentação da responsabilidade civil e não ao nível da concreta mobilização dos pressupostos de que depende a

procedência de uma pretensão indemnizatória. Mais concretamente, ela tem sido chamada à colação a propósito do aceso debate em torno da natureza subjectiva ou objectiva do instituto. E o que WILBURG vem dizer é que este não pode ser captado segundo uma concepção unilateral, mas de acordo com um sistema móvel, nos termos do qual a existência e medida da responsabilidade fica dependente de uma multiplicidade de factores que se combinam de modo diverso consoante o caso concreto – cf. *Die Elemente...* cit., p. 26 e ss. Entre os elementos de ponderação, sublinham-se, conforme consta das páginas seguintes – cf. p. 28 e ss. –, o risco, as circunstâncias que contribuíram para a ocorrência do dano, a existência de culpa e a posição económica das partes.

De notar, portanto, como bem se entenderá, que não há identidade entre o pensamento do autor e aquele que defendemos, pois, contra o que poderia resultar de uma leitura apressadas destas páginas, não deixamos de autonomizar um fundamento maior unitário para as diversas hipóteses de surgimento de uma pretensão indemnizatória. Insofismavelmente radicado na ideia de autonomia do ser pessoa, é à luz dele que devemos captar o sentido dos variados pressupostos do ressarcimento. O apelo, neste ponto, à doutrina de WILBURG mais não significa, portanto, que uma abertura à valoração/ponderação normativa de que atrás se falou. Rejeita-se, ainda, qualquer indício de porosidade do pensamento relativamente a índices utilitaristas.

Para uma crítica do pensamento proposto por WILBURG, cf., *inter alia*, embora em moldes distantes daqueles que nos orientam, TRIMARCHI, *Rischio...* cit. p. 25 e ss. Considera o autor que o sistema forjado padece de uma enorme flexibilidade criteriológica, comportando incerteza quanto ao limite do risco, o que dificulta a segurabilidade, por um lado, e remete ao juiz um amplo poder de valoração.

²¹²² Sobre o ponto, cf., ainda, pela impressividade da sua lição, KOZIOL, *Österreichisches Haftpflichtrecht...* cit., p. 148 e ss. A propósito da doutrina da adequação, o autor constata ser perturbante a abrupta alternativa entre o que é adequado e o que não é, pelo que, chamando à colação o pensamento de WILBURG, pondera um entendimento diverso sobre a causalidade, convertendo-a num conceito com fronteiras móveis. Seria, então, possível tornar operante a categoria sem se exigir sempre o mesmo grau de adequação, designadamente estabelecendo-se uma distinção entre os comportamentos dolosos e não dolosos. No que aos primeiros respeita, haveria que eliminar todas as consequências, tendo de, noutros casos, em que se desvelaria uma causalidade fraca, compensá-la pela exigência de uma intensificação da negligência.

Veja-se, ainda, GENEVIÈVE VINEY/PATRICE JOURDAIN, *Traité: Les conditions...* cit., p. 223, falando de casos de alívio do ónus da prova da causalidade e evidenciando que os tribunais são normalmente indulgentes a apreciar o nexo de causalidade nos casos de dolo ou negligência grave, considerando que, se se estabelecer que a *faute* criou as circunstâncias objectivamente favoráveis do dano, esta prova é suficiente]; HEINRICH LANGE, “Herrschaft und Verfall...”, ... cit., p. 121; HERMANN LANGE/GOTTFRIED SCHIEMANN, *Handbuch des Schuldrechts...* cit., p. 96 [Referindo-se à responsabilidade por danos inadequados, os autores sustentam que, no tocante aos actos dolosos, não se aplicam as razões que estão na base da doutrina da causalidade adequada (ideia segundo a qual a limitação da indemnização aos danos prováveis se justifica pela controlabilidade da acção humana), uma vez que a pessoa efectivamente quis uma sequência causal ainda que a mesma seja improvável. Cf., igualmente, HERMANN LANGE, “Adäquanztheorie, Rechtswidrigkeitszusammenhang, Schutzzwecklehre und selbständige Zurechnungsmomente”, ... cit., p. 198 e ss., em especial p. 200 e ss.]; M. BUSSANI, “Intention et lien de causalité dans le droit comparé de la responsabilité civile”, *Mélanges Blanc-Jouvan*, 2005, p. 459 e ss.; LANGE, “Adäquanztheorie., Rechtswidrigkeitszusammenhang...”, ... cit., p. 200, considerando que, se o comportamento for doloso, o agente é responsável mesmo por consequências improváveis; GORDLEY, “Responsibility in crime, tort and contract for the unforeseeable consequences of an intentional wrong a once and future rule?”, ... cit., p. 175 e ss., p. 175 e ss.; TRAEGER, *Der Kausalbegriff...* cit., p. 159 e ss.; ERSNT A. KRAMER, “Schutzgesetze...”, ... cit., p. 343; RICARDO DE ANGEL YAGÜEZ, *Tratado de responsabilidad civil*, ... cit., p. 802 e ss., em especial 809 e ss. (questionando a aplicabilidade do artigo 1107 Cód. Civil espanhol e considerando que não parece desmesurado que deva responder por mais consequências dos seus actos quem actuou com intenção de lesar do que quem se comportou de maneira negligente. Sublinhe-se que o citado preceito estabelece o alcance da indemnização em caso de incumprimento da obrigação por parte do devedor e depõe que “o devedor de boa fé responde pelos danos que previu ou podia ter previsto ao tempo da constituição da obrigação e que sejam consequência necessária da sua falta de cumprimento” e, em caso de dolo, responde ainda por “todos os danos que comprovadamente resultem da falta de cumprimento da obrigação”. Dá conta o autor que é intenso o debate em Espanha acerca do problema, dividindo-se os autores entre os que defendem a aplicação analógica da norma e aqueles que negam tal possibilidade. Encontrar-se-ia entre os segundos PANTALEÓN – *El sistema de responsabilidad contractual*, apud ANGEL YAGÜEZ, *op. cit.*, p. 804.).

Do que ficou dito podem, então, extrair-se linhas de orientação do decidente confrontado com um caso com uma intencionalidade problemática deste jaez. Lidando-se com a questão das debilidades constitucionais do lesado, duas hipóteses são cogitáveis. Se elas forem conhecidas do lesante, afirma-se, em regra, a imputação, excepto se não for razoável considerar que ele fica, por esse especial conhecimento, investido numa posição de garante. Pense-se, por exemplo, na hipótese de o próprio lesado ter contribuído para o aparecimento da situação arriscada. Se não forem conhecidas, então a ponderação há-de ser outra. Partindo da contemplação da esfera de risco edificada pelo lesante, dir-se-á que, ao agir em contravenção com os deveres do tráfego que sobre ele impendem, assume a responsabilidade pelos danos que ali se inscrevam, pelo que haverá de suportar o risco de se cruzar com um lesado dotado de

Entre nós, cf. ADELAIDE MENEZES LEITÃO, *Normas de protecção...* cit., p. 715, considerando que um pressuposto delitual pode funcionar como correcção dos restantes, entendendo, por isso, que culpa e causalidade não são cindíveis. Assim, “se o agente age voluntariamente, desenvolve a sua conduta com vista à produção de determinado resultado”; já em relação a condutas não voluntárias, “o resultado não pode ser imputado à vontade, pelo que o círculo de danos a indemnizar terá de ser limitado por critérios exteriores à vontade do agente”.

Em sentido diverso, cf. PEREIRA COELHO, *O problema da causa virtual...* cit., p. 178, nota 8, rejeitando liminarmente a consideração do dolo para efeitos de estabelecimento da causalidade. É certo que admite a repercussão do juízo de culpa nesta sede, “enquanto importa ou pode importar que sejam mais as circunstâncias cognoscíveis a ter em conta no juízo de adequação”, mas, mantendo-se fiel ao tratamento dual do problema, pela cisão entre a causalidade propriamente dita e a condicionalidade, esclarece que “a culpa do lesante de modo algum pode influir na relação de condicionalidade entre o facto e o dano, em que só se trata de apurar se este pode ser considerado, *logicamente* e fora de qualquer valoração, uma consequência daquele”.

Duas notas importam a propósito do testemunho do autor. Em primeiro lugar, saliente-se que o puro juízo condicional anda longe do horizonte valorativo que reivindique a culpa, dela se distinguindo, para estabelecimento da causalidade relevante. O que se duvida é, a um tempo, que a pureza e logicismo a que se apela sejam consentâneos com a intencionalidade especificamente jurídica e que a condicionalidade seja imprescindível no *iter* de fundamentação de uma decisão imputacional. Sobre o ponto teceremos ulteriores considerações *infra*, pelo que nos limitaremos, por ora, a salientar que a própria condicionalidade, ao implicar, a prévia eleição do evento tido como resultado da condição que se prescrua não pode deixar de ser enucleada pela intencionalidade predicativa da juridicidade. Com o que se abre a porta à segunda das notas anunciadas. Pois que, não só hoje que vivemos um tempo de profunda reformulação dos quadros dogmáticos de imputação do problema, mas já no passado, alguns autores, não obstante a fidelidade ao pensamento tradicional, fizeram apelo à culpa como pilar de sustentação do juízo condicional que se deveria erigir.

Nesse sentido, veja-se, a título exemplificativo, LEONHARD, *Das Schuldrecht des BGB, I, Allgemeines Schuldrecht*, Duncker & Humblot, Leipzig-München, 1929, p. 142 e ss. O jurista refere o exemplo de A matar uma pessoa moribunda e defende que, em hipóteses como esta, se deveria ter em conta se a actuação foi dolosa ou negligente para afirmar ou negar a relação de causalidade entre a acção de A e a morte.

²¹²³ Cf., a este ensejo, embora longe do nosso horizonte de referência discursiva, PIERRE WIDMER, “Causes d’exonération ou moyens de défense dans les projets européens”... cit., p. 14, falando, a propósito das causas de exoneração da responsabilidade, da sua relatividade: a extensão da exoneração pode variar segundo o peso ou a intensidade da causa que aparece como *étrangère* em relação àquela que está na base da responsabilidade presumida. Trata-se de uma relatividade endógena. Mas há também uma relatividade exógena, que é definida em relação ao fundamento da responsabilidade que se pretende afastar. Quanto mais grave for a *faute* que se presume ou o risco que se eleva, mais a *cause étrangère* deve ter um grau de gravidade ou intensidade que se mostre suficiente para compensar parcialmente ou suplantar inteiramente a causa primária. É o que se torna evidente na expressão força maior.

idiosincrasias que agravem a lesão perpetrada²¹²⁴ ²¹²⁵. Excluir-se-á, contudo, a imputação quando o lesado, em face de debilidades tão atípicas e tão profundas, devesse assumir especiais deveres para consigo mesmo²¹²⁶ ²¹²⁷ ²¹²⁸. No meio termo, encontramos todas as situações em que o risco acaba por ser partilhado entre o lesante e o lesado.

²¹²⁴ Repare-se que não curamos, agora, da determinação do montante indemnizatório, mas da prévia questão fundamentadora da própria responsabilidade.

²¹²⁵ Cf., numa referência à jurisprudência austríaca, HELMUT KOZIOL, “Causation under Austrian Law”, ... cit., p. 17, mostrando que o Supremo Tribunal daquele país considera que há adequação mesmo que a parte lesada padeça de uma predisposição potenciadora do dano.

²¹²⁶ Secunda-nos na definição do critério o artigo 570º CC, próximo, já o sabemos, do § 254 BGB.

Vide, igualmente, artigo 8:101 PETL e artigo 5:102 DCFR (*Where the fault of the person suffering the damage contributes to the occurrence or extent of legally relevant damage, reparation is to be reduced according to the degree of such fault*). O preceito prevê, contudo, excepções: não haverá lugar à diminuição da indemnização se a culpa do lesado for insignificante ou se a contribuição causal da culpa for insignificante. Do mesmo modo, não se aplicará a regra no tocante ao dano corporal que uma pessoa sofre num acidente de viação, a não ser que o comportamento do lesado corresponda a uma falta grave de diligência em face das circunstâncias particulares).

Cf., para além das referências ao pensamento do autor introduzidas *supra*, no diálogo que com ele estabelecemos, BRANDÃO PROENÇA, *Direito das Obrigações – Relatório...* cit., p. 106 e 147 e ss.

²¹²⁷ Cf. HERMANN LANGE/GOTTFRIED SCHIEMANN, *Handbuch des Schuldrechts...* cit., p. 128 e ss. (cf., *supra*, o que dissémos a propósito da posição dos autores. Rememoremos, e este ensejo, alguns tópicos não despidendos: defende-se, aí, que quem tem especiais debilidades deve, no seu comportamento, tomar o perigo em consideração - § 254 BGB – mas não se deve ir ao ponto de exigir que haja exclusão do tráfego quando o obrigado à indemnização podia ter omitido um comportamento reprovável do ponto de vista do ordenamento ou o risco legal. Se a predisposição para o dano tivesse feito com que ele viesse a ocorrer de igual modo, então o problema deverá ser tratado de acordo com as regras orientadoras das decisões em matéria de causalidade adequada. Mais uma vez, remetemos o exigível comentário a esta posição para um momento posterior. No fundo, os autores vêm sustentar que o risco de especiais debilidades do lesado corre por conta do lesante, excepto quando haja uma exposição não justificada ao perigo ou quando a predisposição atinge níveis de falta de resistência com que o primeiro não pode contar razoavelmente. Cf., ainda, p. 129, onde os autores tratam da questão da predisposição psíquica – *psychische Konstitutionsmängel* –, sublinhando que falta um fundamento sério para distinguir os dois tipos de predisposições constitucionais, devendo ser sobre o lesante que recaiem as circunstâncias potenciadoras do agravamento do dano, podendo, em determinadas situações, e no quadro do pensamento tradicional, gerar-se problemas atinentes à adequação; e p. 131, lidando com a vulnerabilidade dos bens materiais, relativamente aos quais a ponderação há-de ser outra, uma vez que é possível, aí, estabelecer-se uma gradação no valor dos bens afectados. Assim, se numa colisão um automóvel fica danificado e em seguida ocorre uma explosão em virtude de um pacote de explosivos que ali se encontrava, o responsável pelo acidente não tem de responder por este dano); BRANDÃO PROENÇA, *A conduta do lesado...* cit., p. 196, nota 625 (considerando que a nossa doutrina não faz referência às teorias da conexão de ilicitude e do fim da norma violada em que certos sectores do pensamento jurídico alemão justificam a imputação ao autor do ilícito de danos para os quais concorrem também predisposições. Entende que o problema se resolve em torno dos fundamentos da responsabilidade, pois faz-se absorver pela culpa e pela ilicitude o factor condicionante não culposo. Diferentes são as situações em que a predisposição existente – como por exemplo uma doença cancerosa – já desvalorizou o bem. Alguns autores olham para a questão sob a óptica da causalidade virtual. Cremos estar aí diante de um tópico atinente ao cálculo da indemnização e já não da imputação, que é, no fundo, aquela de que curamos. Nesse sentido, v., também, BRANDÃO PROENÇA, *op. cit.*, p. 167); HANS STOLL, “Die Reduktionsklausel im Schadensrecht aus rechtsvergleichender Sicht”, *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht* 34, 1979, p. 481 e ss. (defende a aplicação extensiva do § 254º BGB quando se verifiquem determinadas circunstâncias que sejam atribuíveis à esfera de risco do lesado – cf. p. 497 e ss – entre as quais se encontra a predisposição para o dano. Note-se, porém, que o problema parece ser aí analisado, não obstante o recorte imputacional, de acordo com a polarização no dano consequência, já que o que está em jogo é o cálculo da indemnização e uma possível redução dela, como se denota pelo facto de, ao lado daquela circunstância, poderem tornar-se operantes outras como seja o montante elevado em que se traduz patrimonialmente o dano).

No que respeita à possível mobilização do § 254º BGB para orientar o decidente em questões como esta, cf. a posição de desfavor de BRANDÃO PROENÇA, *A conduta do lesado...* cit., p. 198-199 (considera o autor que, apesar de não pressupor uma conduta culposa, podendo “estender-se aos casos em que haja (...) uma actuação livre e voluntária do lesado, mas com perigo particular para a sua pessoa ou os seus bens”, não se pode imputar ao lesado, “no quadrante alargado do § 254 BGB, (...) o dano superior, em razão do aumento do risco ligado à sua liberdade de movimentos”. Nega, por isso, a ideia de “esfera de risco do lesado, integradora de uma responsabilidade pela própria existência”. Adianta que “o problema terá de ser resolvido valorativamente em sede complexa da imputação objectiva do dano, segundo a orientação geral que traçamos de uma certa contenção da adequação causal e em que o mecanismo do artigo 494º funcionará como corrector para os casos em que o lesante levemente culpado e sem meios de fortuna, nem seguro de responsabilidade, se veja confrontado com uma indemnização anormal”. Assim, “a aplicação, entre nós, do artigo 570º/1 à conduta culposa do lesado ou à sua vivência no tráfego como um risco acrescido de um maior dano seria a melhor solução nos casos em que se afirmasse a adequação, por duvidosa que fosse. Só que aplicá-los aos casos de predisposição forçaria os limites que devem balizar a relevância do preceito”). Veja-se, ainda, p. 207. Diz o autor que, mesmo que se verifique um nexo de causalidade adequada entre o dano e a predisposição do lesado, “não se vê que o exercício da liberdade da pessoa, em condições circunstanciais mais desfavoráveis, possa, por si, ser arvorada em critério de imputação, à margem de qualquer conduta negligente, de desconsideração pelos interesses próprios ou na falta de um procedimento consciente e subjectivamente valorado da relação entre a fragilidade e o perigo existente”. Mais acrescenta que “a existência de uma certa aptidão autodanosa em conjugação com o acréscimo conjuntural do perigo que apenas potencia estatisticamente a ocorrência danosa não é razão bastante para integrar o quadro autoresponsabilizador na ausência de uma conduta pessoal que legitime a atracção total ou parcial do dano para a esfera do lesado”.

²¹²⁸Sobre a questão das predisposições constitucionais do lesado, cf., no quadro do ordenamento jurídico francês, GENEVIÈVE VINEY/PATRICE JOURDAIN, *Traité. Les conditions de la responsabilité...* cit., p. 345 e ss. (explicando que o nódulo problemático se situa na necessidade de compatibilizar dois imperativos da responsabilidade civil: o ressarcimento pleno da vítima e a limitação da indemnização ao dano que casou. Ora, “se a vítima apresenta uma receptividade excepcional para o dano em razão da idade ou do seu estado de saúde, podemos questionar se essas predisposições também não foram causa do dano”. Esclarecem, ainda, que, de acordo com a doutrina e jurisprudência maioritárias em França, “a existência de predisposições não é um obstáculo à prova da causalidade entre o facto inicial imputado ao lesante e o dano final. Basta para demonstrar a causalidade que a intervenção do lesante teve uma influência agravante na evolução do estado patológico anterior. Questionam, então, as autoras se elas poderão ter uma eficácia exoneratória parcial. Na resposta ao problema, evidenciam a oscilação da civilística gaulesa sobre o ponto, na qual os pensadores se dividem entre os que consideram a predisposição como um evento exoneratório parcial e aqueles que recusam a comparação com o *fait non fautif*, pela sua natureza passiva. Se assim é, por um lado, por outro lado, não se deve admitir que o lesante repare as consequências de um dano que foi realizado para além de si. Propõem, assim, uma distinção: 1. Predisposições sem manifestações externas danificáveis; 2. Estados patológicos consolidados e estáveis antes do facto lesivo; 3. Diminuição resultante da evolução inelutável de um estado patológico pré-existente. Os primeiros não podem ser tidos em consideração para reduzir a indemnização; os outros devem ser computados para determinar a amplitude do dano imputável ao defensor. As predisposições da vítima “constituem um elemento objectivo da situação da vítima que deve impor-se ao lesante exactamente ao mesmo título que a fortuna da pessoa lesada, o número de filhos, a situação da sua carreira” – cf. p. 350. Note-se que as palavras da autora não contendem com o facto de ao nível do cálculo da taxa de incapacidade resultante da lesão não se dever ter em conta a incapacidade prévia da vítima); J. NGUYEN THANH NHA, “L’influence des prédispositions de la victime sur l’obligation à réparation du défendeur à l’action en responsabilité”, ... cit., p. 1 e ss.; GENEVIÈVE VINEY, “Responsabilité civile”, *La semaine juridique*, ... cit., p. 490, analisando duas decisões jurisprudenciais francesas na matéria; PATRICE JOURDAIN, “Responsabilité civile”, *Revue trimestrielle de droit civil*, nº1, 1998, p. 111 e ss., aqui p. 123 e ss., considerando que as predisposições patológicas colocam um problema que se situa na confluência entre a causalidade e a reparação; JEAN-CLAUDE MONTANIER, *L’incidence des prédispositions de la victime sur la causalité du dommage*, Thèse Grenoble, 1987, p. 20, CHRISTOPHE QUÉZEL-AMBRUNAZ, *Essai sur la causalité...* cit., p. 328 e ss.; BRÜGGEMEIER, *Haftungsrecht...* cit., p. 601 e HERMANN LANGE e GOTTFRIED SCHIEMANN, *Handbuch des Schuldrechts...* cit., p. 128 e ss.; MARTÍN GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, *Imputación objetiva...* cit., p. 179 e ss.

Entre nós, vide RUI DE ALARCÃO, *Direito das Obrigações...* cit., p. 285-286, defendendo a aplicação do artigo 494º CC aos casos em que o dano seja potenciado pela predisposição constitucional do lesado que é desconhecida do lesante.

Note-se, ademais, que a mesma estrutura valorativa se mobiliza quando em causa não esteja uma dimensão constitutiva do lesado, mas sim uma conduta dele que permita erigir uma esfera de responsabilidade, pelo que, também nos casos de um comportamento não condicionado pelo seu bio-psiquismo, a solução alcançada pelo cotejo referido pode ser intuída, em termos sistemáticos, a partir da ponderação aqui posta a nú^{2129 2130 2131}.

E repare-se, então, que o nexos de que curamos não é senão um nexos de ilicitude, pelo que em qualquer dos júzos entretecidos há-de ser a lesão do direito subjectivo absoluto o ponto de referência da nossa sindicância^{2132 2133 2134}.

²¹²⁹ A propósito do cotejo da esfera de risco do lesante com a esfera de risco do lesado, *vide* DEUTSCH, *Allgemeines Haftungsrecht...* cit., p. 374; MEDICUS, “Zum Schutzzweck sachdensabwehrender Pflichten oder Obliegenheiten”, *Festschrift für Hubert Niederländer zum siebzigsten Geburtstag am 10. Februar 1991*, Heidelberg, 1991, p. 329 e ss.; ULRICH WEIDNER, *Die Mitverursachung als Entlastung des Haftpflichtigen*, Karlsruhe, 1970, p. 47 e ss. (falando de uma esfera de risco do lesado e considerando que a ele deve ser imputado o dano que resulta do facto de se ter colocado sob um especial perigo).

Veja-se, ainda, ERNST A. KRAMER, “Schutzgesetze und adäquate Kausalität”, ... cit., p. 338 e ss., aqui p. 342 e ss., considerando que o dano pertence à esfera geral de risco do lesado quando foi produzido de um modo totalmente anormal, que um observador óptimo não previu, nem podia ter previsto, adiantando, por isso, que a finalidade de protecção da norma é especificada através do pensamento da adequação. A exclusão da responsabilidade por danos inadequados deve ser rejeitada, contudo, quando se prove que o legislador quis retirar ao lesado esse risco ou quando o lesante procurou o dano dolosamente.

²¹³⁰ Cf. GENEVIÈVE VINEY/PATRICE JOURDAIN, *Traité. Les conditions de la responsabilité...* cit., p. 325 e ss. e 340 e ss., considerando que havendo uma *faute* da vítima, a determinação da indemnização fica submetida às mesmas regras a que obedece a repartição de responsabilidades entre dois co-autores culposos, isto é, será feita em função da gravidade das respectivas *fautes*, podendo ter-se, ainda, em conta a importância causal da participação da vítima em relação ao lesante, podendo conduzir a uma exoneração total ou parcial da indemnização. Na apreciação do carácter *fautif* e causal do comportamento da vítima, convocam-se os critérios gerais, não se invocando contra ela apenas os actos ou omissões legalmente proibidos, mas ainda as obrigações gerais de velar pela sua própria segurança, solução que não deixa de ser posta em causa pelas autoras. A aceitação de riscos só é considerada *exoneratória* se for *fautif*.

Cf., igualmente, OLIVIA SABARD, “Les causes d’exonération en droit français et dans d’autres ordres juridiques nationaux”, ... cit., p. 9, considerando que o facto não culposos da vítima não tem efeito exoneratório e apresentando, no tocante à aceitação dos riscos, duas explicações alternativas: a sua eficácia liberatória pode resultar da ideia de que a aceitação dos riscos é uma *conditio sine qua non* do dano e, nessa medida, a existir, a exoneração justificar-se-á pela via da causalidade; para outros, o que está em causa é a ideia de que a vítima tem de ser coerente, não sendo admissível qualquer *venire contra factum proprium*. Mais acrescenta a autora que “só a *faute* da vítima pode liberar em parte o lesante, com a condição de ela ter concorrido para a realização do dano”, ao mesmo tempo que esclarece que a conduta não tem de ser voluntária ou intencional (bastando a simples imprudência ou negligência da vítima). De acordo com o seu testemunho, em França, só em determinados regimes é que se exige uma *faute intencional* ou com certa gravidade (lei nº85-677 de 5 de Julho de 1985, artigo 3º, que consagra o regime da indemnização dos danos corporais que resultam de um acidente de viação).

A propósito da aceitação de riscos, *v.*, igualmente, o *Draft Common Frame of Reference*, artigo 5:101.

²¹³¹ Importante seria, ainda, confrontarmos-nos com a posição de autores como BYDLINSKI, a propor uma responsabilidade reduzida. Porque a compreensão da proposta do autor requer uma atenção especial relativamente a temas como a causalidade alternativa, remetemos a sua análise para um momento posterior da nossa dissertação.

²¹³² Cf. HANS STOLL, *Haftungsfolgen ...* cit., p. 393; HERMANN LANGE/GOTTFRIED SCHIEMANN, *Handbuch des Schuldrechts...* cit., p. 113 e ss.

²¹³³ O que se acaba de sublinhar tem importância extrema.

Por um lado, é este o ponto de cisão entre a causalidade fundamentadora da responsabilidade e a causalidade preenchedora dela.

Por outro lado, essa clareza discursiva garantirá que o jurista se não enredará em lucubrações espúrias, quedando-se com questões imputacionais quando, na verdade, o cerne da problemática tem outro epicentro.

Pense-se no seguinte exemplo: A destrói a principal máquina que B utiliza na sua empresa. Esta acaba por, posteriormente, abrir falência. Poderá A ser responsabilizado por isto? Se nos orientarmos por uma questão imputacional – de fundamentação da responsabilidade –, seremos levados a concluir que, uma vez cumprido o *iter* fundacional explicitado em texto e preenchidos todos os restantes pressupostos delituais, se imputa ao lesante a violação do direito de propriedade sobre a máquina. O cálculo da indemnização ficará, como *infra* daremos nota, dependente da comparação entre aquilo que eram as utilidades da coisa e aquilo que o lesado poderá vir a obter com o objecto do seu direito, sendo então líquido que a falência fica para lá disso.

Diferente seria a solução se, sendo concebido um direito à empresa, pudéssemos em concreto desvelar relativamente a ele, no cotejo de esferas de risco, um pólo emanação de responsabilidade a partir da conduta assumida positivamente.

Do mesmo modo, torna-se imperiosa a consideração do ponto de ancoragem para responder, sem grandes dificuldades, a hipóteses controversas como aquelas sobre que se têm debruçado os autores. Cf. J. SPIER (ed.), *Unification of tort law: causation...* cit., p. 6: “P perde a sua perna na sequência de um acidente de trânsito. D é responsável por esse acidente. Ele morre onze anos mais tarde, em virtude de não ter conseguido fugir de um incêndio por causa do constrangimento na perna. A viúva demanda D pelo dano da morte”.

Descontadas as especificidades atinentes à responsabilidade objectiva patenteada no caso em apreço, sempre se dirá que, e independentemente da indemnizabilidade dos danos futuros que não se contesta, o que aqui está em causa é a possibilidade de se imputar um novo dano evento, uma ulterior lesão de um direito subjectivo absoluto, a uma esfera de risco erigida a montante. Ora, diríamos que ela se terá exaurido no momento em que se cristalizou no primeiro dano que emerge. Se dúvidas houvesse, o cotejo de esferas de responsabilidade fornecer-nos-ia a resposta, porque o primeiro lesante não fica responsável por qualquer acontecimento posterior na vida do lesado, mas há-de este enfrentar o risco geral da vida de acordo com as características biológicas pessoais, cuja diminuição foi já contabilizada para efeitos indemnizatórios.

Sobre as respostas dadas a este caso nos diversos ordenamentos jurídicos, cf. HERMAN COUSY e ANJA VANDERSPIKKEN, “Causation under Belgian Law”, in SPIER, *Unification...* cit., p. 33 [concatenam o problema com o regime da prescrição das pretensões indemnizatórias estribadas na responsabilidade extracontratual, falando, então, de um período prescricional autónomo, a contabilizar-se a partir do agravamento do dano. Salientando que se trata de “a necessary condition in order to prevent the dismissal of the claim on grounds of an earlier ruling on the damage caused by the same facts”, os autores parecem denotar uma visão orientada pela consideração do dano subsequente e não do dano primário. Donde, não se contestando a importância das reflexões a que nos conduzem, não cremos que elas sejam postas em causa pelo juízo analógico dos âmbitos de relevância operativa de cada uma das esferas de risco erigida. Pelo contrário, criticamente, julgamos não terem os autores conseguido atingir o cerne da questão, não percebendo a dualidade por nós patenteada *ab initio*, nem compreendendo que sem ela se torna ininteligível a consideração do agravamento do dano para efeitos de cômputo do prazo de extinção do direito pelo decurso do tempo. A propósito do prazo prescricional, cf., embora noutra âmbito, PEDRO DE ALBUQUERQUE, “A aplicação do prazo prescricional do artigo 498º, nº1 à responsabilidade civil contratual”, *Revista da Ordem dos Advogados*, 49, III, p. 793 e ss.]; W. HORTON ROGERS, “Causation under English Law”, in SPIER, *Unification...* cit., p. 48 [denotando um cepticismo muito grande no que toca à possibilidade de se obter o ressarcimento de tal dano, o autor fundamenta-o com recurso à causalidade adequada. Não cremos, porém, que por essa via consigamos esclarecer todos os nossos problemas. Pergunta-se “por que razão não pode ser normal e adequado que alguém que fica sem uma perna venha a morrer num acidente?”. Ou seja, uma vez mais a resposta a uma pergunta aberta fica dependente dos índices cognitivos de que se parte, podendo afirmar-se que a pergunta leva ínsita de antemão a resposta a encontrar]; SUZANNE GALAND-CARVAL, “Causation under French Law”, in SPIER, *Unification...* cit., p. 60 [estribando-se numa decisão da *Cour de Cassation* de 1989 – Civ.2, 0.02.1989 – considera a autora que não se pode estabelecer o nexo causal entre o acidente e a morte, uma vez que a indemnização já teria pago a soma correspondente ao encargo permanente com uma enfermeira, tendo-se, assim, evitado o segundo acidente. Tirando essa circunstância, a causalidade muito provavelmente teria sido admitida pelo tribunal francês, dado não ser o hiato temporal um factor decisivo. Mais uma vez, cremos não ter sido relevada a particularidade por nós anunciada que obstará a dúvidas judicativas de

não pequena monta. Com a ressalva de no ordenamento jurídico em que nos inserimos momentaneamente não ser possível cumprir tal desiderato, posto distar substancialmente o modelo ressarcitório napoleónico daquele de inspiração iheringiana]; ULRICH MAGNUS, “Causation in German Tort Law”, in SPIER, *Unification...* cit., p. 72 [Salienta o autor a controvérsia em torno do problema no quadro da jurisprudência tudesca, pois, se a decisão do BGH de 1952 terá negado a causalidade, o RGZ considerou ser o primeiro lesante causa adequada da lesão sofrida posteriormente. Donde se confirma o que por nós tinha sido sustentado, ou seja, a ambivalência judicativa a que somos condenados se ficarmos presos à doutrina tradicional e a uma visão causalista do problema]; KONSTANTINOS KERAMEUS, “Causation under greek law”, in SPIER, *Unification...* cit., p. 77 [depondo no sentido da existência de causalidade adequada na situação em apreço]; BUSNELLI e GIOVANNI COMANDE, “Causation under Italian Law”, in SPIER, *Unification...* cit., p. 88 [sustentam os autores que é possível considerar estabelecido o nexo de causalidade. Para tanto invocam alguns casos decididos pelos tribunais italianos, designadamente aquele em que, na sequência da situação de dependência em que a vítima de um acidente fica, decide pôr termo à vida, suicidando-se. Curiosamente, os autores estabelecem a analogia com outro dos casos anteriormente referidos: aqueloutro em que A sofre uma lesão na sua integridade física e, indo para o hospital, acaba por morrer em virtude da imperícia médica. Também aí sustentam não se ter quebrado o nexo de causalidade, tornando claro o enfoque dispensado à problemática. Pois que, se alguma analogia pode ser encontrada, ela não passa pela continuidade ou descontinuidade de um percurso dito causal, mas da necessidade, em ambas as hipóteses, de se estabelecer o cotejo de esferas de risco/responsabilidade, não crendo ser possível *a priori* concluir-se pela identidade de respostas num e noutro caso. De todo o modo, o que se exclui liminarmente é o entendimento que nos leva a olhar para a questão independentemente da percepção de uma segunda lesão que há-de ser considerada]; JOHANN NEETHLING, “Element of causation in South Africa Law of Delict”, in SPIER, *Unification...* cit., p. 101 [Exclui o nexo de causalidade por não ficar cumprido, por referência ao circunstancialismo concreto, o teste do *reasonable foreseeability*]; PIERRE WIDMER, “Causation under Swiss Law”, in SPIER, *Unification...* cit., p. 119 [Considerando que, do ponto de vista da causalidade, o problema é saber em que medida ela é interrompida por um lapso temporal alargado, no quadro do ordenamento jurídico suíço, adverte o autor que “as long as the second accident was objectively foreseeable as a consequence of the first one, the damage resulting therefrom will be considered as imputable to the original tortfeasor”. A não indemnização do dano em concreto resultaria pois da chamada à colação das regras atinentes ao prazo prescricional da pretensão indemnizatória]; GARY SCHWARTZ, “Causation under US Law”, in SPIER, *Unification...* cit., p. 125 [Afirma o autor que os tribunais teriam depondo em favor da *proximate cause*, embora antecipe alguns problemas colimados na existência de uma anterior decisão sobre o caso].

Outro exemplo paradigmático da importância da ideia vertida em texto prende-se com as hipóteses que, integrando-se no quadro da actuação médica, lidam com diagnósticos errados de uma doença de que o paciente realmente não padece. Sobre o ponto, cf. JOAN TORREBLANCA, SÓNIA GONZÁLEZ, ÁLVARO LUNA YERGA, “Falsos positivos. La responsabilidad civil derivada del diagnóstico erróneo de enfermedades”, *Indret*, 3, 2002 (www.indret.com). Olhemos para o protótipo tipológico que acompanha o estudo: A submete-se a um teste de detecção de seropositividade, sendo-lhe indicado como resultado que tivera contraído o vírus HIV. Preocupará os autores saber em que medida podem ser, partindo desta base factual, indemnizados os danos patrimoniais, v.g. os que resultam de despesas com tratamentos que eram desnecessários, e os danos não patrimoniais, v.g. aqueles que resultam da angústia experimentada subsequentemente à notícia (cf. p. 7). Excluem-se da análise, por expressa determinação dos autores, os casos em que a pessoa é submetida a um tratamento errado ou injustificado (cf. p. 2). Sem que, contudo, nos deixemos de guiar também por eles, já que não é nosso mister apontar a judicativo-decisória resolução do concreto problema, mas outrossim evidenciar a importância da autonomização de um pólo de imputação objectiva, isto é, clarificar de que modo no modelo ressarcitório com que jogamos se impõe o recorte preliminar da ilicitude do resultado, enquanto filtro de selecção das hipóteses susceptíveis de obter a indemnização que se pretende. Antes, porém, uma brevíssima nota para esclarecer que nos movemos exclusivamente no plano extracontratual. Não sendo uma necessidade, dado poder desvelar-se em concreto uma relação de tipo obrigacional entre as partes envolvidas no conflito, corresponde a uma opção dialógica, posto ser aquele o nosso único propósito.

Ora, no quadro delitual, avulta como primeiro pressuposto – já o sabemos – da responsabilidade civil a ilicitude. Excluída, também, a operacionalidade da segunda modalidade dela, não pela inviabilidade de entre o caso e ela se operar a devida assimilação de âmbitos de relevância, mas pela extemporaneidade argumentativa do ponto, centrar-nos-emos na lesão de direitos absolutos.

A errada informação prestada pelo profissional de saúde lesa a integridade psíquica dos pacientes, entrando em cena a violação do direito geral de personalidade, colocando-se o problema da imputação do estado patológico àquele comportamento. A causalidade fundamentadora da responsabilidade, ou, como a

temos vindo a caracterizar, o nexu de imputação objectiva ou nexu de ilicitude ancorar-se-á, portanto, naquele resultado. É a partir dele que se vai, num segundo momento, atinente à dita causalidade preenchedora da responsabilidade, saber se os danos morais experimentados pela vítima se podem ou não integrar no círculo de interesses tutelados por aquela zona da personalidade humana.

Considerando-se, a par disso, a lesão da integridade física, já que o sujeito se submeteu a tratamentos agressivos desnecessários, dir-se-ia, então, que é a partir dela que se perscrutará a imputação que se busca.

Simplesmente se nos confinarmos aos dados controvertidos levados à liça pelos autores citados e excluirmos qualquer lesão na integridade física do paciente para nos focarmos nos gastos efectuados com os tratamentos, a problematicidade avulta acrescida. Tradicionalmente, no quadro da causalidade adequada, o que se indagaria era se daquele tipo de comportamento era normal e adequado que surgisse aquele tipo de dano. Porém, falha a ilicitude. Ou seja, ainda que nos quiséssemos guiar por este critério orientador do decidente, sempre haveríamos de determinar em que medida há ou não lesão de um direito absoluto, excepto se, e essa alternativa foi por nós excluída prévia e conscientemente, nos movéssemos no terreno da segunda modalidade de ilícito [Note-se que se nos quiséssemos ater à violação da integridade psíquica do sujeito seria difícil do puro plano causalista traçar o nexu que se busca]. Donde, duas opções nos restam em termos normativos. Ou olhamos para os gastos/despesas na sua pureza e resvalamos para uma estrutura valorativa específica da responsabilidade por informações, a fazer apelo à noção de danos puramente patrimoniais, ou tentamos determinar em que medida a prestação de informações erradas pode ou não importar a lesão de outra dimensão da personalidade humana, a autonomia sobre o próprio corpo, levando o sujeito a submeter-se a tratamentos despiciendos.

Duas notas mais, em nome do rigor que se cultiva. De um lado, para salientar ser díspar o modelo ressarcitório espanhol, pelo que o apontamento aqui inscrito, ao distar do modo como os autores trataram o problema, não implica a veemente rejeição do seu pensamento. De outro lado, para sublinhar o que motivou este excursu: a imperiosidade de alicerçar o juízo ressarcitório na violação de um determinado direito absoluto, cuja lesão se há-de ligar fundacionalmente ao comportamento de um sujeito. Donde o primeiro nexu causal de que se fala não lida com os danos subsequentes, mas com aquilo que a seu tempo identificaremos com o dano evento, e se consubstancia, afinal, num nexu de imputação.

Particularmente interessante, ainda no quadro jurisprudencial espanhol, é o caso comentado por MARC-R. LLOVERAS, “Causalidad, información que genera riesgo y derecho al honor: una lectura de la STS, 1ª, 10.1.2001”, *Indret*, 2/2002 (www.indret.com). Aí se percebe claramente o sentido imputacional, e não causal, do nexu que se edifica. Apresentando o caso sem a concretude com que ali é oferecido, importa considerar alguns dados: o Jornal X publicou, na sequência do assassinato de um líder político espanhol, uma notícia em que dava como autores do crime pessoas ligadas à polícia e grupos ideológicos oponentes, citando o nome do senhor A, como principal suspeito. Quatro anos mais tarde, o dito senhor A é morto pelos membros do partido político da primeira vítima dos incidentes. Obviamente que o que se questiona é se a lesão do direito à vida – portanto o dano evento ou a ilicitude – pode ou não ser reconduzida ao comportamento do periódico informativo que, à primeira vista, apenas tinha violado o direito à honra do ofendido. A estrutura imputacional a partir da qual se deve desenvolver o raciocínio passa pela assunção da figura do duplo delito. Isto é, por cada direito absoluto violado haveremos de perscrutar em que medida ele pode ser imputado a um comportamento juridicamente relevante. Repare-se que, independentemente da decisão final, que se pretende normativamente fundada e materialmente justa, uma diferença relativamente ao recorte tradicional pode ser traçada: não se indaga já em que medida a lesão do direito à vida pode ou não ser vista como um resultado adequado da lesão do direito à honra, mas, antes, até que ponto a violação perpetrada pode ou não ser reconduzida à esfera de responsabilidade do grupo editorial proprietário do jornal e do próprio jornalista. Não é negligenciável a *nuance*, posto que assumida a primeira perspectiva sempre se dirá não ser possível estabelecer a causalidade, abrindo-se a porta à pertinência da segunda alternativa no último caso (cf. p. 5-6). São palavras do autor: “no obstante, sabemos que la falta de una relación de causalidad directa y explicitable entre una conducta y un daño no es siempre necesaria para hacer responsable, total o parcialmente, del daño a la persona que haya llevado a cabo la conducta (...). A menudo llegamos a la responsabilidad sin causalidad directa utilizando los criterios doctrinales conocidos como imputación objetiva, generalmente estructurados como negadores de la imputación pero utilizados para afirmala cuando la conducta a la que pretendemos imputar el daño ha sobrepasado los límites del criterio de imputación” [cf. p. 6]. Elege, então, como critério a ideia de incremento do risco, embora pareça fazê-lo coincidir com aquela outra ideia de negligência e corra o risco de, com base nos índices indagatórios dele que assume como pertinentes, vir afinal a redundar num juízo de condicionalidade mais consonante, se aceitável, com uma ideia de *imputatio facti* do que de *imputatio iuris*.

Há que determinar nestes casos em que medida existe ou não uma actuação livre do lesado que convoque uma ideia de auto-responsabilidade pela lesão sofrida²¹³⁵. Não é outro o raciocínio encetado a propósito das debilidades constitucionais dele, tanto que a imputação só é negada quando se verifique a omissão de determinados deveres que nos oneram enquanto pessoas para salvaguarda de nós mesmos. Não se estranha, por isso, que o pensamento jurídico – mormente o pensamento jurídico transfronteiriço –

Extravasando a intencionalidade desta já longa nota, mas importando pela ancoragem dual entre a medicina e o direito e pela nervura problemática que evidencia, cf. JOHN DOYLE, “Causation in the Context of Medical Practitioners. Liability for negligent advice”, *Causation in Law and Medicine... cit.*, p. 379-389.

²¹³⁴ Note-se, ademais, que aquilo que assim fica dito permite-nos delimitar o titular do direito à indemnização, já que ele vem a coincidir com o titular do direito subjectivo absoluto violado.

A este propósito, cf. CHRISTIAN LAPOYADE DESCHAMPS, “La réparation du préjudice économique pur en droit français”, *Revue internationale de droit comparé*, année 50^e, n^o2, 1998, p. 367 e ss., em especial p. 374. O autor debruça-se sobre o problema da designação da vítima (ou seja, do carácter pessoal do dano) e questiona “quem, para além da vítima, pode demandar a reparação?”, para depois explicar que “a jurisprudência francesa responde a esta questão de uma forma extensiva: não existe uma lista, nem mesmo uma condição que preexista um nexos determinado. As restrições gerais são apenas as que resultam do artigo 2^o C. Proc. Penal, nos termos do qual a acção civil é proposta por aqueles que sofrem um dano directamente causado pela infracção”. O problema com que o autor se debate passa, depois disso, por saber se os terceiros podem ou não ser indemnizados. Nesse caso, considera, também com recurso à experiência jurisprudencial, que podem ser indemnizados os parentes próximos, devendo ser-se mais restritivo noutras situações. Sobre o ponto, cf. o que se disse *supra* acerca da questão da interpretação dos artigos 495^o e 496^o CC e da discussão que acompanha estes preceitos.

A este ensejo, cf., ainda, p. 376 do último autor citado, onde nos confrontamos com a necessidade de ponderar o carácter legítimo do interesse da vítima (nessa medida, ainda que os parentes próximos pudessem ser indemnizados, nunca o seria um amante na sequência da morte da sua concubina).

²¹³⁵ Exige-se um comportamento livre do lesado, mas não se vai ao ponto de exigir que o seu comportamento seja culposos. Rejeita-se, assim, parte da doutrina europeia sobre o ponto. Cf., a este propósito, a doutrina francesa que, na sua maioria, sustenta, embora não sob a óptica da causalidade, que o comportamento da vítima só pode ter algum efeito exoneratório sobre a responsabilidade se ele for culposos (*vide, supra*, o testemunho de VINEY, JOURDAIN e SABARD, *inter alia*); a doutrina sueca (cf. B.W. DUFWA, “Contributory negligence under Swedish law”, *Unification of Tort Law: contributory negligence*, ULRICH MAGNUS AND M. MARTIN-CASALS (ed.), Kluwer, 2004, p. 197 e ss., p. 199), para a qual o contributo culposos da vítima só releva se for doloso. Aliás, em rigor, como vimos (cf. cap. VII), é difícil falar de culpa em relação ao próprio lesado.

Cf., a este propósito, PIERRE WIDMER, “Causes d’exonération...”, ...cit., p. 20, falando de um princípio do espelho, que estaria consagrado no artigo 8:101 al. 1 PETL (no fundo, o concurso do lesado para a produção do evento danoso só relevaria quando fosse culposos). O autor adianta, contudo, que este princípio não pode ser mantido até ao fim e com todas as suas consequências. Assim, a imputabilidade da vítima não releva para efeitos de exoneração do responsável primário).

Exigindo-se que o comportamento seja livre, pode questionar-se se a vítima tem de ser imputável. Cf., sobre o ponto, para além da discussão que acompanhámos noutro ponto, BUSNELLI/BARGELLI/COMANDÉ, “Contributory negligence under Italian Law”, *Unification... cit.*, p. 119 e ss., p. 121 e ss.; MARTIN-CASALS/J. SOLÉ, “Contributory negligence under Spanish Law”, *Unification... cit.*, p. 179 e ss., p. 183 (afirmando que não) e J. FEDTKE/ULRICH MAGNUS, “Contributory negligence under german law”, *Unification... cit.*, p. 75 e ss., p. 79; M. HINTEREGGER, “Contributory negligence under Austrian Law”, *Unification... cit.*, p. 9 e ss., p. 16 e ss. (defendendo uma solução afirmativa). Sublinhe-se que, dependendo da causa da imputabilidade, assim existirá alguém responsável pela vigilância do lesado, pelo que na equação imputacional pode, então, integrar-se a própria omissão ou comissão do vigilante.

tenha gizado como critério guia do decidente o já referido *critério da provocação*²¹³⁶
2137.

De acordo com a sua enunciação, o lesante é responsável pelo dano directamente causado pelo lesado, quando o primeiro, através de uma acção censurável, provocou o segundo, levando-o a auto-colocar-se em risco²¹³⁸. Excluir-se-ia, portanto, a imputação sempre que o lesado criasse um novo perigo, funcionando a conduta lesiva unicamente como uma oportunidade para aquele, que não se integra no risco do acidente. No fundo, o que se procuraria era, uma vez mais, a pertinência do resultado à esfera de risco encabeçada pelo lesante, reconduzindo-se o resultado ao aumento do perigo por ele protagonizada²¹³⁹. Nega-se, outrotanto, a responsabilidade quando o lesado potencia o risco com um comportamento inconveniente, lançando-se, então, mão de índices indagatórios como a proporcionalidade entre as finalidades da intervenção e os riscos dela²¹⁴⁰.

²¹³⁶ O critério remonta aos anos 70 do século XX. Cf. LARENZ, “Zum heutigen Stand der Lehre von objektiven Zurechnung im Schadensrecht”, ... cit., p. 87

Sobre ele, cf., novamente, ANTÓNIO FERNÁNDEZ CRENDE, “Imputación objetiva en un caso de responsabilidad civil ex delicto...”, ... cit., p. 6 e ss.; ZIMMERMANN, “Herausforderungsformel und Haftung...”, ... cit., p. 16; ID., “Der Selbstmord als Gefährdungssachverhalt-Aufwendungs-oder Sachensersatz für den Retter”, *Zeitschrift für das gesamte Familienrecht (FamRZ)* 1979, p. 103 e ss., p. 103 e ss.; TILL RISTOW, *Die psychische Kausalität...* cit., p. 71 e ss. e 136 e ss.; DIETER MEDICUS, *Grundwissen...* cit., p. 167; ID. *Bürgerliches Recht...* cit., p. 409; LARENZ, *Hegels Zurechnung...* cit., p. 87 e ss.; ID., “Zum heutigen Stand der Lehre von der objektiven Zurechnung ...”, cit., p. 79 e ss., em especial p. 87 e ss.; ID., *Lehrbuch...* cit., I, p. 452 (definindo a provocação de acordo com o motivo oferecido e aplicando o critério quer à causalidade fundamentadora da responsabilidade, quer à causalidade preenchedora dela. Para o autor, a provocação retira àquele a quem se dirige a plena espontaneidade da sua conduta, impedindo que tenha um total domínio sobre o facto); DEUTSCH, *Allgemeines Haftungsrecht...* cit., p. 106; NILS JANSEN, *Die Struktur...* cit., p. 127 e ss.; HERMANN LANGE/GOTTFRIED SCHIEMANN, *Handbuch des Schuldrechts...* cit., p. 131 e ss. e p. 142 e ss.; HERMANN LANGE, “Adäquanztheorie...”, ... cit., p. 206.; FORST, *Grenzen deliktischer ...* cit., p. 96 e ss.; HEINZ KORIATH, *Kausalität, Bedingungstheorie und psychische Kausalität*, Göttingen, 1988, p. 193 e ss. ; RICARDO DE ANGEL YAGÜEZ, *Tratado de responsabilidad civil*, ... cit., p. 794; PANTALEÓN, “Causalidad e imputación objetiva”,... cit., p. 1561 e ss. (falando em dois grupos de casos nos quais é possível fazer apelo ao critério da provocação: casos de provocação; casos em que o lesado assume o risco que o vítima ou que lesa um terceiro, no intuito de salvaguardar um bem jurídico alheio em face de uma situação de perigo criada pelo responsável)

²¹³⁷ Importa não confundir o critério da provocação com a ideia de provocação enquanto eventual atenuante da culpa, de que se fala no seio da doutrina penalista.

²¹³⁸ Note-se que o que fica dito a propósito da conduta interferente do lesado pode ser equacionado quando um sujeito induz outro – que não o próprio lesado – à prática de um acto ilícito gerador de danos para um terceiro. Em apreço parece estar, então, uma ideia de causalidade psicológica. Sobre ela, recordem-se os dois modelos propostos por FORST (cf. cap. VI).

²¹³⁹ Cf. TILL RISTOW, *Die psychische Kausalität...* cit., p. 138.

²¹⁴⁰ Novamente, TILL RISTOW, *Die psychische Kausalität...* cit., p. 138. Esclarece, ainda, o autor que “há um âmbito de risco entre o *allgemeinen Lebensrisiko* (abaixo) e o excesso (acima) do segundo agente, pelo qual o primeiro agente não é responsável. Neste corredor abre-se a porta para o concurso de culpas do lesado, nos termos do § 254 BGB”. Isto é, na ponderação da repercussão da dita *provocação*, há que estabelecer algumas balizas. Por um lado, temos de ter em conta que o dano experimentado não pode inscrever-se no risco geral da vida, uma vez que por ele não é responsável o lesante; por outro lado,

O sentido da provocação não deixa, contudo, de ser problemático, levando alguns autores a alertar para o facto de o uso linguístico da expressão se mostrar enganoso²¹⁴¹. Note-se que a fórmula só parece apresentar algum conteúdo útil se e na medida em que pudermos descortinar no comportamento do lesado uma forma de actuação livre. Se for manietado pelo lesante, torna-se inequívoco que este será responsabilizado pelo dano sobrevivendo, porquanto reduzido a mero instrumento, excluindo-se assim a esfera de auto-responsabilidade que não pode deixar de andar ligada a uma ideia de personalidade²¹⁴². Entre este extremo e uma actuação absolutamente livre do lesado, é possível encontrar um meio-termo, para o qual aponta o critério da provocação. O lesado é, em determinadas situações, induzido a actuar num certo sentido, afigurando-se que o homem médio, naquelas circunstâncias, se teria comportado do mesmo modo. Quando assim é, parecem não restar dúvidas acerca da afirmação da imputação, já que tal não significa mais do que a descoberta de que o dano – independentemente da sua causa naturalística mais próxima – se insere na esfera de responsabilidade do lesante²¹⁴³. Excluir-se-á a imputação quando o lesado, pese embora a provocação – isto é, não obstante o comportamento do lesante potenciador da sua actuação²¹⁴⁴ –, se comporta de forma desrazoável²¹⁴⁵. Mas afirmar-se-á a mesma

afasta-se a imputação sempre que se verifique um excesso na reacção do lesado, podendo abrir-se as portas à aplicação do regime concursal.

²¹⁴¹ Cf. TILL RISTOW, *Die psychische Kausalität...* cit., p. 139 e 142. Afirma o autor que hoje em dia a fórmula, aperfeiçoada pela jurisprudência, tem um sentido desarraigado do geral uso da linguagem, surgindo como uma questão relativa à imputação de responsabilidade nos casos de causalidade mental. Adianta, ainda, que, nos casos em que o valor moral do segundo acto não é claro, deve ser, segundo a posição maioritária da jurisprudência, abandonado o critério da provocação.

Veja-se, igualmente, em sentido crítico do critério da provocação, chegando mesmo a apontar a sua imprestabilidade, NIEBAUM, “Die Verfolgungsfälle und ihre Wertungskriterien”, *Neue Juristische Wochenschrift*, 76, p. 1673 e ss.

Cf., também, FORST, *Grenzen...* cit., p. 96 e ss., mostrando o âmbito restrito de aplicação do arrimo criteriológico.

²¹⁴² Nesse sentido, rememore-se a lição de STEPHAN PHILLIPP FORST, *Grenzen deliktischer...* cit., p. 131, mostrando que, se há instrumentalização do segundo agente, no quadro da problematização da causalidade dita psicológica, não é possível recusar a recondução do dano à esfera do primeiro sujeito que actua.

²¹⁴³ A perspectiva com que se aborda o critério da provocação mostra-nos como ele só pode ser considerado no quadro mais amplo e mais denso do cotejo de esferas de risco e responsabilidade. Cremos, por isso, que nesta medida se aplacam algumas das dúvidas que certos autores derramam sobre a fórmula. Nesse sentido, evidenciando que a ideia de provocação falha na apresentação de um fundamento mais convincente, v. LEITERMEIER, *Die deliktsrechtliche Haftung des Verfolgten für Schaden bei der Verfolgung*, Dissertation Erlangen, 1978, p. 50.

Sobre o critério da provocação, vide, igualmente, MARTÍN GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, *Imputación objetiva...* cit., p. 102, considerando que a fórmula da provocação fornece um critério para saber se o acto é ilícito ou não.

²¹⁴⁴ Note-se que esta provocação não deve ser entendida no sentido da existência de um comportamento intencional do lesante para inculcar no lesado a necessidade de actuar num determinado sentido. Pelo contrário, a situação criada pelo primeiro agente faz gerar um quadro de actuação dentro do qual é ou moralmente obrigatória a actuação do lesado ou pelo menos razoável.

quando, não estando em causa uma indução ao comportamento, e portanto uma provocação no sentido estrito do termo, se pode verificar uma limitação da liberdade do lesado ao ponto de se concluir, no cotejo de esferas de risco, que o evento é ainda pertença do círculo encabeçado pelo lesante²¹⁴⁶. É o que acontece sempre que se verifica

Cf., porém, TILL RISTOW, *Die psychische Kausalität...* cit., p. 93, mostrando que o princípio da provocação exige, como pressuposto, que o lesado se tenha sentido obrigado a intervir, se tenha sentido verdadeiramente desafiado, não bastando que tenha havido uma solicitação no sentido da acção, e p. 138, enunciando o critério com a seguinte formulação: “o primeiro agente é responsável por um dano próprio do segundo agente, quando o primeiro provoca, através de uma acção censurável, o segundo agente para um auto-perigo e havia uma finalidade voluntária”, não sendo, portanto, responsável quando há criação de um novo perigo pelo lesado.

²¹⁴⁵ Cf. STEPHAN PHILLIPE FORST, *Grenzen deliktischer ...* cit., p. 139; TILL RISTOW, *Die psychische...* cit., p. 138. Para a contemplação dos limites de que beneficia a responsabilidade do primeiro agente, cf. p. 74 – “acções totalmente despropositadas do segundo agente – designadamente se há uma total desproporção entre o risco que foi gerado e a intervenção do segundo” não devem ser imputadas ao lesante.

Não haverá imputação, portanto, se o lesado actuar de forma excessiva (falando de *Exzeß des Zweitverursacher*, v. FORST, *Grenzen ...cit.,loc.cit.*) Veja-se, porém, HANS STOLL, *Kausalzusammenhang...* cit., p. 33, mostrando a necessidade de se compreender a reacção do segundo agente para se proferir um juízo materialmente adequado.

Problemáticas poderão ser as situações em que o lesado reage emotivamente e com medo. Poderá a desrazoabilidade do seu comportamento ser justificado por esta via, considerando-se que o risco de tal desproporção corre ainda por conta do lesante?

V., igualmente, TILL RISTOW, *Die psychische Kausalität...* cit., p. 138, considerando que não há responsabilidade quando o segundo agente cria um novo perigo que não foi provocado pelo comportamento do primeiro agente, tendo este funcionado apenas como oportunidade para ele; quando o perigo é potenciado por um comportamento inconveniente do segundo agente, o que implica um juízo de proporcionalidade entre as finalidades da intervenção (o normal para evitar o resultado para o segundo agente) e o risco da intervenção (os perigos que o segundo agente suporta ao actuar), podendo afirmar-se que há uma limitação da esfera de risco diante da desproporcionalidade do comportamento do segundo agente e diante do excesso. Sustenta, a este ensejo, que deve fazer-se uma análise da relação meio-fim para, a partir dela, constatar-se se existem ou não novos riscos ou se apenas se está perante um desenvolvimento da situação perigosa criada pelo primeiro agente. Nesse ensejo, será importante estabelecer uma hierarquia de ameaças: os direitos absolutos e os bens jurídicos do § 823 I são para classificar superiormente; perigos para os direitos individuais são para colocar em lugar cimeiro relativamente aos perigos para os direitos públicos e os interesses criminais – cf. p. 208.

Cf., também, HERMANN LANGE/GOTTFRIED SCHIEMANN, *Handbuch des Schuldrechts...* cit., p. 136, ensinando que, de acordo com a jurisprudência prevalecente, o critério da provocação é para aplicar “mesmo que o dano só se concretize por uma reacção potencialmente perigosa do lesado”. Importante, ainda, notar a diferença entre uma reacção que não é “economicamente óptima”, mas pode ser tida como uma resposta compreensível. Note-se que, no quadro da problematização das reacções do lesado, os autores tecem considerações acerca das chamadas reacções mentais/psicológicas do lesado. Problema particularmente candente a este ensejo é o colocado pelas situações em que, no seguimento de uma actuação do lesante, o lesado comete suicídio. A este propósito, cf. CENDON, Paolo/GAUDINO, Luigi – “Suicidio e risarcimento del danno”, *Studi in memoria di Gino Gorla*, tomo III, Giuffrè Editore, Milano, 1994, p. 2113 e ss.; GEMA DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, “La responsabilidad civil por los daños derivados del suicidio. A propósito de la STS de 11 de marzo de 1995”, *Anuario de Derecho Civil*, tomo XLIX, fasc. I, enero-marzo MCMXCVI, p. 101 a 186; BORDON/ROSSI/TRAMONTANO, *La nuova responsabilità civile*, ...cit., p. 114 e ss., 191 e ss.

Acerca do critério da provocação, vide, também, HERMANN LANGE, “Adäquanztheorie, Rechtswidrigkeitszusammenhang...”, ... cit., p. 206 e ss.

²¹⁴⁶ No sentido de não reconhecer na fórmula da provocação um critério abrangente, cf. STEPHAN PHILLIPE FORST, *Grenzen deliktischer...* cit., p. 96 e ss.

Note-se, ademais, que o arrimo criteriológico surge, as mais das vezes, associado a casos de perseguição ou em que há um impulso para uma intervenção urgente do lesado. Cf. ZIMMERMANN, “Herausforderungsformel...”, ... cit., p. 12 e ss. e TILL RISTOW, *Die psychische Kausalität...* cit., p. 71,

considerando que o *Herausforderungskriterium* foi desenvolvido para os casos de prestação de socorro e salvamento (*Nothilfe und Rettungsfälle*), embora possa ser aproveitado para todos os casos em que há assistência por parte daquele que depois se transforma em lesado (*Hilfeleistung*). Cf., novamente, PANTALEÓN, “Causalidad e imputación objetiva”,... cit., p. 1561 e ss.

Sobre estes casos, cf. WEINRIB, “The case for a duty to rescue”, *Yale Law Review*, 90, 1980, p. 247 e ss.

Veja-se, também, THEO SCHWARZ, “Der Grenzen deliktischer Verantwortlichkeit für Gesundheitsbeschädigungen in den Fällen freiwilliger Hilfeleistung”, *Juristenzeitung*, 21, Heft 5/6, 1966, p. 162 e ss.

A propósito dos casos de socorro, cf. FORCHIELLI, *Il rapporto di causalità...* cit., p. 63, nota 16. Entende o autor que a exigência de uma conduta culposa implica que não se possa responsabilizar aquele que leva a cabo uma acção imprudente no quadro de uma tentativa de socorro. Havendo culpa por parte do socorrista, deve aplicar-se o artigo 1227º/2 CC. Idênticas considerações valem para o médico que leva a cabo uma intervenção cirúrgica arriscada, justificada pelas circunstâncias depois de um ferimento provocado pelo agente A. O nexó causal entre a primeira lesão e a morte só pode ser interrompida se se verificar um grave erro médico por parte do cirurgião. A solução estava já patente no direito romano – ALFENO, D. 8,2, 30, 4. Ainda a propósito da actuação médica que agrava um primeiro dano, cf., na citada obra do autor italiano, p. 77 e ss. Sublinhando que o agravamento provocado pelo médico não é contemporâneo da lesão inicial, o autor entende que não estamos diante de uma verdadeira hipótese de concurso, entrando-se verdadeiramente no âmbito de aplicação do artigo 1227º/2 CC. É claro que se o agravamento for simultâneo à produção da lesão inicial, então, dever-se-á mobilizar o nº1 do artigo 1227º CC.

Sobre o ponto, cf., ainda, por referência ao ordenamento jurídico francês, FLORENCE G’SSELL-MACREZ, *Recherches...* cit., p. 157, onde a autora, no quadro da análise da teoria da equivalência das condições do ponto de vista do direito positivo, nos diz que, “em muitos casos, os juizes não exigem (...) que o facto tenha um carácter preponderante ou que tenha aumentado sensivelmente a probabilidade do dano”. É o que ocorre, por exemplo, nos acidentes médicos subsequentes a um acidente de circulação: “o juiz admite imputar o dano final ao autor do acidente inicial, mesmo quando se verifica uma *faute* do médico”.

Sob a égide da provocação, são, então, decididos no ordenamento jurídico alemão os chamados casos de socorro, salvamento e necessidade a que também já aludimos – *Nothilfe, Rettungsfälle e Hilfeleistung*. Pelo carácter exemplar de algumas das hipóteses a que temos acesso pelos trabalhos de insígnis juristas, cf. HANS STOLL, “Rechtsfragen bei Hilfeleistungen in vermeintlicher Not”, *Festgabe für Hermann Weinauer zum 70. Geburtstag*, Berlin, 1980, p. 411 e ss.; ID., *Haftungsfolgen...* cit., p. 463 e ss.; D. NÖKEL, *Die Rechtsstellung des Nothelfers. Anglo-amerikanisches im Vergleich zum deutschen Recht*, 1968, p. 117 e ss., considerando a este propósito, o problema da gestão sem mandato (*Geschäftsführung ohne Auftrag*); LARENZ/CANARIS, *Lehrbuch...* cit., II/2, p. 427; FORST, *Grenzen...* cit., p. 95; HERMANN LANGE/GOTTFRIED SCHIEMANN, *Handbuch des Schuldrechts...* cit., p. 131 e ss. (considerando que nos casos de emergência – *Nothilfefälle* –, como aqueles em que A tenta travar um cavalo e lesiona-se ou em que A é ferido por um autocarro quando tenta ajudar uma senhora ferida num acidente de automóvel, o salvador tem uma pretensão de acordo com o § 677 BGB – gestão de negócios –, mas também com base nas regras da responsabilidade civil, falando, então, de um dever de comportamento de não se criarem situações sociais inadequadas de emergência, ao mesmo tempo que consideram as obrigações morais de intervir em determinadas situações. Advertem, contudo, que a responsabilidade se exclui se o dano do salvador foi causado no âmbito do salvamento mas não tem conexão interna com os seus riscos específicos); e novamente TILL RISTOW, *Die psychische Kausalität...* cit., p. 47 e ss.

TILL RISTOW apresenta e analisa diversas hipóteses práticas, que unifica sob este denominador comum. Se atentarmos em algumas delas, conseguiremos perceber, com clareza, a verdadeira intencionalidade do critério que se assume como guia do decidente. Assim: 1) E culposamente provoca um acidente, ficando o automóvel em chamas. Z tenta salvar o ferido E e o passageiro D e acaba por ficar com queimaduras, exigindo, por isso, uma indemnização a E; 2) O médico remove a D, filho de Z, numa operação, um rim, que poderia ter sido resgatado. Z doa o rim à criança e exige do médico uma compensação; 3) E é responsável por um incêndio e um bombeiro tenta acorrer às chamas, ficando ferido; 4) E causou culposamente um acidente, danificando o automóvel de D. Em seguida, foge, para não ter de responder pelos danos e Z persegue E para descobrir a identidade do condutor. Enquanto o segue, danifica o seu automóvel e pretende, agora, que E lhe pague uma indemnização.

Cf. p. 71, onde nos confrontamos com as dúvidas levantadas pela doutrina a propósito da tentativa de solução destes casos à luz da ideia de provocação. Sempre ligada a uma ideia de adequação social, questiona-se se a noção de emergência em si mesma não contém uma noção de inadequação. Acresce ser, no parecer do jurista, discutível a ideia da criação de uma obrigação moral de agir quando está em causa uma situação que pode provocar graves lesões para o próprio, designadamente na sua integridade física e

na sua vida. Também a invocação do interesse público para sustentar a imputação se mostra frágil no seu pilar sustentador, já que a responsabilidade civil anda longe da prossecução de interesses gerais. Com isto, conclui RISTOW que a melhor formulação passa pelo confronto entre o comportamento do primeiro e do segundo agente. Cremos, na verdade, que sob a capa da provocação se encerram diversas hipóteses convergentes no que toca ao fundamento imputacional. Com ela quer-se evidenciar que o segundo agente – ou nos casos que nos interessa o próprio lesado – não actuou com pleno domínio da sua vontade, excluindo-se a auto-responsabilidade para se abraçar a recondução da lesão à esfera de risco/responsabilidade encabeçada pelo primeiro lesante. Hipóteses haverá em que o comportamento deste gera uma situação de tal modo urgente que o lesado passa a encontrar-se numa verdadeira situação de necessidade. A actuação dele não é feita no próprio risco, mas como resposta ao anterior comportamento do lesante. Não é aí a probabilidade do sentido da sua actuação que nos deve preocupar, mas a exigibilidade de adopção de um comportamento alternativo. Sempre que esta se mostre excluída – seja em virtude dos bens jurídicos afectados, seja em virtude da gravidade da lesão, seja em virtude do medo experimentado, seja em virtude da iminência do perigo –, então haveremos de concluir que o resultado pertence, ainda, à esfera do primeiro lesante. Já não será assim nas situações em que o lesado assume, a expensas próprias, um risco (cf. ZIMMERMANN, “Herausforderungsformel und Haftung für fremde Willensbetätigung nach § 823 I BGB”, ... cit., p. 13, falando da *Herdenreaktion*). Índícios disso encontram-se na deproporção da reacção em face ao risco, na irracionalidade do perigo quando a causa de ajuda é fútil. Uma vez mais, v. TILL RISTOW, *Die psychische Kausalität...* cit., p. 74 e ss. e HERMANN LANGE/GOTTFRIED SCHIEMANN, *Handbuch des Schuldrechts...* cit., p. 134 e ss.

Na ponderação destes casos avultam alguns dados que impora reter: a inexistência de uma obrigação geral de não se esquivar à perseguição; o interesse geral em assegurar que a lei seja aplicada (nas hipóteses de perseguições policiais); a criação de uma situação de perigo socialmente inadequada; o aumento do risco e a não responsabilidade pelos normais riscos do tráfego.

Assim sendo, entende-se que a provocação não tem aqui o sentido de indução à acção. Não só podem decidir-se em sentido afirmativo casos em que o comportamento do lesante não foi intencional (ou, pelo menos, intencional por referência ao comportamento do salvador), como há que perceber que muitas hipóteses em que A induz B a levar a cabo uma determinada acção não excluem por si só a autoresponsabilidade de B, se daí resultar uma lesão própria. Ou seja, o sentido da decisão não se deve procurar num juízo de prognose estribado na probabilidade, mas deve ancorar-se no referente ético-axiológico do dever, determinando-se se aquele B fica ou não privado de uma alternativa de acção. Acresce que haverá, ainda, situações em que, estando B privado dessa opção, ele previamente assumiu o risco de se submeter a um nível de perigo acrescido. Pense-se no caso, também relatado por RISTOW, que envolve um polícia – cf. TILL RISTOW, *Die psychische Kausalität...* cit., p. 91 e ss e p. 122 (considerando, a um tempo, a maior amplitude da esfera de risco do polícia, a existência de responsabilidade do primeiro agente quando exista, da parte daquele, uma obrigação para deter o infractor e a necessidade de se manter um contínuo contacto com o perseguido, sob pena de deixar de existir fuga e se abrir uma investigação criminal). Vide, igualmente, NIEBAUM, “Die Verfolgungsfälle und ihre Wertungskriterien”, ...cit., p. 1673; HERMANN LANGE/GOTTFRIED SCHIEMANN, *Handbuch des Schuldrechts...* cit., p. 137 e ss.; FORST, *Grenzen...* cit., p. 140; REINHOLD WEBER, “Verfolgungsfälle: objektive und subjektive Zurechnung”, *Festschrift für Steffen zum 65. Geburtstag am 28. Mai 1995: der Schadensersatz und sein Deckung*, De Gruyter, Berlin, New York, 1995, p. 507 e ss.

Veja-se, também, por referência ao ordenamento jurídico austríaco, RUDOLF WELSER, “Der OGH und der Rechtswidrigkeitszusammenhang”, *Österreichische Juristenzeitung*, 1975, p. 6 e ss., analisando o problema daqueles que se colocam em perigo para salvar alguém, no seguimento de uma actuação do primeiro agente que causa um acidente, e considerando que a finalidade de protecção da norma violada abrange os salvadores.

Cf., ainda, CARNEIRO DA FRADA, *Teoria da Confiança...* cit., p. 624, falando dos casos de *auto-sacrifício no tráfico (Selbstopferung im Verkehr)* e lidando com o caso do automobilista que, para poupar uma criança, se desvia na via e vai embater num muro, saindo ferido. Ensina o autor, que a par da tentativa de solução por meio da responsabilidade delitual, muitos invocam a gestão de negócios ou o estado de necessidade para fazer face a estas situações. A primeira solução pressupõe que se possa considerar o comportamento da criança (ou o procedimento do responsável por ela) como causa do prejuízo sofrido pelo autor da manobra de emergência. As outras permitem sublinhar o carácter autónómico da decisão do condutor de evitar o dano alheio através de uma conduta de que acaba por sair prejudicado, pois procuram uma forma de imputação do dano que não passa pelo estabelecimento de uma causalidade directa entre esse prejuízo e o comportamento de quem induziu a acção do lesado.

A este propósito, veja-se, no jogo de princípios imputacionais que o autor nos oferece, LARENZ, “Die Prinzipien der Schadenszurechnung...”, ... cit., p. 376, falando das situações de *Schadensausgleich bei*

um déficit informacional ou quando nos confrontamos com um estatuto de autoridade²¹⁴⁷ detido pelo lesante^{2148 2149}.

ausnahmsweise erlaubter Inanspruchnahme fremde Gutes e analisando diversas disposições (§ 904 S.2. – *Notsand*; §§ 867 S.2., 962 S.3. e 1005 – *Verfolgungsrecht*; § 912 II – *Überbaurente*; § 917 II – *Notwegrente*). Explica, ainda, que a jurisprudência, a partir do § 904 BGB e do § 26 GewO, desenvolveu um princípio geral segundo o qual o proprietário tem de suportar excepcionalmente a intervenção na sua propriedade no preponderante interesse do outro ou da generalidade, tendo, para compensar o sacrifício, direito a uma indemnização. Acrescenta, também, que, por analogia com a pretensão de sacrifício do direito público, se fala de *zivilrechtlichen Aufopferungsanspruch*. A responsabilidade pelo sacrifício e a ideia de compensação dos prejuízos causados remontam-nos para a consideração das situações de estado de necessidade, a que o Código Civil português também faz menção expressa. Porque a figura tem sido tratada tradicionalmente no seio da exclusão da ilicitude e a par da previsão de hipóteses de responsabilidade por factos lícitos, remetemos para momento posterior maiores desenvolvimentos sobre o ponto. Anote-se, aqui, que, pese embora o recorte fáctico de que se parte nas situações que vínhamos pensando e aquelas que agora LARENZ dá eco seja o mesmo, o enfoque é diverso, porquanto sejam também diversas as pretensões que alicerçam cada uma das lucubrações.

²¹⁴⁷ São três os requisitos genericamente formulados para que o lesante responda pelo dano nestas situações: a) o lesante tem de insinuar uma posição de autoridade, que pode resultar de um especial conhecimento ou do exercício de uma profissão; b) o lesante tem de ter transmitido a informação ao lesado nessa sua posição de autoridade (através de um conselho, uma declaração, uma informação); c) o lesado tem de actuar baseado na informação – cf. TILL RISTOW, *Die psychische Kausalität...* cit., p. 211 e ss.

A este propósito, embora num quadro de problematização distinto do nosso, cf. HART e HONORÉ, *Causation...* cit., p. 52 e ss., e FLORENCE G'SELL-MACREZ, *Recherches...* cit., p. 268, distinguindo a causalidade humana da causalidade natural e referindo que, no quadro da primeira, temos de estar mais atentos aos motivos, razões de agir do que à causalidade propriamente dita. Assim, distingue duas hipóteses: a) “o homem, com as suas palavras ou os seus actos, dá a outro uma razão para fazer qualquer coisa”; b) fornece uma oportunidade para agir. É dentro do binómio que G'SELL-MACREZ fala de incitamento para agir (a pessoa provoca a acção de outra, que age em conformidade, sendo, para tanto, necessário que “as palavras e acções da primeira sejam conhecidas e compreendidas pela segunda; que a intervenção seja decidida depois de tal palavras e actos; que a pessoa tenha a intenção de fazer a segunda agir da maneira que agiu”) e do fornecimento de uma oportunidade para agir (quando a pessoa fornece a outra o meio ou informação necessária para que actue).

²¹⁴⁸ Cf. STEPHAN PHILLIPE FORST, *Grenzen deliktischer ...* cit., p. 135 e ss. Como mencionámos *supra*, essa liberdade sairia excluída quando o segundo agente tinha obrigação de agir; quando o primeiro agente cria uma situação diante da qual o segundo passa a ter a obrigação de actuar, sob pena de se sujeitar a determinadas sanções ou efeitos nefastos. Do mesmo modo, sugere-se haver uma constrição da liberdade humana sempre que uma acção seja autorizada (p. 135) e bem assim sempre que o primeiro agente detenha em relação ao segundo uma posição de autoridade (p. 137), ou possua um nível cognitivo ou um grau de competência superior aos detidos por este que desequilibre o jogo de forças envolventes, ao ponto de se considerar fundamentamente que a liberdade do segundo agente se afigura coarctada (p. 138).

Veja-se, igualmente, TILL RISTOW, *Die psychische Kausalität...* cit., p. 143; NIEBAUM, *Die Deliktische Haftung für fremde Willensbetätigung, Eine Untersuchung vor allem mit Blick auf die Reichweite der Verantwortlichkeit für Rechts- oder Rechtsgüterverletzung i. S. d. § 823 I BGB*, Duncker & Humblot, Berlin, 1977, p. 92, falando de uma relação de subordinação como fundamento da imputação, como nos casos em que o lesante surge como um prestador de informações – *Befehlsgeber*.

²¹⁴⁹ Integram-se aqui situações atinentes, *inter alia*, à responsabilidade médica. Nesse sentido, uma vez mais TILL RISTOW, *Die psychische Kausalität...* cit., p. 77, dando exemplos.

A este ensejo, importa questionar a possível chamada à colação do princípio da confiança como índice de ponderação imputacional. Sobre o ponto, cf. BRANDÃO PROENÇA, *A conduta do lesado...* cit., p. 93, nota 237. Pergunta o autor se “seremos responsáveis por não ter previsto condutas culposas alheias ou se, pelo contrário, podemos confiar numa conduta normal dos outros”. O sentido da interrogação do civilista português anda longe da dúvida por nós pantenteada. Na verdade, se BRANDÃO PROENÇA coloca o acento tónico no eventual papel que a confiança desempenha no seio das relações anónimas do dia-a-dia, nesta nota a confiança surge reforçada pelo estatuto de autoridade científica que o lesante assume. No exemplo de TILL RISTOW, o médico E receitou ao seu paciente Z um medicamento de arsénico, para tratamento de uma verruga e deu-lhe a instrução acerca da dosagem correcta, esquecendo-se de o alertar para o facto de este ser um tratamento de curta duração. Z tomou o remédio durante tempo demais e sofreu uma

Fora das hipóteses em que o comportamento do lesado se afigure privado de liberdade, há que ter em conta a esfera de responsabilidade por ele assumida^{2150 2151}.

intoxicação por arsénico, reivindicando uma indemnização. O défice informacional de que padece o lesado, associado à especial confiança que a posição do médico gera, determinam a imputação do dano à omissão de esclarecimento, pese embora a causa mais próxima da lesão se encontre na própria actuação da vítima. Dir-se-á, ademais, que o dever de evitar lesões na integridade física através do cumprimento de deveres de informação se integra na esfera de responsabilidade do clínico.

Não se poderão, contudo, extrapolar conclusões. A páginas 84, RISTOW fornece-nos um exemplo paradigmático disso: E passa o semáforo com o sinal vermelho. Z vê-o e segue-o, sendo colhido por um automóvel e ficando ferido. Z demanda E e exige dele uma indemnização. Porque se limita a imitar um mau exemplo de E, Z não deverá ter direito a qualquer ressarcimento pelo dano sofrido, avultando, antes, uma ideia de auto-responsabilidade (*Herdenreaktion*).

Daqui podemos retirar algumas conclusões. Em primeiro lugar, para que o princípio da confiança se torne actuante, importa que haja, de facto, uma confiança digna de tutela. Em segundo lugar, isso implica que, ao actuar no tráfego, cada pessoa pode esperar que os outros se comportem como pessoas razoáveis. Nessa medida, a chamada à colação da confiança pode relevar como expediente de delimitação do impacto da esfera de responsabilidade e risco de cada sujeito. Mas já não pode ser chamada a depor de modo formalístico que desatenda às especificidades dos casos concretos. Na verdade, pode haver situações em que o dever que impende sobre o primeiro lesante, e a partir de cuja obliteração se actualiza uma esfera de responsabilidade/risco, vai pensado para obviar a possíveis situações de desconformidade com o direito. Nessa medida, seria um contrassenso invocar-se o princípio da confiança para se obstar à imputação.

Veja-se, ainda, sobre a questão da confiança, CARNEIRO DA FRADA, *Teoria da confiança...* cit. e BAPTISTA MACHADO, “Tutela da confiança...”, ...cit.

²¹⁵⁰ Veja-se, uma vez mais, TILL RISTOW, *Die psychische Kausalität...* cit., p. 143, considerando as situações em que a causa inicial oferece uma fonte de perigo e o segundo agente se lesa a si mesmo, pela actualização daquele, e sustentando que se denota aí uma certa analogia com os casos de provocação. O *tertium genus* que viabiliza o juízo analógico encontrar-se-ia, segundo o testemunho do autor, na previsibilidade do dano. Admite, não obstante, que a limitação da responsabilidade a favor do primeiro agente é, aqui, menor do que nos *Herausforderungsfälle*.

²¹⁵¹ A este propósito, cf. CHRISTOPHE QUÉZEL-AMBRUNAZ, *Essai sur la causalité...* cit., p. 275 e ss. No quadro de um esquema imputacional diferente do nosso, o autor adianta que a causalidade é interrompida (ou seja, há causalidade negativa) quando intercede na cadeia causal um comportamento livre, concluindo, portanto, que a “liberdade aparece como o critério da ruptura causal”. Já não o seria a eventualidade do acontecimento (que deve ser aferido no quadro de uma causalidade colateral. Ela pode ter um efeito exoneratório, não se podendo, contudo, falar especificamente de uma ruptura do nexo de causalidade – cf. p. 276). Sublinhe-se que o autor liga o conceito de liberdade a uma ideia de autoridade, entendida como o contraponto da primeira. Para QUÉZEL-AMBRUNAZ, o simples *novus actus interveniens* não é suficiente para romper o nexo de causalidade, sob pena de se dar acolhimento à teoria da causa próxima. Ele tem de apresentar determinadas características, não sendo bastante a exterioridade para se afirmar a causalidade negativa. Há-de ser, como referido, na liberdade que se encontra o critério determinante da operatividade daquela intervenção. Assim, o critério da causalidade positiva é a explicação e o critério da causalidade negativa é a liberdade – cf. p. 270 –, donde, porque os actos intencionais são livres, eles são de molde a romper o nexo de causalidade. Se a vontade aparecer constrangida, condicionada ou determinada, o acto não é livre e, portanto, não se denota a causalidade negativa – cf. p. 280.

Veja-se, também, p. 283. Sendo o critério da causalidade negativa a liberdade, esta qualidade não está acessível aos factos não humanos. Nessa medida, os eventos naturais não podem ser expressão de uma vontade e não podem interromper o nexo de causalidade, contrariamente ao facto humano, que pode ser um facto de uma vítima ou de um terceiro. A ideia de ruptura do nexo de causalidade por um evento natural é entendido como uma consequência do facto fortuito ou de força maior, mas, como se sabe, não é unânime a doutrina no tocante a saber qual o impacto dela no quadro do sistema delitual (designadamente, se afecta o nexo de causalidade, se interfere com a culpa ou se tem impacto ao nível de uma outra categoria adicional, a imputação – cf. p. 285).

Cf., ainda, a propósito do *novus actus interveniens*, MICHAEL S. MOORE, “The Metaphysics of Causal Intervention”, ... cit., p. 827 e ss., falando de determinados factos que podem romper o nexo de causalidade (acções humanas deliberadas, eventos naturais anormais, *preemptive causes*), mas alertando que pode haver responsabilidade por se falhar na prevenção de tais factos ou por se ter contribuído, de

Ideias como a assunção do risco, a autocolocação em risco ou a heterocolocação em risco consentido tornam-se, então, operantes^{2152 2153 2154 2155 2156}. Tornadas célebres pela

algum modo, para a eficácia deles (casos de responsabilidade por omissões, casos em que se concedeu a oportunidade a terceiros para lesar, casos em que se incentiva o terceiro a causar o dano).

Infra teremos oportunidade de explicitar qual o nosso entendimento acerca da interrupção do nexo de causalidade.

²¹⁵² Sobre o ponto, cf. MARTÍN GARCIA-RIPOLL MONTIJANO, *Imputación objetiva...* cit., p. 211 e ss. Vejam-se, ainda, os exemplos apresentados pelo autor a págs. 40 e ss. Tratando do problema da *cooperação na autocolocação em perigo dolosa*, MONTIJANO aborda alguns casos: A aconselha B e atravessar um lago coberto de gelo quebradiço e B morre, questionando-se se A pode ser responsabilizado; A encontra-se em perigo e B vai salvá-lo, enfrentando, com isso, o perigo. Note-se como, sob uma epígrafe comum, se acolhem hipóteses eivadas de uma intencionalidade problemática diversa. Sobretudo importa frisar que teríamos aqui de lidar com a cisão por nós traçada em texto, que visa determinar em que medida o comportamento do lesado se pode considerar livre. Oportunidade, ainda, para nos falar da *colocação em perigo alheia consentida*, alertando para o facto de a doutrina maioritária procurar a solução do problema no quadro do consentimento do lesado, o que não deixa – já o dissémos – de concitar dúvidas, porque quem consente no perigo não consente no resultado, fazendo este parte integrante da ilicitude.

V. p. 45, onde o autor relata o exemplo do contágio com o vírus do HIV: há responsabilidade quando o infectado não alerta o seu parceiro sexual; deixa de se imputar o resultado àquele se o último tem pleno conhecimento do risco e o aceita.

Sublinhe-se, então, para além de uma primeira aproximação a certos conceitos, que para a contemplação deles, o autor procura saber em que medida a actuação do lesado foi ou não livre, mostrando-nos, assim, a íntima relação entre a auto-colocação em risco e a titularidade de uma esfera de responsabilidade.

²¹⁵³ Cf. HANS STOLL, *Handeln auf eigene Gefahr*, ... cit.; GERT BRÜGGEMEIER, *Haftungsrecht*. ... cit., p. 590 e ss., referindo-se às situações em que o lesado, pela sua própria negligência – *mitverschulden* – ou através de um perigo que controla – *mitgefährdung* –, participa na lesão ou amplia danos que são imputáveis, e aproximando-as da chamada conduta em seu próprio risco (*Handeln auf eigene Gefahr*), para as quais olha como “uma forma invertida de responsabilidade objectiva”, por não ser “contestada a decisão individual e racional de se assumir ou não um risco”, embora se deva aí ter particular atenção à posição dos incapazes; DEUTSCH, “Die Mitspielerverletzung im Sport”, *Versicherungsrecht*, 1974, p. 1054 e ss.; ID., *Allgemeines Haftungsrecht*... cit., p. 375 (considerando que a figura pode ser convocada em três grandes grupos: a) participação em viagens; b) eventos perigosos; c) intromissão em propriedade ou instalações alheias. Para uma análise do *Handeln auf eigene Gefahr* no âmbito da prática desportiva, cf. p. 377 e ss.; no âmbito da responsabilidade médica, p. 379. Note-se que o autor propõe a ponderação da analogia com o § 254 BGB, invocando para o efeito a alteração do princípio *Alles-oder Nichts*. Sublinhe-se, ainda, a comparação com o consentimento do lesado – p. 375); ZIMMERMANN, “Verletzungserfolg, Spielregeln und allgemeines Sportrisiko”, *Versicherungsrecht*, 1980, p. 497 e ss.; HERMANN LANGE/GOTTFRIED SCHIEMANN, *Handbuch des Schuldrechts*... cit., p. 642 e ss., realçando a diferença que separa a *Handeln auf eigene Gefahr* (acção em seu próprio risco) e a *schuldhaftes Selbstgefährdung* (autocolocação culposa em risco) e mostrando que a segunda designação é preferível, ao mesmo tempo que indaga se, por via do *Selbstgefährdung*, se exclui a ilicitude (*Rechtswidrigkeitszusammenhang*) ou a culpa; DUNZ, “Reiter wider Pferd oder Versuch einer Ehrenrettung des Handelns auf eigene Gefahr”, ... cit., p. 63 e ss.; TEICHMANN, “§ 823 BGB und die Verletzung eines anderen im Sport”, *Juristische Arbeitsblätter*, 79, p. 293 e ss.; HERBERT MESSER, “Haftungseinheit und Mitverschulden”, *Juristenzeitung*, 34, Heft 11/12, 1979, p. 385 e ss.

Não se deve confundir a invocação do critério do comportamento no seu próprio risco (*Handeln auf eigene Gefahr*) com a tentativa de explicação de casos de responsabilidade independente de culpa. Cf., a este propósito, JOSÉ PINTO COELHO, *A responsabilidade civil*... cit., p. 99 e ss., em análise do pensamento de UNGER, que o erige em fundamento da responsabilidade por um dano causado directamente por uma pessoa a outra, praticando em relação a esta um acto lícito, da responsabilidade por danos causados por uma pessoa indirectamente a terceiro mediante um acto lícito e da responsabilidade pelos danos causados a um terceiro por uma pessoa que actua no interesse de outra – cf., na obra do jurista português, p. 100. PINTO COELHO evidencia que o critério não explica os danos causados por omissão, nem todos os outros casos em que não se realize uma actividade. Acresce que o critério se confunde com o elemento subjectivo da culpa, uma vez que “proceder arriscadamente ou com perigo não é muito diferente de proceder imprudentemente” (cf. p. 102). De UNGER, cf., novamente, *Handeln auf eigene Gefahr*...cit.

²¹⁵⁴ O risco avultaria como arrimo criteriológico e guia do *iter* argumentativo relativamente à globalidade da responsabilidade aquiliana. E seria chamado à liça numa miríade de pequenos nichos.

Parece depor nesse sentido o entendimento derramado por parte da doutrina sobre certos pontos da disciplina delitual. Assim, e embora com contornos nem sempre coincidentes com o nosso ponto de vista, cf. KENNETH W. SIMONS, “Reflections on assumption of risk”, *Boston University School of Law, Working Paper Series, Public Law and Legal Theory*, Research Paper n°2/10, 2002, (www.bu.edu/law/faculty/papers), em especial p. 12 e ss. A perspectiva comunicada leva-nos a considerar o carácter plurissignificativo da ideia de assunção do risco tratada pelo autor. Entre as possíveis interpretações dela, salienta-se a “limitação contratual do direito à indemnização da vítima – *express AR*”, “falta de dever – *implied primary AR*”, “*contributory negligence – implied secondary AR*”, “assunção de um risco voluntária – *tradicional AR*”. Com isto acedemos ao epicentro da lição expendida no estudo citado. Mergulhando na análise do que é e que papel desempenha a chamada *assumption of risk*, SIMONS questiona se a figura deve ser pensada na sua autonomia ou, pelo contrário, assimilada à *comparative faute*. No fundo, e se quisermos transpor a problemática para o âmbito de um ordenamento jurídico como o nosso, o binómio dentro do qual se optará por um dos seus termos oscila entre a autonomia da assunção do risco e a sua assimilação pelos casos de concurso de culpas do lesado. Em qualquer dos casos é a importância do comportamento da vítima que fica sublinhada e a repartição de responsabilidades que emerge contaminada pela ideia de risco. A depor, portanto, não obstante todas as diferenças que nos separam, no sentido da centralidade deste no quadro da responsabilidade civil.

Repare-se, aliás, num esquema sinóptico oferecido por SIMONS a abrangência com que lida com a figura. Assim (cf. p. 4 e 6), temos a considerar, em primeira linha, três hipóteses: a) o lesante estabelece um contrato válido para não ser responsabilizado (*express AR*) e não haverá responsabilidade; b) o lesante não tem um dever para com o lesado ou não quebra esse dever e também não se desvela qualquer responsabilidade (*implied primary AR*); c) o lesante é negligente e o lesado não assumiu o risco no sentido tradicional, pelo que a solução passa pelo cotejo comparativo das respectivas culpas (*ordinary principles of comparative fault*).

Partindo destas situações-tipo, o autor chega, posteriormente, às seguintes conclusões, que esboça em quadro (cf. p. 6)

	<i>P acts reasonably</i>	<i>P acts unreasonably</i>
<i>Express AR</i> (contrato válido entre lesado e lesante)	Não há indemnização	Não há indemnização
<i>Implied primary AR</i> (o lesante não tem nenhum dever para com o lesado ou, tendo-o, não o quebra)	Não há indemnização	Não há indemnização
<i>Ordinary comparative fault (AR)</i> não chega a ser tematizada) O lesante é negligente; o lesado não assume o risco	Indemnização por todos os danos	Indemnização parcial
<i>Implied secondary AR</i> (Lesante é negligente; o lesado assume o risco) 1. Tradicionalmente 2. Fusão com a <i>comparative fault</i>	1. Não há indemnização 2. Não há indemnização	1. não há indemnização 2. indemnização parcial

Independentemente do acerto das soluções expendidas, independentemente também da categorização dogmática encimada, a verdade é que do breve apontamento do autor podemos extrair algumas conclusões não despiciendas. Para o que importará sublinhar pontos menos perceptíveis. Assim, adiantamos que, aos nossos olhos, o que aqui vem cunhado como *express AR* se aproxima da problemática das cláusulas de exclusão da responsabilidade, cuja validade ou invalidez foi entre nós magistralmente tratada por PINTO MONTEIRO (*Cláusulas Limitativas ... cit.*). Referência igualmente importante para o facto de quer a *Implied primary AR*, quer a *Ordinary comparative fault* se mostrarem consentâneas com o sentido imputacional que emerge num ordenamento jurídico de estrutura análoga ao nosso e matizado com a mesma intencionalidade predicativa. O mesmo se pode dizer da *implied secondary AR*, em que afinal a segunda se vem a traduzir. E a ser assim, então é o sentido do risco que passa a integrar a sindicância que se faça do acto. É certo que o discurso do autor se escora do lado da vítima, mas não é menos verdade que a *comparative fault* para que nos remete, ao implicar o cotejo de

doutrina penalista, relevaram sobretudo para esclarecer em que medida houve ou não, atento o âmbito dele, preenchimento do tipo legal. Razão bastante para não serem amplamente sistematizadas ao nível civilístico e para, quando o são, darem origem a discrepâncias doutrinárias e jurisprudenciais de que importa dar conta. Na verdade, originariamente, a sua transposição para o quadro da responsabilidade civil operou-se por via da recondução das figuras para o consentimento do lesado, numa orientação jurisprudencial que haveria de receber o repúdio posterior de autores como LARENZ²¹⁵⁷. Tal ambivalência doutrinária, associada a uma nem sempre clara eficácia das figuras²¹⁵⁸, arrasta, ainda, consigo a questão de saber se a operacionalidade delas se derrama em

esferas de actuação, vai co-envolver, até porque de assunção do risco por parte do lesado se trata, uma comparação entre esferas de risco que se assumem.

Uma última nota para mostrar que, se todo o modelo ressarcitório surge imbuído pela influência derramada pela categoria risco, isso não obsta a que a mesma possa ser autonomizada por referência a arrimos criteriológicos ou nichos dogmáticos dotados de idiosincrasias próprias.

²¹⁵⁵ A este propósito, cf. RANIERO BORDON, *Il nesso di causalità...* cit., p. 153. O autor fala-nos do *risco elettivo*, a traduzir o comportamento do lesado que se expõe voluntariamente, ou pelo menos culposamente, a uma situação de perigo, aceitando, assim, a possibilidade de esta se verificar. De acordo com o seu ensinamento, nestes casos, no quadro do ordenamento jurídico italiano, nega-se o ressarcimento, tendo o princípio recebido acolhimento no artigo 10º d.p.r. 24.5.1988, n.224, que disciplina a responsabilidade por danos resultantes de produtos defeituosos. O lesado que estava consciente do defeito do produto e do perigo daí resultante e, não obstante, se expõe a ele voluntariamente não deve obter o ressarcimento. Note-se, porém, que o risco *elettivo* só se refere à aceitação do risco superior àquele que é correlativo à actividade humana. No que toca especificamente à responsabilidade do produtor, esclarece BORDON, com apelo aos contributos da restante doutrina, que só relevará a aceitação do risco quando o perigo que se cria é ulterior àquele que normalmente é conatural ao uso de um produto, uma vez que este fica a cargo do produtor.

²¹⁵⁶ Cf., também PABLO SALVADOR CODERCH/ CARLOS GÓMEZ LIGÜERRE, *Toros y capeas*, Barcelona, 2000, www.indret.com

²¹⁵⁷ Cf. LARENZ, *Lehrbuch...* cit., I, p. 467 e ss.

Dando conta disso mesmo, v. HERMANN LANGE/GOTTFRIED SCHIEMANN, *Handbuch des Schuldrechts...* cit., p. 641. Cf., também, DEUTSCH, *Allgemeines Haftungsrecht...* cit., p. 375.

A este propósito, veja-se, ainda, CHRISTOPHE QUÉZEL-AMBRUNAZ, *Essai sur la causalité...* cit., p. 491 e ss. Falando do efeito da vontade na responsabilidade extracontratual, no quadro do que fala do problema da *faute* da vítima, o autor afirma que a aceitação dos riscos e a *faute* da vítima se distinguem por via da noção de causalidade. É que, em rigor, a aceitação dos riscos não constitui uma explicação do prejuízo, ideia central – como já se referiu – na teoria da causalidade do autor, pelo que se afigura impossível que, através dela, se possa operar a total liberação da responsabilidade por parte do responsável. Numa outra perspectiva, que ali encontramos, a aceitação do risco pelo lesado seria apenas uma ocasião do dano. Para QUÉZEL-AMBRUNAZ, o problema estabelece pontes de analogia com as cláusulas de limitação da responsabilidade no plano contratual. Para ele, “a vítima, ao aceitar os riscos de uma actividade, admite que o risco que se realiza seja entendido como a consequência da sua participação naquela actividade, e não como aquela do facto do criador do risco”. Em causa estaria a possibilidade de influenciar, pela vontade, a determinação das causas do prejuízo, designadamente pela aceitação de um risco. Nesta medida, aduz o autor que a aceitação dos riscos só pode relevar em casos de surgimento de um evento incerto aquando da sua realização. Os mecanismos em apreço não são chamados a depor em caso de *faute* ou quando o atentado à vítima é voluntário (o dolo surgiria, pois, como limite de operacionalidade do expediente). Sublinhe-se, *in fine*, que o discurso do jurista se integra no âmbito do problema da determinação do *quantum* da reparação.

²¹⁵⁸ Debate-se, na verdade, sob formulações não coincidentes, se a invocação delas determina a exclusão da responsabilidade do lesante ou dá origem à redução da indemnização, de acordo com a contribuição daquele e do lesado.

sede de culpa ou de ilicitude²¹⁵⁹. Estamos em crer que é por via da imputação que deve ser pensado o problema: não é a culpa que surge diminuída por intermédio da actuação do lesado; não é a ilicitude, polarizada no resultado, que se apaga; mas o nexó de imputação ou nexó de responsabilidade, que permite reconduzir aquele resultado lesivo – em que se consubstancia o juízo de desconformidade com o ordenamento jurídico – ao comportamento do lesante, que se exclui. Sendo a actuação de cada um dos sujeitos intervenientes livre, é uma esfera de responsabilidade – sem a qual a autonomia não vai pensada – que é exercitada, sendo mister descobrir, no confronto entre as duas, qual funciona como pólo de atracção do evento danoso sobrevivendo. Para tanto, entram em jogo os deveres conformadores da liberdade positivamente alicerçada – os deveres do tráfego a que já aludimos – para, na análise deles em face das circunstâncias do caso concreto, percebermos qual o seu âmbito e finalidade. Ou seja, quando pudermos reconhecer na conduta do lesado um comportamento livre, há que, em simultâneo, determinar se os deveres do tráfego que preenchem a esfera de responsabilidade do lesante se estendem à obliteração da lesão verificada e, concomitantemente, se os deveres que sobre o lesado impendem para protecção da sua própria esfera foram ou não postergados^{2160 2161}.

O juízo comparatístico encetado e justificado não dista sobremaneira pelo facto de a titularidade da segunda *esfera de risco*, concorrente com aquela, vir *encabeçada*

²¹⁵⁹ Cf., uma vez mais, HERMANN LANGE/GOTTFRIED SCHIEMNANN, *Handbuch des Schuldrechts...* cit., p. 643

²¹⁶⁰ Sobre o ponto, cf. BRÜGGEMEIER, *Haftungsrecht...* cit., p. 76, considerando que actualmente a questão da causalidade é entendida como um problema de nexó de responsabilidade ou do contexto da finalidade de protecção, emergindo nesse âmbito o conceito de dever no tráfego – *Verkehrspflicht*. Veja-se no mesmo quadro o exemplo ponderado pelo autor: dois jovens foram conduzir até um bar, onde o dono do estabelecimento lhes vendeu álcool, tendo o consumo excessivo da bebida implicado que os mesmos tivessem sofrido um acidente no regresso a casa. Os pais dos jovens demandam o proprietário do bar, por lhes ter vendido as bebidas, perguntando-se se, de facto, há aqui direito a uma indemnização. Segundo nos esclarece BRÜGGEMEIER, a característica presente em casos como este reside no facto de uma pessoa expor outra a um risco de autolesão.

Cf., ainda, TILL RISTOW, *Die psychische Kausalität...* cit., p. 135, considerando os casos em que uma pessoa controla uma esfera de perigo e viola, relativamente a ela, um dever do tráfego, justificando-se por isso a imputação, e alertando que, nestas situações, quando o *Zweitverursachen* é um menor, são maiores as exigências em relação às medidas de segurança a adoptar. V., também, p. 136, chamando à atenção para o facto de se ter de verificar se a lesão ocorrida se integra entre os danos que o dever visava defender.

²¹⁶¹ A alteração de perspectiva a que se alude em texto não é privada de significado prático-normativo. Na verdade, afastar a operacionalidade do consentimento do lesado – tradicionalmente visto como uma causa de exclusão da ilicitude e, como tal, uma excepção apta a afastar *in totu* o direito à indemnização – para se falar de *schuldhafte Selbstgefährdung* permite a transição de uma solução de tudo ou nada para uma repartição da indemnização entre lesante e lesado. Sobre o ponto teremos, *infra*, ulteriores considerações. Firme-se, para já, uma ideia: a perspectivização do problema à luz da noção de nexó de imputação ou nexó de ilicitude não contende com nenhuma das consequências a que se alude. Na verdade, é possível verificar-se a entrada em cena de uma esfera de responsabilidade do lesado, sem que isso consuma a eficácia irradiada a partir da esfera de risco/responsabilidade assumida pelo lesante.

por um terceiro^{2162 2163 2164}. Desde logo, casos haverá em que a conduta do terceiro, sendo anódina, deverá ser olhada segundo alguns dos critérios já focados anteriormente.

O que queremos mostrar, porém, é que ganha complexidade crescente toda e qualquer hipótese em que o terceiro que interfere na situação controversa atrai para si a possibilidade de desvelação dos pressupostos da responsabilidade extracontratual²¹⁶⁵

2166

²¹⁶² Embora circunscrito ao âmbito de análise da causalidade psicológica, TILL RISTOW, *Die psychische Kausalität...* cit., p. 17, apresenta diversas situações teoricamente plausíveis de emergência de danos, nas quais intervenha mais do que um lesante: a) o segundo agente lesa os seus próprios interesses (colocando-se o problema de saber se o primeiro agente é responsável ou se, mesmo sendo, vai haver repartição da indemnização nos termos do § 254 BGB; b) casos em que o primeiro agente sofre, através do segundo, os danos, indagando-se se ele tem de o suportar ou se o segundo agente é responsável e em que medida; c) casos em que o bem jurídico lesado pertence a um terceiro, passando o problema a centrar-se na alternativa entre a responsabilidade do primeiro agente ou dos dois solidariamente, nos termos do § 840 e 421 e ss. BGB; d) casos em que o primeiro agente já tinha causado o dano antes do elemento mental e da conduta do segundo agente intervirem e conduzirem a um agravamento do dano.

Não nos quedaremos em cada uma destas hipóteses. Para além da importante referência à solidariedade obrigacional, com que também nos confrontaremos num momento dialógico imediatamente subsequente, convém notar que o autor acaba por unificar as diversas hipóteses de surgimento dos danos, sem que, no entanto, cogite uma solução uniforme para todas elas. Não obstante, percebe-se que a intencionalidade problemática que as perpassa é análoga, justificando a mobilização de princípios imputacionais comuns, como se pode constatar pelo acompanhamento da obra do autor.

²¹⁶³ Cf. PIERRE WIDMER, “Les causes d’exonération...”, ... cit., p. 17 e ss., considerando que o terceiro é qualquer pessoa exterior à esfera de influência e de risco da pessoa responsável, de tal maneira que este não tem possibilidade de controlar e de assumir. A intervenção de um terceiro pode afastar a responsabilidade se intervém com uma intensidade tal que o funcionamento da responsabilidade primária desaparece (tendo, assim, um impacto equivalente ao da força maior). Segundo o autor, também se pode hipotizar que a intervenção dos terceiros tem uma intensidade menor e apenas justifica uma redução da responsabilidade primária. Para WIDMER, para que o comportamento do terceiro tenha uma eficácia limitativa da responsabilidade, ele deve estar numa relação causal com o dano. A questão que se coloca é a de saber se o simples facto do terceiro é suficiente ou se ele deve ser-lhe imputável, quer subjectivamente, quer em razão de um risco específico por que é responsável. Ora, para o autor, a imputação subjectiva do comportamento ou actividade do terceiro não tem, em princípio, importância. O simples facto de tal comportamento ou actividade ser estranho à esfera de risco da pessoa que se presume responsável é suficiente para a exonerar. No fundo, “o risco de surgir um terceiro irresponsável corre por conta do lesado”, assimilando-se à força maior ou ao caso fortuito.

²¹⁶⁴ Cf. artigo 7:102 PETL

²¹⁶⁵ Cf. TILL RISTOW, *Die psychische Kausalität...* cit., p. 19 e ss., evidenciando a importância prática da possibilidade de se responsabilizar o primeiro agente e não apenas o segundo.

Duas notas urgem a este propósito. Por um lado, convém salientar que o autor não restringe as suas palavras às situações em que existem dois lesantes; por outro lado, acrescem às razões apontadas (preocupação com o facto de o segundo agente poder não ser responsabilizado; facto de o primeiro agente poder apresentar uma maior solvabilidade; circunstância de o lesado ter com o lesante uma especial relação e não querer reagir contra ele; hipótese de o segundo agente apenas ser responsável por parte dos seus danos) o sentido ético-axiológico da responsabilização pessoal, a fazer apelo à solução correcta e não a um mero expediente de transferência de danos.

²¹⁶⁶ No que respeita ao concurso de um evento de terceiro, cf. HANS STOLL, *Haftungsfolgen im bürgerlichen Recht...* cit., p. 406. Considera o autor que a problematidade que a questão encerra só pode ser solucionada com apelo a critérios de distribuição do risco: em que medida o risco da intervenção deliberada do terceiro pode ser vista como controlável pelo primeiro lesante, isto é, está ou não na esfera de controlo dele? Eis, pois, a pergunta que orienta o juízo a entretecer pelo decidente, segundo os ensinamentos de STOLL.

Veja-se, ainda, CHRISTIAN VON BAR, *The Common European Law of Torts...* cit., p. 462 e ss., onde se salienta que, em matéria de causalidade, a relevância da interposição da conduta de um terceiro fica

É que o terceiro é aí visto como autónomo sujeito e, sendo, não é só a interdependência social que está em causa, mas também a possibilidade de imputação do dano primário ao seu comportamento. Na alternativa ou complementaridade reside assim o cerne da dissemelhança, já que passa a ser tríplico e não dual o cotejo anunciado.

Repare-se, contudo, que a triangular assunção problemática a que nos referimos leva implícita uma prévia alocação imputacional, posto que ela envolve que, a jusante, se determine que o comportamento dele não é simples meio ou instrumento de actuação do primeiro lesante. Donde, afinal, o que está em causa é a distinção entre uma autoria mediata e um verdadeiro concurso de esferas de risco e responsabilidade, a fazer rememorar a lição de FORST, uma vez mais chamada à colação, pelo menos na impostação problemática dos dados controvertidos.

Não é outra, aliás, a questão que vai implicada na preocupação indagatória do autor quando – e rememoramos o que atrás ficou explanado – considera imprescindível avaliar até que ponto uma das causas pode ser sobrestimada ou se as duas confluirão como pólos de imputação.

Na senda da construção do nosso próprio modelo, mas não nos distanciando de alguns dos ensinamentos do pensador, diremos que o acto do terceiro deve vir predicado pela nota da autonomia, posto que só assim é possível olhar para ele como um pólo de desvelação da ilicitude, não reduzido a mero *instrumentum* de actuação alheia. Cabem nesta segunda alternativa todas as hipóteses em que o sujeito se convola em mero objecto, pelo controlo da sua vontade que se constata. Não se exige que o primeiro lesante se oriente intencionalmente nesse sentido, mas observar-se-á objectivamente o dado, procurando determinar se houve ou não, em concreto, limitação ou exclusão daquela vontade²¹⁶⁷.

dependente da consideração do tipo de dever violado. Designadamente, deve ter-se em conta se o dever intentava prevenir o dano gerado pelos terceiros. Por outro lado, o exacto conteúdo daquele dever só é determinável como resultado de uma análise causal (cf. p. 463).

Ilustrativo parece ser, pois, o exemplo fornecido a págs. 463, no qual se pondera a responsabilidade de um clube de futebol pelo dano sofrido por um espectador lesado quando outro adepto lança um petardo.

²¹⁶⁷ Importa, neste ponto, sublinhar que tradicionalmente se distingue a autoria mediata da instigação. Na autoria mediata, a liberdade do terceiro é de tal modo coarctada que, embora seja o executante do facto, não pode ser considerado autor, nem ser responsável pelos danos sobrevindos. Já na instigação, a vontade do autor é determinada/motivada por outrem para a prática de um acto ilícito. De notar que, contrariamente ao que sucede em direito penal, não cremos que, no domínio civilístico, as hipóteses de concurso de duas esferas de risco/responsabilidade se possam reduzir às situações em que o comportamento indutor da prática do evento lesivo foi doloso. Entendemos, portanto, que se pode estabelecer uma analogia entre a instigação em sentido próprio e aqueles outros casos em que a indução foi meramente negligente. Isto entende-se perfeitamente se pensarmos que o nosso *prius* é, exactamente, a

O juízo que aqui se formula implicará uma consideração empobrecida da liberdade. Ou seja, não nos preocuparemos com o sentido ético-axiológico da sua conduta, bastando-nos com a escalpelização de uma das vertentes daquela. O que se pretende é saber se existia ou não o domínio da *voluntas* ou se a instrumentalização, consciente ou não, do interferente anula a possibilidade de escolha não restando ao segundo outra possibilidade senão adoptar o comportamento que vai cogitado.

Repare-se que, sendo a matriz do pensamento jurídico caracterizada pela analogia problematizante e judicativa, sempre se dirá que mesmo naqueles casos em que teoricamente se perfigura uma alternativa de acção, mas não é exigível ao homem médio a adopção dela, a solução não pode distar da que foi proposta.

Porém, não é aqui a sindicância da culpabilidade do segundo agente que se procura, mas outrossim a constatação da possibilidade de se imputar a um sujeito, que não este em que agora nos focamos, um determinado resultado lesivo (primeiro dano ou violação do direito subjectivo absoluto). Nesse ensejo, colocam-se diante do jurista decidente duas alternativas dialógicas: a) ou o comportamento do terceiro não pode ser entendido como uma conduta livre e o problema de saber se a esfera de responsabilidade encabeçada pelo primeiro lesante abarca ou não aquela directa causa do dano implica a chamada à colação de uma ideia de autoria mediata; b) ou o comportamento do terceiro é livre e, a par da questão da sua responsabilidade, há-de equacionar-se se, ainda assim, o primeiro lesante pode ser chamado a indemnizar o lesado^{2168 2169}.

existência de uma esfera de deveres que pode, na sua intencionalidade, incluir a obliteração do comportamento por parte de um terceiro e que aqueles podem ser violados negligentemente.

²¹⁶⁸ O problema era tradicionalmente abordado sob o signo da interrupção do nexos de causalidade.

Embora filiando-se num pensamento que em muitos pontos se aparta daquele que mobilizámos *ab initio*, veja-se, quanto ao problema da interrupção do nexos causal, o depoimento de SALVI, *Il danno extracontrattuale...* cit., p. 54, nota 43. Saliencia o jurista italiano que só é possível resolver o problema da interrupção do nexos de causalidade com base num juízo axiológico e envereda, adiantando a solução dele, para uma proposta vizinha da formulação negativa da causalidade adequada, assim situada longe do plano naturalístico.

Sobre o ponto, cf., ainda, TRIMARCHI, *Causalità e danno...* cit., p. 107 e ss.; DEUTSCH, “Regressverbot und Unterbrechung des Kausalzusammenhangs im Zivilrecht – Bemerkung zum Urteil des VI. Zivilsenats des BGH v. 16. 2. 1972”, ... cit., p. 551 e ss.; ID, *Allgemeines Haftungsrecht...* cit., p. 103 e ss.; DUNZ, “Fremde Unrechtshandlungen in der Kausalkette”, *Neue Juristische Wochenschrift*, 66, p. 134 e ss.; ZIMMERMANN, “Herausforderungsformel und Haftung...”, ... cit., p. 10 e ss.

Cf., também, a propósito da interrupção ou quebra do nexos de causalidade como critério de aferição da causalidade normativa, ANTONY HONORÉ, “Causation in the law”, cit.. O autor apresenta dois grupos de pensadores no que concerne ao tratamento da causa próxima. Assim, aos *causal minimalists*, que tratam o problema de um prisma não causal, contaminando-a com *policy considerations*, opor-se-iam os que sustentam ser esta uma questão estritamente causal, propondo uma limitação que reflecte o juízo causal feito fora do contexto legal, seja ele o uso ordinário do conceito, seja ele o conceito metafísico. Entre os diversos expedientes aptos a limitar a causalidade, fala-se amiúde de quebra do nexos de causalidade. Não

Num registo prático-normativamente mais denso, pode constatar-se, por certos indícios, não ter havido autoria mediata, sem que isso se traduza, *mutatis mutandi*, na assunção da imputação do dano evento ao segundo lesante.

E com isto distanciamos-nos uma vez mais de uma impostação tradicional do problema.

Deste prisma, uma coisa é questionar a eventual autoria mediata do facto, problema que nem chega verdadeiramente a ser individualizado; outra é, no âmbito da teoria da causalidade, saber se, uma vez verificada a adequação, e porque a impostação não deixa de ser forjada em termos naturalistas, o nexos edificado se interrompe ou não por uma intervenção não previsível de terceiro²¹⁷⁰. Mesmo que o primeiro fosse tematizado, não só o dado supremo seria sempre o segundo, como, inexistindo uma instrumentalização da vontade do terceiro, tal não equivaleria a uma resposta positiva no tocante ao segundo nóculo da questão, uma vez que o comportamento do segundo sujeito podia não ter sido voluntariamente induzido, não deixando de ser previsível. Já o raciocínio inverso conduz a resultados díspares em termos de concordância convergente. Ou seja, a partir do momento em que se possa concluir que o terceiro não mais é do que uma extensão do lesante, nem sequer se hipotiza a ideia de interrupção do nexos causal. Mais do que previsível, a acção daquele foi querida, intencionada, pensada²¹⁷¹.

percepção em termos de descontinuidade do mundo físico, antes redundando numa ideia de anormalidade do facto, muitos vêm considerar que se trata de um critério vago e de difícil aplicação quando confrontados com casos problemáticos. Assim, e acompanhando o exemplo ali vertido e avançado pelos críticos, “no caso em que A é atropelado e levado para o hospital onde morre depois de ser alvo de uma dosagem errada de medicamentos, o que se deveria questionar não era se o tratamento era anormal ou não, mas se o risco do erro médico devia ou não nascer exclusivamente na esfera das autoridades sanitárias”.

Veja-se, também, GERT BRÜGGEMEIER, *Haftungsrecht...* cit., p. 30 e ss.

²¹⁶⁹ Cf., a este propósito, BRANDÃO PROENÇA, *A conduta do lesado...* cit., p. 267, nota 856. Atido à interpretação do artigo 505º CC, e, portanto, circunscrito, nesse momento dialógico, à responsabilidade pelo risco, fala de quebra de conexão de responsabilidade do risco ou da perigosidade.

²¹⁷⁰ De acordo com a doutrina tradicional, haveria interrupção do nexos de causalidade, sendo negada a responsabilidade, sempre que existisse uma acção livre e intencional de um terceiro ou sempre que a intervenção deste sujeito não fosse previsível.

Para além das indicações bibliográficas especificadas numa das notas pretéritas, cf., também, FORCHIELLI, *Il rapporto di causalità...* cit., p. 99 e ss.

²¹⁷¹ Cf., sobre o ponto, com uma ilustração problemática em que o terceiro é uma “instrumento” de actuação de outro sujeito, embora de forma não intencional, CHRISTOPHER H. SCHROEDER, “Causation, compensation and moral responsibility”, ... cit., p. 347. A história que o autor reporta conta-se em poucas palavras: duas pessoas entram numa loja chinesa. Uma delas chama a outra que, virando-se assustada, parte inadvertidamente um objecto. No que à culpa concerne, distingue o autor, na esteira de COLEMAN, a *fault-in-the-doing* da *fault-in-the-doer*. Quer isto dizer que, dirigindo-se esta à conduta do agente e não à pessoa dela, é possível desvelar, no caso, a culpa. Na explicitação de SCHROEDER, “in the tort case, fault-in-the-doing might be ascribed in reference to the function or purpose of causing no harm. Thus, the

Ora, partindo da nossa visão, os dados da questão devem ser sopesados de modo diverso. Pensamos que tal é claro. Ao recusarmos uma visão tendencialmente mecanicista e naturalista para entrarmos na circularidade do cotejo de esferas de risco, perde qualquer razão de ser falar de *interruptio*^{2172 2173 2174 2175 2176}. O nosso olhar não

action of the boy in the china shop is faulty in the sense that, if the boy wanted to avoid breaking the vase, he should not have acted in the faulty way that he did”.

Na resolução do problema causal, o autor enfrenta dois patamares distintos. O primeiro limita a consideração das opções da alocação do dano a um certo grupo de pessoas. O segundo aloca o dano entre os possíveis candidatos (cf. p. 355). A exclusão dos demais passa, pois, pela consideração de uma ligação causal entre as esferas de dois sujeitos, sendo dentro do binómio relacional que, num apontamento comparativo, se vai questionar qual, de entre a vítima inocente ou o agente culpado, deve suportar o prejuízo ocasionado. Dialogando com a causalidade e chamando à liça o princípio da dignidade humana, a reivindicar um igual tratamento entre os sujeitos, SCHROEDER chega a questionar qual a razão de ser da restrição dual a que se assiste pela via causal.

No que a nós diz respeito, importa relevar a intencionalidade predicativa do caso que motivou o autor, porquanto paradigmático do que inscrevemos em texto: será que a pessoa que chamou o causador do dano pode, de algum modo, ser responsável por ele, imputando-se-lhe objectivamente o resultado destruição/quebra do objecto?

²¹⁷² Cf. ALFONSO DE COSSIO, "La causalidad en la responsabilidad civil: estudio del derecho español", *Anuario de Derecho Civil*, tomo XIX, Fasc. III, 1966, p. 536. Colocando o acento tónico na ideia de *imputatio* e recusando uma visão causalista estrita do problema no seio jurídico, o autor questiona, a propósito de situações vistas à luz de uma doutrina que busca a causa imediata do dano, se “es justo que de su hecho se beneficie el autor del hecho primero, que sin la superposición del segundo, hubiera necesariamente producido el mismo daño y lo hubiera tenido que indemnizar?”. ALFONSO COSSIO pensa, sobretudo, nas situações em que o segundo agente, elemento interruptor donexo, sobre o qual recairia, verificados que fossem os outros pressupostos indemnizatórios, a obrigação de ressarcir o lesado, se encontra numa situação de insolvência. E nessa medida questiona se não seria mais lógico “convertir en responsable a todo aquél que ha observado una conducta peligrosa, con lo que la parte perjudicada no quedaria sin reparación” (cf. p. 536), embora reconheça a dificuldade de fundar uma solução dessa índole nos textos legais.

A consideração da *interruptio* não pode ser, contudo, analisada de modo uniforme. Numa contextura de indagação puramente naturalística, v.g. de procura da causa próxima e imediata, a relevância daquela justifica-se pela preocupação de encontrar a verdadeira causa. A prisão cientista à luz da qual se percebe a questão acaba por distar da índole problemática com que ela é compreendida no seio da doutrina da adequação. Não é, de facto, anódina a introdução de ponderações atinentes ao grau de previsibilidade do surgimento do facto interceptor do curso causal. Contudo, e embora a imputação possa ser acolhida de forma ancilar, a verdade é que não é nela que devemos ir buscar o nódulo central do critério de orientação do decidente. Dois aspectos parecem depor nesse sentido. De um lado, a própria equação de um nexo que se rompe empurra-nos para o encadeamento causal de que nos afastamos *ab initio*. De outro lado, se quisermos ser consequentes com o recorte personalista em que estribamos as nossas considerações, importará sempre frisar que não é a previsibilidade ou falta dela que levam a afirmar ou infirmar a imputação objectiva que se procura estabelecer. Pelo que, com ALFONSO COSSIO, podemos afirmar que a previsão do decurso causal constitui o juízo de possibilidade a que se referia a doutrina da causalidade adequada, mas só tem sentido enquanto sirva de base ao acto de vontade do sujeito (cf. p. 537). Note-se, ademais, que o autor não se queda, na sua análise, pela contemplação autista dos padrões de previsibilidade do resultado danoso que se pretende imputar ao sujeito. Vai mais longe, defendendo que aquela se alia, no proferimento da decisão justa, à inevitabilidade do dano, afastando-se os casos fortuitos e de força maior.

Realce-se, contudo, e novamente, a diferença entre a previsibilidade da assunção de uma esfera de risco e a previsibilidade do dano e bem assim a previsibilidade da intervenção do terceiro. Do que se trata, ao nível da aferição da culpa, é da previsibilidade do dano; já a propósito do que tradicionalmente era visto como o nexos de causalidade, a previsibilidade de que se cura diz respeito à consciência da assunção de uma esfera de risco. Para o que, obviamente, contribuirá, na conformação da vontade do agente, o primeiro termo homólogo. A actua negligentemente porque, sendo previsível que o seu comportamento acarreta o perigo de vida para B, não o conforma segundo os padrões de razoabilidade exigíveis a um homem médio. Ao fazê-lo assume uma esfera de risco. E é assim, ainda que a negligência seja

inconsciente, porque lhe era exigível a previsão a que se alude. Vindo A a morrer não é, porém, a previsibilidade que estabelece o nexu almejado. O que se procura determinar é a conexão funcional da morte ao círculo de actuação previamente delineado pelo sujeito. E, aí, já não é a previsibilidade – ou mesmo a probabilidade na incontestável aproximação entre os dois termos – a reinar, restando-lhe o pendor de auxiliar da indagação. Relembremos o exemplo atrás referido da infecção contraída num hospital.

Com o que se pergunta, extravazando agora a razão de ser desta nota, se não resvalaremos, assim, para uma sintonia bastante com a *conditio sine qua non*. E à dúvida apenas pode ser fornecida uma resposta negativa, por duas ordens de razões. Por um lado, o tipo de pensamento mobilizado é diverso; por outro lado, recusando o ficcionismo introduzido pela partícula “se”, resguardamo-nos do logicismo determinista para nos anicharmos sob o manto da eticidade responsabilizante. Um exemplo será suficiente para explicitar o que pretendemos sublinhar. A é baleado por B. Cumprido todo o excuro exigível, e constatando no plano do ser que, uma vez obtida a alta hospitalar, é atropelado por C, quando saía da unidade clínica onde fora internado, dir-se-ia, segundo a doutrina da equivalência condicional que, sem o comportamento de A, B nunca seria atropelado, pelo que aquele é uma condição sem a qual o dano não avultaria. Já no quadro da causalidade adequada, a actuação imprevisível do condutor era de molde a quebrar a concatenação exigida.

Simplesmente, afastamo-nos do pendor mecanicista e linear de estabelecimento causal. O que nos importa é saber, primeiro, se o agente abraçou ou não uma esfera de risco à qual será imputado o dano-lesão. Ora, é aí que entra o cotejo complexivo dela com a *Lebensrisiko* e bem assim com aquelas outras esferas que se desenhem tendo como epicentro outra pessoa. Por só assim estarmos em condições de indagar a pertinência que nos importa e bem assim em que medida foi ou não elevado o risco.

Donde, em última instância, e dotados de um *filão* argumentativo de índole inteiramente diversa das tradicionais aproximações ao problema, o que se vem a desvelar em algumas hipóteses será a existência de um duplo delito. Cf., porém, HANS STOLL, *Haftungsfolgen im bürgerlichen Recht...* cit., p. 400, considerando que a ideia de adequação, quando interpretada num sentido normativo e não estatístico, contém já embrionariamente este tipo de pensamento, conduzindo ao confronto entre o risco geral da vida e o aumento de risco potenciado pelo agente, que será plenamente assumido pela doutrina do fim da norma [por resolver, ficariam, no entanto, segundo o parecer do insigne jurista, as situações em que se desvela a participação de um terceiro. *Vide*, na obra citada, p. 401].

In fine, e continuando a acompanhar o testemunho do autor, até porque o mesmo se debruça expressamente sobre a confluência de múltiplas causas, cf. p. 547. Trata a questão sob a epígrafe de concorrência de causas, apresentando, contudo, quadros com um âmbito de relevância próxima da que por nós foi recortada nesta nota. Contudo, porque converge aqui mais do que um nicho temático, dentro do amplo tema da causalidade, deixamos para um momento posterior o aprofundamento da lição. No ar fica indiciado o enfoque diverso a partir do qual enfrentaremos os dados.

Focando o problema do caso fortuito e de força maior, cf., também, LUIZ FREITAS GOMES, *Elementos de responsabilidade civil. Curso de Direito Civil*, Renovar, Rio de Janeiro, São Paulo, 2000, p. 176 e ss. Note-se que o autor liga uma concepção objectiva a uma ideia de inevitabilidade do evento e uma concepção subjectiva à ausência de culpa. Saliente-se que, no mesmo ensejo, o autor lida com a questão da intervenção de terceiro, analisando a problemática à luz da causalidade. Na verdade, para ele, o acto do terceiro exclui a responsabilidade por representar a negação daquele nexu. No entanto, salienta que, se o acto do terceiro concorrer com o do agente, só releva se for ilícito (cf. p. 177). Tal mostra-se em sintonia com a perspectiva defendida pelo autor brasileiro para o tratamento da questão causal. De facto, exclui *a priori* toda a concepção esquemática e rígida. Segundo ele (cf. p. 70), “o direito não busca atingir a verdade científica, com a qual não pode manter mais do que uma mera aproximação”, pelo que não se deve, segundo o seu ensinamento, lançar mão de doutrinas que procurem determiná-la de acordo com uma ideia de proximidade, equivalência das condições ou adequação. Especificamente no que respeita à causalidade adequada, cf. p. 72 e ss.

²¹⁷³ Cf. DEUTSCH, *Allgemeines Haftungsrecht...* cit., p. 104 e ss., criticando o termo interrupção do nexu de causalidade e sustentando ser preferível pensarmos numa quebra do nexu de responsabilidade (*Unterbrechung des Haftungszusammenhang*); ID., “Regreßverbot und Unterberchung des Kausalzusammenhangs im Zivilrecht ...”, ... cit., p. 551 e ss.; TILL RISTOW, *Die psychische Kausalität...* cit., p. 30 e p. 148 (evidenciando que existem casos em que há uma acção intencional de um terceiro e ainda assim deve ser afirmada a imputação, perdendo por isso sentido o critério tradicional da interrupção do nexu de causalidade); LARENZ, “Tatzrechnung und Unterbrechung des Kausalzusammenhangs”, ...cit., p. 1009 e ss. (onde analisa o caso decidido pelo LG Düsserldorf, BHG, *Juristenzeitung*, 72, p. 559, no qual A é responsável por um acidente na auto-estrada, provocando um engarrafamento de trânsito. Os veículos que se encontravam atrás passam pela berma para andarem mais depressa, tendo danificado essa

zona da faixa. B exige a A uma indemnização pelos danos sofridos na berma, tendo o tribunal entendido que não havia interrupção do nexos de causalidade); ROTHER, “Adäquanztheorie und Schadensverursachung durch mehrere”, *Neue Juristische Wochenschrift*, 65, p. 177 e ss.; FRITZ LINDENMAIER, “Adäquate Ursache und nächste Ursache...”, ...cit., p. 240 (considerando que não faz sentido falar-se de interrupção do nexos de causalidade, porque do que se trata é de ocorrer um resultado que não é adequado); ZIMMERMANN, “Herausforderungsformel und Haftung für fremde Willensbetätigung nach § 823 Abs. 1 BGB”, ... cit., p. 10 e ss.; DUNZ, “Fremde Unrechtshandlungen in der Kausalkette”, *Neue Juristische Wochenschrift*, 66, p. 134 e ss.; COMES, “Zum Begriff des gesteigerten Risikos im Recht der unerlaubten Handlungen”, *Neue Juristische Wochenschrift*, 72, p. 2022 e ss.

De DEUTSCH, cf., ainda, na primeira obra citada (*Allgemeines Haftungsrecht*) p. 106 e ss. O autor analisa os termos e as condições de interrupção do nexos causal por facto ilícito e nega-a quando a conduta de quem provocou a acção de outrem agravou o perigo de lesão para este [o problema da *interruptio* é visto como modificação do concurso de culpas e da co-autoria. Podendo a desvantagem ser reconduzida ao primeiro ou ao segundo comportamento, o último ganha primazia e faz recair sobre si toda a responsabilidade. Podendo o comportamento posterior ser da autoria do lesado ou de um terceiro, a *Unterbrechung* implica uma interpretação restritiva das regras da *Mitverschulden* e da *Nebentäterschaft* – cf. p. 108. Note-se que DEUTSCH analisa o problema de forma dual, dicotomizando os dois segmentos da inquirição causal. Para o insigne pensador, o comportamento doloso de um terceiro ou do lesado interrompe o nexos de causalidade, quer esteja em causa o fundamento dela, quer o seu preenchimento. Só não será assim se o primeiro agente tinha o dever de impedir a acção subsequente. O dever de evitar o perigo e o dever de prevenir certos factos são determinados em função dos danos. DEUTSCH oferece índices de diagnóstico diferencial da interrupção do nexos de causalidade (cf. p. 112 e ss.): a) *Vorsatzbezug*: se o segundo comportamento é doloso, a intencionalidade reprime a negligência do primeiro acto. Mais acrescenta que, no quadro do direito vigente, o risco deve ser suficiente como perigo deliberado de intervenção; b) *Zurechnungsfähigkeit*: se o segundo acto for de um inimputável, então interrompe-se o nexos de causalidade; c) obrigação de prevenir o segundo facto (*Pflicht zur Verhinderung der zweiten Tat*); d) salvamento através de um terceiro ou do lesado; e) *Verteidigung durch den Gefährdeten oder Dritten*; f) obrigação sobre o próprio perigo; g) perseguição de um fugitivo; h) participação em rixa.]

V., também, UBALDO GIULIANI-BALESTRINO, “La cosiddetta interruzione del rapporto causale come fatto normativo”, *Archivio Giuridico Filippo Serafini dal 1868*, Vol. CCXV, Fasc. 4, 1995, p. 509 a 557 e HART/HONORÉ, “Causation in the law. Factors negating causal connection”, *Law Quarterly Review*, vol. 72. 1956, p. 58 a 90; 261 a 281 e 398 a 417.

²¹⁷⁴ Vide, igualmente, ERNST A. KRAMER, “Schutzgesetze und adäquate Kausalität”, ... cit., p. 344, considerando que o problema, independentemente da bondade da designação, não pode ser resolvido por uma argumentação cripto-naturalística, tendo de ser mobilizados critérios normativos, como a finalidade da norma ou a adequação [na contemplação do caso de escola em que, a caminho do hospital onde A vai ser assistido depois de ser ferido por B, ocorre um segundo acidente, KRAMER sustenta não se poder estabelecer uma diferença significativa relativamente àquele outro caso em que, já depois de curada, a pessoa sai do hospital, apanha um táxi para casa e sofre um acidente, porque o perigo de lesão através de um acidente de trânsito pertence à esfera de risco da vida, que no moderno tráfego rodoviário se aceita. Note-se que KRAMER vem sustentar que os danos que se inserem no risco de vida do lesado são os danos inadequados, donde conclui que a teoria da adequação conduz muitas vezes ao mesmo resultado que a doutrina do fim da norma, como se comprovaria nestes casos de interrupção do nexos de causalidade. Em rigor, o autor aduz ainda que a teoria do aumento do perigo – *Gefährenerhöhung* – conduz, na prática, na maioria dos casos, aos mesmos resultados que a teoria da adequação. Em sentido contrário, negando a analogia judicativa entre as duas situações afloradas e sustentando, ao invés, que as mesmas devem ser objecto de um julgamento diferenciado, cf. ULRICH HUBER, “Normzwecktheorie...”, ... cit., p. 682, também citado por KRAMER, no seu percurso dialógico].

Cf., igualmente, THOMAS PROBST, “La causalité aujourd’hui”, ... cit., p. 16 (versão digitalizada), considerando que uma causa deixa de ser adequada se outra surge de tal modo preponderante que provoca a rejeição da primeira (força maior, *faute* grave da vítima, *faute* grave de um terceiro, nos termos do artigo 44º/1 C. Obrigações suíço). Segundo PROBST, há quem critique a noção de interrupção, mas ela faz sentido porque, em termos práticos, o que se verifica é que primeiro se indaga (provisoriamente) se a causa concreta é ou não adequada, para depois se investigar acerca de uma causa concomitante.

²¹⁷⁵ A este propósito, cf. HERMANN LANGE/GOTTFRIED SCHIEMANN, *Handbuch des Schuldrechts...* cit., p. 142 e ss. Consideram os autores que a responsabilidade do primeiro lesante só deve ser problematizada se o comportamento dele não puder conduzir à pretensão sem que exista o evento do terceiro. Neste quadro,

perscruta um nexo de causalidade, mas um nexo de imputação, ou nexo de ilicitude²¹⁷⁷.

Portanto, ao afirmarmos contundentemente, pela apurada compreensão da relevância

não será decisivo saber se o terceiro cometeu uma acção susceptível de gerar uma obrigação de indemnização; do mesmo modo, a intenção do terceiro não exclui a responsabilidade daqueles que lhe facultaram uma ocasião para o surgimento do evento. A decisão há-de ter em conta a finalidade de protecção do dever violado. Importante, ainda, o apelo ao risco geral de vida que se pode ter concretizado na situação *sub iudice*.

²¹⁷⁶ Veja-se, a este propósito, o conceito de *causalità a catena* – cf. FORCHIELLI, *Il rapporto di causalità...* cit., p. 15 e ss. Segundo o autor, trata-se de um caso de causalidade múltipla em que existe uma série causal única: uma primeira situação produz uma segunda que, por sua vez, causa uma terceira situação. Segundo o autor, este esquema causal (menos frequente do que se poderia pensar, pela intermediação, na maioria dos casos, de causas colaterais) pode assumir diversas configurações. Como só são relevantes as causas humanas, sejam próximas ou remotas, devemos procurar não a causa próxima, mas a causa originária. Note-se, porém, que FORCHIELLI reconhece que a causa humana pode encontrar-se no meio da cadeia causal. Neste caso, o problema torna-se mais complexo, sendo duvidoso o abandono ou respeito pela regra *causa causae et causa causati* (no sentido de atribuir relevância exclusiva à causa originária ou à causa humana intermédia), dependendo da presença ou da ausência de um elemento estranho ao fenómeno causal (elemento representado pela imputabilidade psicológica do dano ao autor da causa humana) – cf. p. 16, onde o autor conclui que uma causa humana imputável prevalece sempre sobre a causa fortuita, seja ela próxima ou remota do evento.

Mais complexos são, de acordo com a sua lição, os casos em que existe uma pluralidade de causas humanas. É que, sendo todas potencialmente causais, há que operar uma selecção entre elas e, para tal, o único dado indicativo é a ordem temporal. Um dos critérios avançados implica a equiparação entre as causas humanas não imputáveis e as causas naturais ou fortuitas, devendo considerar-se causa a única causa humana imputável, quer seja remota, quer seja próxima. Havendo culpa de mais do que um agente, a solução requer, para FORCHIELLI, a intervenção do legislador – cf. p. 17.

Acerca da causalidade *a catena*, veja-se também RANIERO BORDON, *Il nesso di causalità...* cit., p. 129 e ss., invocando o artigo 41º, nº2 do Cpenal italiano, e explanando sobre a sua possível interpretação colimada ora na causalidade eficiente, ora na causalidade humana. Para a doutrina da causalidade eficiente, a causa superveniente seria tida como causa do dano se essa acção torna irrelevantes as outras causas preexistentes. Mais esclarece BORDON que o princípio da causa próxima é aplicado mesmo na hipótese em que a causa próxima e suficiente é constituída por um facto do lesado. Para a causalidade humana, o caso fortuito é entendido como algo que não se pode imputar à esfera de actuação do agente.

²¹⁷⁷ No direito alemão, fala-se, como já referido, da *Lehre vom Rechtswidrigkeitszusammenhang*. O nexo de ilicitude implica que se estabeleça um juízo de contrariedade entre uma conduta e o ordenamento jurídico, tendo em conta o perigo que aquela comporta para determinados bens jurídicos. Distinguem-na os autores da *Lehre vom Schutzzweck*, por esta pressupor a existência de um *Verhaltenspflicht* para protecção de determinados interesses, no âmbito de uma norma de responsabilidade aplicável ao caso concreto, e por o *Rechtswidrigkeitszusammenhang* exigir a ilicitude da conduta, ao contrário da *Schutzzwecklehre*, que também é aplicável a acções lícitas. Sobre o ponto, cf. TILL RISTOW, *Die psychische Kausalität...* cit., p. 31; STOLL, *Haftungsfolgen...* cit., p. 400 e ss.; HERMANN LANGE/GOTTFRIED SCHIEMANN, *Handbuch des Schuldrechts...* cit., p. 102. Veja-se, também, RABEL, *Das Recht des Warenkaufs...* cit., p. 496. Considera o autor que, quando o comportamento não é assimilado pelo âmbito de protecção da norma, o que inexistente não é a ilicitude, mas a própria aplicação da norma que deixa de estar em causa.

A este ensejo, importa referir que o nexo de ilicitude a que aludimos em texto não pode ser pensado sem a pressuposição de uma esfera de responsabilidade que leva ínsitos deveres do tráfego, em nome da personalidade livre que a sustenta e não é mais do que o reverso dela. Cf., nesse sentido, TILL RISTOW, *Die psychische Kausalität...* cit., p. 31, considerando que pode ser duvidosa a separação estanque entre as duas doutrinas a que também alude.

Veja-se, porém, HERMANN LANGE/GOTTFRIED SCHIEMANN, *Handbuch des Schuldrechts...* cit., p. 113. Se segundo alguns autores a *Lehre vom Schutzzweck* apenas se aplicaria na presença de uma norma de responsabilidade aplicável ao caso concreto, os insígnos civilistas apresentam um esboço da sua operacionalidade no quadro do § 823 I BGB, no seio do qual a doutrina conduz a um nexo entre a violação concreta individual do dever de conduta, o perigo realizado e o resultado danoso. No fundo, há que questionar contra o que é edificada a obrigação de comportamento, que bens jurídicos protege e contra que tipo de danos. A explicação é simples: sendo os bens jurídicos previstos no § 823 I BGB objecto de uma protecção absoluta, apenas são tutelados contra certas condutas em especial. Nessa

problemática concreta do caso *sub iudice*, que o segundo agente foi instrumentalizado no seu querer, estamos, caso haja a assunção, geração ou incremento de uma esfera de risco pelo primeiro, a resolver *prima facie* o problema²¹⁷⁸. Se, pelo contrário, constatarmos que não houve limitação da *voluntas* dele a montante, nem por isso – e nisso acaba por haver coincidência entre as duas perspectivas – se pode dar por fechado o diálogo argumentativamente encetado.

Retomemo-lo, pois. Porque o que importará, então, será ver, no cotejo comparatístico de esferas de responsabilidade que se abraçam, e porque a liberdade que

medida, há que ter em conta quem é o titular da protecção, questionando-se, por isso, se um terceiro deve ou não beneficiar dela. Tb. HERMANN LANGE, “Adäquanztheorie, Rechtswidrigkeitszusammenhang...”, ... cit., p. 201, relacionando, inclusivamente, o problema da relatividade do conceito de ilicitude, do nexó de ilicitude (*Rechtswidrigkeitszusammenhang*) e o comportamento lícito alternativo (*rechtmäßiges Alternativverhalten*).

Cf., igualmente, ERICH SCHICKEDANZ, “Schutzzwecklehre und Adäquanztheorie”, ...cit., p. 916 e ss., em especial p. 917, considerando que a doutrina da finalidade de protecção em sentido estrito comunga do mesmo ponto de vista da doutrina do nexó de ilicitude, ao mesmo tempo que salienta que elas não se distinguem no resultado a que chegam e INGEBORG PUPPE, “Die Kausalität der Sorgfaltspflichtverletzung...”, ... cit., p. 513 e ss.

Veja-se, ainda, FLORENCE G’SSELL-MACREZ, *Recherches...* cit., p. 117, falando da ideia de relatividade aquiliana e dizendo que, enquanto a causalidade adequada consiste só no aspecto exclusivamente material da teoria, aquela relatividade aquiliana comporta também uma dimensão pessoal, na medida em que tem por efeito limitar a protecção da regra a certas pessoas.

Cf., também, CHRISTOPHE QUÉZEL-AMBRUNAZ, *Essai sur la causalité...* cit., p. 141. Falando de uma relatividade aquiliana material (a supor que um dano, para ser reparado, tem de corresponder à categoria daqueles que a norma violada visa evitar) e de uma relatividade aquiliana pessoal (a pressupor que só podem demandar uma reparação as pessoas que a regra de direito violada tende a proteger), o autor conclui pela inadequação dela no quadro do sistema delitual francês, pela sua conformação com base numa cláusula geral. Para QUÉZEL-AMBRUNAZ, ela cumpre a mesma função que a ilicitude, não sendo possível recorrer-se a tal mecanismo quando inexistam casos especiais de responsabilidade. Ora, o direito francês “engloba a ilicitude nas outras condições da responsabilidade”. Mais acrescenta o autor que a relatividade aquiliana é incompatível com a ideia de causalidade (cf. p. 149). Em comum têm a finalidade: a restrição da responsabilidade civil, mas os métodos empregues são diversos, tornando-as incompatíveis.

Veja-se, também, RANIERO BORDON, *Il nesso di causalità...* cit., p. 85. A propósito da doutrina do escopo de protecção da norma, o autor aduz que a simples obrigação inerente ao tráfego social deve ser cumprida para evitar um resultado danoso, que constitui a consequência previsível. A negação do ressarcimento dos danos que não se inserem no âmbito de protecção da norma leva a que os autores falem de uma ideia de relatividade do ilícito.

In fine, cf. ESSER/WEYERS, *Schuldrecht*, Band II ... cit., p. 564. E, acerca da relatividade aquiliana, vide MARC VANQUICKENBORNE, “Causalité et relativité aquilienne”, *Rechtstheorie*, 5, 1974, p. 147

²¹⁷⁸ Cf. TILL RISTOW, *Die psychische Kausalität...* cit., p. 156, considerando que se tem de questionar o comportamento intencional do segundo agente e adiantando que, quando este não é livre, pode ser imputado o resultado à conduta negligente do primeiro agente. Mais acrescenta que a acção intencional do segundo agente não é livre quando foi sugerida pelo comportamento do primeiro. Quando o dano é imputável à intenção do segundo agente, exclui-se a responsabilidade. Defende, por isso, no quadro do ordenamento jurídico alemão, que se faça uma redução teleológica do § 840 I BGB, uma vez que o preceito autoriza a responsabilidade por uma acção negligente em confronto com o dolo quando no âmbito das relações internas o segundo agente poderia exigir uma compensação.

se invoca é inseparável desta, qual é aquela a que se liga, imputacionalmente, a violação do direito com eficácia *erga omnes*²¹⁷⁹.

E voltam, então, a ser prestimosas as lucubrações de FORST. Para ele, a previsibilidade objectiva da violação do bem jurídico e a controlabilidade do evento pelo agente – primeiro agente – configuram os dois elementos de sindicância da viabilidade de imputação que se busca.

Procuremos, no entanto, dar um passo em frente. A ser valioso o contributo do autor – e pensamos ter argumentado suficientemente nesse sentido – ele pode não ser bastante. Sê-lo-á quando o controlo do facto for de tal modo apurado que obscureça o sentido do comportamento do segundo lesante; deixará de sê-lo se também a actuação deste possa ser matizada com as mesmas notas²¹⁸⁰.

Na derradeira alternativa, só a comparação entre as duas esferas erigidas é de molde a salvaguardar a justeza da solução. O peso relativo de cada uma delas, projectando a imagem da pertença do resultado ao comportamento de um dos sujeitos, oferecê-la-á²¹⁸¹.

²¹⁷⁹ Como se pode constatar, partimos da consideração das esferas de risco/responsabilidade assumidas por cada um dos sujeitos intervenientes na situação problemática decidenda. Nessa medida, distamos de posições mais ou menos arreigadas a uma perspectiva causal e determinista, que, lidando com a causa próxima, com a nossa se poderiam confundir.

Para uma contemplação delas, cf. FRITZ LINDENMAIER, “Adäquate Ursache und nächste Ursache...”, cit., p. 258 e ss. Diz-nos o autor que, “em caso de múltiplas causas para um dano indivisível, a causa posterior é para considerar como a causa próxima quando ela ofereceu ao decurso dos acontecimentos a direcção para a inevitabilidade do dano, mas não foi ela própria condicionada inevitavelmente por uma causa anterior. Se, no entanto, existir um nexo causal forçoso entre a causa anterior e a mais recente, então deve ser a primeira tida como causa próxima”. Assim, no quadro da causalidade adequada, “ficou certo que não é necessária uma relação forçosa entre a condição e o resultado”, sendo “suficiente o incremento da possibilidade de ocorrência do resultado”. No que à causa próxima tange, é necessário que a causa implique uma grave mudança no decurso real conducente ao dano. Daí a importância da inevitabilidade a que o autor se refere anteriormente. Tratando-se de um conceito causal mobilizado no domínio dos seguros, LINDENMAIER questiona se o mesmo não será muito restritivo.

O que agora nos importa é sublinhar a não coincidência entre esta busca da causa próxima e a visão imputacional com que abordamos o problema: o nosso ângulo de análise não focaliza o plano do ser, mas o plano do dever-ser, ou seja, não erigimos um juízo de inevitabilidade entre causa e consequência, mas indagamos o alcance das esferas de responsabilidade em jogo, assumindo um ponto de vista verdadeiramente imputacional.

V., ainda, p. 262 e ss., mostrando a coerência entre os resultados da causalidade adequada e da causa próxima, com excepção das situação em que existe mais do que uma causa.

Para outras considerações acerca da causa predominante, *vide*, igualmente, p. 276 e p. 280 (estabelecendo-se o paralelo com a repartição do dano de acordo com o § 254 BGB).

²¹⁸⁰ Veja-se LARENZ, *Lehrbuch...* cit. I, p. 453, considerando que a imputação ao comportamento do primeiro agente pode ser excluída quando o dano causado pelo segundo agente se baseia numa tomada de decisão deste, que não foi provocada pelo primeiro evento, ou quando o segundo agente actuou de forma dolosa, afastando a responsabilidade do primeiro agente.

²¹⁸¹ Cf. GENEVIÈVE VINERY/PATRICE JOURDAIN, *Traité: Les conditions...* cit., p. 201, considerando alguns casos em que se privilegia uma causa julgada adequada em detrimento de simples condições. Nesse sentido, lança-se mão de um critério de desproporção de gravidade entre as duas *fautes* concorrentes: entende-se que a *faute* mais ligeira é absorvida pela mais grave (Cf. p. 202). Segundo

Em concreto, pode não ser viável a sobreposição de uma delas. Ora, tal aponta no sentido da responsabilidade solidária dos dois sujeitos²¹⁸².

esclarecem, a ideia seria a de que a *faute* mais ligeira não geraria previsivelmente o dano. Mas adiantam que as decisões jurisprudenciais na matéria nem sempre se mostram claras, apresentando muitas vezes sinais de confusão entre a causalidade adequada e a *faute*, ao mesmo tempo que analisam a solvabilidade do autor da *faute* mais grave.

Como as próprias autoras admitem, não é a simples causalidade adequada que é aqui ponderada. Não negamos, contudo, que em determinadas situações ela pode redundar numa solução deste tipo. Pense-se no tradicional caso de escola em que A fere, sem gravidade B, e este é encaminhado para o hospital, onde morre em virtude de um acto negligente do médico assistente.

No ordenamento jurídico francês, acerca destes casos, cf. PATRICE JOURDAIN, “Responsabilité civile”, *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, nº2, 1998, p. 303 e ss., aqui p. 308, em análise de Civ. 1^{re} 4 déc. 2001: “geralmente, a jurisprudência admite a existência de um nexo de causalidade entre o lesado de um acidente que necessita de uma intervenção cirúrgica e os danos resultantes dessa mesma intervenção”. Mas, tendo A um acidente, e tendo de ser submetido a uma intervenção e receber uma transfusão de sangue, que se veio a mostrar contaminado com o vírus da hepatite C, considera-se que há um nexo de condicionalidade *sine qua non*, mas que o nexo de causalidade não é directo, recusando-se a indemnização pedida ao fundo de garantia automóvel. Como se poderá perceber, a *ratio* da solução jurisprudencial apresentada dista sobremaneira da perspectiva que trazemos a lume em texto e da exposição das autoras citadas, só se justificando a este ensejo pela coincidência fáctica dos problemas.

Cf. LARENZ, *Lehrbuch...* cit. I, p. 453 e LARENZ/CANARIS, *Lehrbuch...* cit., II/2, p. 426.

²¹⁸² O ponto envolve uma problematidade cujo tratamento é inconsonante com o momento dialógico em que nos inserimos. Refira-se, apenas, que a regra da solidariedade obrigacional a que somos conduzidos pela disciplina ressarcitória parece apontar, de acordo com o testemunho de alguns autores (cf. CHABAS, “Bilan de quelques années de jurisprudence en matière de rôle causal”, *Recueil Dalloz Sirey*, 1970, chronique XXV, p. 116), embora não unanimemente, para uma ideia de nexo causal total. Note-se, ainda, a este propósito, que o funcionamento do direito de regresso entre os diversos co-autores é matizado por considerações atinentes ao grau de culpa e não a um nexo causal hipotético (do autor, cf. p. 114).

Isto, em sintonia com o disposto no artigo 497º CC pátrio, mostra que a causalidade juridicamente relevante não é a causalidade física ou naturalista. Problemática torna-se, pois, na visão do autor, equacionar a questão da contribuição da vítima para o dano de que se cura, questionando-se, então, se a solução dispensada ao nível do direito positivo aponta para uma causalidade parcial ou não (cf. p. 115).

Creemos estar o discurso do insigne jurista ainda mergulhado de pré-conceitos deterministas, conducentes às anunciadas aporias com que lida de forma magistral. Na verdade, a partir do momento em que o nosso discurso se orienta pelo cotejo de esferas de responsabilidade, sempre haverá de se reconhecer ser a solidariedade dos lesantes uma consequência óbvia da impositação que nos sustenta, posto que o que se procura é determinar, ético-axiologicamente, quem devia ter obstado à produção do dano que se gerou. Torna-se, portanto, perceptível a solução normativa disponibilizada pelo sistema positivo português. É a culpa o índice de alocação do direito de regresso entre lesantes, embora projectada no terreno da concretização exterior, quando apurável, já que a responsabilidade civil não se aparta da nota de comutatividade que lhe vai associada.

Mais se diga que, se a regra da solidariedade se pode justificar pela necessidade de tutela do lesado, não menos verdadeira é a sua conformidade com a ideia de responsabilidade total pela assunção de uma esfera de risco. De outro modo, fosse a causalidade – pressuposto inolvidável da obrigação de indemnização – apurada em termos mecanicistas, não faria sentido a solução.

Não obliteramos, é certo, o facto de a contribuição causal vir autonomizada na distribuição interna da responsabilidade. Contudo, não de forma pura, pois que o primeiro indício de repartição dela é a culpa de cada um dos intervenientes, que se presume igual, em caso de não apuramento fáctico do grau de repercussão que cada uma delas teve na produção do resultado.

Mais se diga, e continuando a inspirar-nos naquelas que foram as reflexões de CHABAS no artigo citado, que a relevância do comportamento do lesado não pode ser perspectivado sob o ponto de vista da parcialidade causal. Duas parecem ser as razões que sustentam o nosso entendimento. De um lado, afigura-se difícil, se não mesmo impossível, saber qual a quota-parte de contribuição de cada um dos intervenientes na produção do dano; do outro lado, o juízo do decidente basear-se-á na equidade – na noção do justo aferido tendo em conta o circunstancialismo concreto – e não em ponderações matematicistas a que poderíamos ser conduzidos por essa via.

Tentemos explicitar o que possa ter ficado implícito. Para tanto, tracemos uma taxonomia de hipóteses em abstracto configuráveis.

O segundo agente, que causa efectivamente o dano sofrido pelo lesado, não tem o domínio absoluto da sua vontade, ou porque houve indução à prática do acto, ou porque não lhe era exigível outro tipo de comportamento, atenta a conduta do primeiro agente (o nosso lesante, a quem queremos imputar a lesão). Neste caso, ou este último surge como um autor mediato e é responsável, ou a ulterior conduta lesiva se integra ainda na esfera de responsabilidade por ele erigida e a imputação também não pode ser negada^{2183 2184}. Maiores problemas se colocam, portanto, quando existe uma actuação

²¹⁸³ No plano do direito positivo, veja-se a este propósito o artigo 495º CC. Chama-nos a atenção para ele CARNEIRO DA FRADA, *Teoria da Confiança...* cit., p. 638, nota 689. A propósito do artigo 495º, nº1 e 2 CC, CARNEIRO DA FRADA sustenta que “as normas destes preceitos consagram sem dúvida uma responsabilidade por disposições patrimoniais alheias. O dano não decorre, neste aspecto, de um ataque ou de uma ingerência, provinda do exterior, na esfera jurídica daquele que presta socorro, como é característico da ordem de defesa da intangibilidade das esferas jurídicas protagonizada pelo direito delitual. Pelo contrário, as despesas feitas para salvar ou assistir o lesado foram produto de uma decisão autónoma do sujeito (...). Contudo, a conduta daquele que presta o auxílio ao lesado é valorada pela ordem jurídica enquanto consequência ainda do facto (ilícito-culposos) que causou a lesão. (...) Não está pois em jogo uma responsabilidade pela adopção de certa conduta tida como susceptível de influenciar decisões de outrem e destinada a compensar os prejuízos decorrentes da frustração do esforço de coordenação de acções livremente empreendido por outrem. A ordem jurídica dá o seu beneplácito às iniciativas levadas a cabo para salvar o lesado, vendo nelas um simples facto decorrente de uma agressão à vida ou à integridade física alheia. Daí a responsabilidade, v.g., do médico que extraiu indevidamente a uma criança o único rim que lhe restava perante a mãe desta, que ofereceu então um rim próprio em favor do filho”. [Acerca de hipóteses como esta, cf. HANS STOLL, “Zum Schadensersatz wegen Körperverletzung durch herausgefordert Organspende”, *Juristenzeitung*, 43, Heft 3, 1988, p. 150 e ss.] O artigo 495º CC consagra que “1. No caso de lesão de que proveio a morte, é o responsável obrigado a indemnizar as despesas feitas para salvar o lesado e todas as demais, sem exceptuar as do funeral; 2. Neste caso, como em todos os outros de lesão corporal, têm direito a indemnização aqueles que socorreram o lesado, bem como os estabelecimentos hospitalares, médicos ou outras pessoas ou entidades que tenham contribuído para o tratamento ou assistência da vítima; 3. Têm igualmente direito a indemnização os que podiam exigir alimentos ao lesado ou aqueles a quem o lesado os prestava no cumprimento de uma obrigação natural”.

O preceito concita dúvidas interpretativas. Em primeiro lugar, parece contrariar a regra da ancoragem da indemnização no direito subjectivo absoluto violado. Se o nº3 do artigo tem sido chamado a depor na controvérsia acerca da existência de um efeito externo das obrigações [cf., em geral sobre a eficácia externa das obrigações, cf., *inter alia*, BUSNELLI, *La lesione del credito da parte di terzi*, ... cit. e “La tutela aquiliana del credito: evoluzione giurisprudenziale e significato attuale del principio”, *Rivista critica del diritto privato*, 1987, p. 283 e ss.; TRIMARCHI, “Sulla responsabilità del terzo per pregiudizio del credito”, *Rivista diritto civile*, 1983, I, p. 299; CASTRONOVO, *La nuova...* cit., p. 96 e ss.; VISINTINI, “La tutela aquiliana delle posizione contrattuali”, *Contrato e impresa*, 1985, p. 651; KARL NATSCHERADETZ, “A responsabilidade civil do terceiro cúmplice”, *Revista Jurídica da Associação Académica da Faculdade de Lisboa*, nº5, 1986, p. 36 a 39; PESSOA JORGE, *Ensaio...* cit., p. 79 e p. 138, nota 109; FERRER CORREIRA, “Da responsabilidade do terceiro que coopera com o devedor na violação de um pacto de preferência”, *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, 98º, p. 356; FERRER CORREIA/ LOBO XAVIER, “Efeito externo das obrigações; abuso de direito; concorrência desleal”, ... cit., p. 3 a 19; DIOGO LEITE CAMPOS, “A responsabilidade do banqueiro pela concessão ou não concessão do crédito”, *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 46, Lisboa, 1986, p. 51; ALBERTO LUIS, “O problema da responsabilidade civil dos bancos por prejuízos que causem a direitos de crédito”, *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 59, Lisboa, 1999. p. 895 a 914; MENEZES LEITÃO, *A responsabilidade...* cit., p.141, PESSOA VAZ, *Do efeito externo das obrigações (algumas perspectivas da mais recente doutrina portuguesa e alemã)*, ed. policopiada, 1977; RUI DE ALARCÃO, *Direito das obrigações...* cit, p. 77 e ss.,

livre por parte do terceiro que conduz ao dano. Há, aí, que ter em conta alguns aspectos. Desde logo, temos de saber se os deveres do tráfego que coloram a esfera de risco/responsabilidade encabeçada pelo lesante tinham ou não por finalidade imediata obviar o comportamento do terceiro²¹⁸⁵, pois, nesse caso, torna-se líquida a resposta afirmativa à indagação imputacional^{2186 2187}. Não tendo tal finalidade, o juízo há-de ser

em especial p. 84-85; PEREIRA COELHO, *Obrigações...* cit., p. 70; ÁLVARO DIAS, *Dano corporal. Quadro epistemológico e aspectos ressarcitórios*, Almedina, Coimbra, 2001, p. 291; MENEZES CORDEIRO, *Da responsabilidade civil dos administradores...* cit., p. 490 e ss.; VAZ SERRA, “Responsabilidade de terceiros no não cumprimento das obrigações”, *Boletim do Ministério da Justiça*, nº85, 1959, p. 345-360; ID., “Anotação ao acórdão de 17 de Junho de 1969”, *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, 103º ano, 1970-1971, p. 458 a 463; SAVATIER, « Le prétendu principe de l’effet relatif des contrats », *Revue trimestrielle de droit civil*, 1934, p. 541; CARNEIRO DA FRADA, *Contrato...* cit., p. 162 e *Teoria da confiança...* cit., p. 238 e ss.; MARGARIDA AZEVEDO DE ALMEIDA, *A responsabilidade civil do banqueiro perante os credores da empresa financiada*, Dissertação de mestrado em ciências jurídico-empresariais, Coimbra 2000, p. 107-108; MANUEL DE ANDRADE, *Teoria Geral das Obrigações*, 1966, p. 51-53; ANTUNES VARELA, *Das obrigações...* cit., I, p. 175 e ss.; ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações...* cit., p. 71 e ss.; SINDE MONTEIRO, *Responsabilidade por conselhos...* cit., p. 185-188, 194, 523; PESSOA VAZ, *Do efeito externo das obrigações (algumas perspectivas da mais recente doutrina portuguesa e alemã)*, ed. policopiada, 1977; RITA AMARAL CABRAL, “A tutela delitual do direito de crédito”, *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Manuel Gomes da Silva*, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2001, p. 1025 e ss.; MAFALDA MIRANDA BARBOSA, *Liberdade versus Responsabilidade...* cit., p. 86 e ss.] não se podendo colher aí um argumento de carácter geral no sentido da afirmação daquele, os nº1 e 2 parecem abrir as portas à tutela de interesses patrimoniais de um terceiro, embora conexioneados com a morte ou lesão corporal da vítima. Ora, se bem que em causa esteja a responsabilidade por disposições patrimoniais alheias, não se trata aqui de alargar a tutela aquiliana fora destas situações particulares, mas de prever com carácter de excepcionalidade a responsabilidade do agressor para lá da repercussão directa da lesão dos direitos absolutos. Simplesmente, se neste ponto particular é de frisar a excepcionalidade do preceito, noutra dimensão ele deve ser entendido como afirmação de um sentido imputacional correspondente à regra. CARNEIRO DA FRADA afirma-o. Pese embora a decisão autónoma daquele que resolve salvar ou socorrer o lesado directo, a ordem jurídica valora o seu comportamento considerando que o mesmo se integra na esfera de risco/responsabilidade edificada pelo lesante. Então, se assim é, se subjacente a uma solução que é, a certo título, excepcional fica claro o juízo imputacional do legislador, então, a solução também se justificará nas hipóteses em que o terceiro interferente vê lesado o seu direito com eficácia absoluta.

A este propósito, recordemos algumas ideias. O sentido último da responsabilidade leva-nos a edificar, a partir da violação de um dever do tráfego, uma esfera de risco/responsabilidade. Atenta a finalidade de protecção, limita-se a obrigação de indemnização tendo em conta o âmbito de tutela objectivo e subjectivo. Vide, uma vez mais, HERMANN LANGE/GOTTFRIED SCHIEMANN, *Handbuch des Schuldrechts...* cit., p. 112-113.

²¹⁸⁴ A este propósito, cf. CHRISTOPHE QUÉZEL-AMBRUNAZ, *Essai sur la causalité...* cit., p. 268 e ss. Partindo da sua posição doutrinal, assente na teoria do *empreinte continue du mal*, questiona se o nexos de causalidade linear (atendível no quadro da causalidade *réticulaire*) se rompe a partir do momento em que um dos elos da cadeia não apresenta a característica de defeituosidade. Concluindo que não, o autor apresenta como exemplo o caso da mãe que doa o seu rim na sequência de um comportamento negligente de um médico que deixa o filho amputado de um dos seus órgãos. Não há ruptura do nexos causal e, não obstante, o comportamento da mãe não pode ser considerado defeituoso.

²¹⁸⁵ Relacionando o problema da imputação objectiva com o âmbito de protecção e o concurso da conduta, não de um terceiro, mas do lesado, cf. HERMANN LANGE/GOTTFRIED SCHIEMANN, *Handbuch des Schuldrechts...* cit., p. 123.

²¹⁸⁶ Cf. HELMUT KOZIOL, “Causation und Austrian Law”, ... cit., p. 12, considerando que a doutrina da finalidade de protecção da norma pode ser aplicada também a casos de violação de dever de cuidado. Relembre-se, com o autor, que a *Schutzzweck der Norm* tem em conta as pessoas que a norma violada visava proteger, os danos que procurava evitar e o modo de concretização do dano que proibia. O problema da protecção daqueles que entram em contacto com uma esfera de risco de forma ilícita. Cf. LARENZ/CANARIS, *Lehrbuch...* cit., II/2, p. 423 e ss.; VON BAR, *Verkehrspflicht...* cit., p. 186.

outro. O confronto entre o círculo de responsabilidade desenhado pelo lesante e o círculo titulado pelo terceiro – independentemente de, em concreto, se verificarem, quanto a ele, os restantes requisitos delituais – torna-se urgente^{2188 2189} e leva o jurista decidente a ponderar se há ou não consumpção de um pelo outro. Dito de outro modo, a gravidade do comportamento do terceiro pode ser de molde a consumir a responsabilidade do primeiro lesante. Mas, ao invés, a obliteração dos deveres de respeito – deveres de evitar o resultado – pelo primeiro lesante, levando à actualização da esfera de responsabilidade a jusante, pode implicar que a lesão perpetrada pelo terceiro seja imputável àquele²¹⁹⁰. Como factores relevantes de ponderação de uma e

²¹⁸⁷ Cf. TILL RISTOW, *Die psychische Kausalität...* cit., p. 169 e ss., falando de uma *doppelte Sicherung* (dupla segurança): a) *Sicherung der Gegenstandsgefahr* (segurança em relação à fonte de perigo própria); b) *Sicherung der Personengefahr* (medida de segurança contra intervenções não autorizadas). Isto é, o autor fala de um dever secundário do tráfego que está em conexão directa com o dever primitivo. Tal existira quando o primeiro agente cria uma concreta fonte de perigo relativamente à qual tem um dever de segurança e existe o perigo concreto de um segundo agente viole disposições de protecção, saindo daí lesado um terceiro. Mais concretamente, o primeiro agente deve contar com a possibilidade do comportamento desvalioso do segundo, como acontece sempre que organiza eventos em massa.

²¹⁸⁸ Cf. TILL RISTOW, *Die psychische Kausalität...* cit., p. 206, considerando que não é suficiente que haja uma fonte de perigo da directa responsabilidade do primeiro agente, sendo necessária a ponderação do comportamento do segundo.

²¹⁸⁹ Note-se que, para além do quadro de relevância hipotética delineada, situações poderá haver para cuja mobilização se devem convocar as mesmas ideias que aflorámos anteriormente a propósito do princípio da provocação. Basta, para tanto, que se possa estabelecer um juízo de analogia problemática entre os casos, pese embora agora seja um terceiro que, ocorrendo ao perigo, provoca o dano do lesado. Cf., uma vez mais, TILL RISTOW, *Die psychische Kausalität...* cit., p. 211, considerando que “se o risco se situa num corredor traçado entre o *allgemeinen Lebensrisiko* e o *Exzess*”, há responsabilidade do primeiro agente e, se é lesado um terceiro, há direito de regresso contra o segundo agente, nos termos do § 840 e 426 BGB.

²¹⁹⁰ Cf., novamente, TILL RISTOW, *Die psychische Kausalität...* cit., p. 217, considerando que uma das funções dos deveres do tráfego é fundamentar a responsabilidade por comportamentos lesivos indirectos, intervindo, aí, considerações atinentes ao âmbito de protecção pessoal e real do dever. Adianta, ainda, que, nestas hipóteses, não é necessária a prova da adequação, uma vez que um reexame da probabilidade se torna supérfluo [Acerca dos danos indirectos, cf., ainda, ULRICH HUBER, “Verschulden, Gefährdung und Adäquanz”,... cit., p. 319; ERNST A. KRAMER, “Schutzgesetze und adäquate Kausalität”, ... cit., p. 344].

Rememore-se, também, DEUTSCH, *Allgemeines Haftungsrecht...* cit., p. 112 e ss. (oferecendo um diagnóstico diferencial da interrupção donexo causal, para o que pondera o carácter intencional ou não do segundo comportamento; a imputabilidade ou não do segundo agente; a existência eventual de uma obrigação de prevenir o segundo facto, entre outros aspectos já anteriormente referidos).

Veja-se, igualmente, MARTÍN GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, *Imputación objetiva...* cit., p. 148 e ss., falando do “alcance dos danos indemnizáveis quando se verifica a intervenção danosa de um terceiro” e considerando, a esse ensejo, que a intervenção voluntária daquele não elimina sem mais a responsabilidade do que iniciou o processo causal. Tanto assim é que, em muitas situações, o dever infringido pelo primeiro responsável dirige-se a evitar o acto subsequente intencional. Para fundamentar a sua posição, chama à colação o artigo 1903º CC espanhol, onde se prevê a responsabilidade dos pais, tutores, empresários. Note-se que o autor cinde claramente as intervenções dolosas, a que as palavras citadas se referem, das intervenções negligentes, dizendo que aí os problemas são outros. De facto, se, em hipóteses como a que considera previamente, sustenta ser determinante o fim de protecção da norma violada (e já não a simples previsibilidade), há determinados casos coloridos pela nota da negligência cuja solução se afigura mais complexa, pelo menos no que toca à formulação de uma solução geral. Nesse quadro, aduz MONTIJANO que “o primeiro causante deveria responder de forma geral pelos danos ulteriores causados pelo pessoal médico, porque a produção da lesão ou dano corporal é que desencadeia

outra hipótese encontramos a intencionalidade da intervenção dita interruptiva^{2191 2192}
e o nível de risco que foi assumido ou incrementado pelo lesante^{2195 2196}.

o risco de novos danos. Mas se há negligência grave do médico, não pode haver responsabilidade do primeiro causante”, uma vez que “todos devem poder esperar dos demais uma actuação conforme a sua perícia profissional”, falando, então, de um princípio da confiança.

Apresentando uma solução convergente, veja-se HERMANN LANGE/GOTTFRIED SCHIEMANN, *Handbuch des Schuldrechts*... cit., p. 143 e ss. e as considerações que, no tocante a este específico caso, tecemos anteriormente. V., igualmente, p. 159, onde o autor pondera as hipóteses de intervenção lícita do terceiro, como ocorre nos casos de defesa e perseguição.

²¹⁹¹ Não concordamos, por isso, com a decisão proferida pelo BGH em 1997 (*NJW*, p. 865), nos termos da qual A seria responsável pelas coisas furtadas de um veículo danificado – citado por ULRICH MAGNUS, “Causation in German Tort Law”, ... cit., p. 71, nota 57. Em sentido concordante, veja-se o comentário do autor à seguinte hipótese prática: D atropela P, cuja carteira é furtada enquanto este se mantém no chão ferido. Considera MAGNUS que D causa indirectamente o dano de P, porque D criou o risco de a carteira poder ser subtraída.

Aqui o comportamento de D gera apenas a oportunidade para a consumação do segundo ilícito que daquele é, não obstante, autónomo.

No quadro da doutrina tradicional, a solução ficaria dependente da previsibilidade do comportamento do terceiro. Repare-se, contudo, como FRANCESCO BUSNELLI e GIOVANNI COMANDÉ excluem, *a priori*, a conexão causal, por entenderem que o tipo de dano não é um resultado normal do evento (cf., a propósito da mesma hipótese prática, “Causation under Italian Law”, ... cit., p. 87).

Mas suponha-se que D atropela P para que X possa facilmente furtar a carteira. Neste caso, a co-autoria determina que ambos sejam responsáveis pela violação dos dois direitos. Atente-se, agora, numa pequena sutileza: D atropela P, não tendo gizado nenhum plano em comum com X, mas sabendo que o sítio onde se encontravam era particularmente conhecido pela sua insegurança. Aqui há previsibilidade, podendo ser afirmada a adequação, com o que iniciamos a aproximação à culpabilidade. Não cremos, porém, que o resultado lesão da propriedade possa ser imputado ao comportamento do lesante. Em primeiro lugar, a esfera de responsabilidade que se actualiza a partir da actuação livre de D que oblitera deveres de segurança no tocante à integridade física de P não integra um dever de salvaguarda da propriedade dele. A diferença relativamente ao caso de co-autoria passa pelo facto de aí existir um dever de não atentar contra a propriedade. É, portanto, ao nível da finalidade, e não da previsibilidade, que se joga a solução. Acresce que a intencionalidade do comportamento do terceiro é de molde a afastar dos contornos externos daquela esfera o dano-evento que se procura reconduzir a um dos lesantes.

A este propósito, cf. TILL RISTOW, *Die psychische Kausalität*... cit., p. 173 (considerando, acerca do caso em que E danificou a cerca de pastagem do agricultor D, fazendo com que o gado fugisse e fosse furtado por Z, que deveremos observar se o risco do desvio do gado existe e adiantando que “o menor grau de gravidade da primeira causa em comparação com a segunda causa não pode ser decisiva para a responsabilidade perante o lesado, quando a medida de protecção, que através da primeira causa é afectada, também visa proteger contra o perigo de um evento com um maior grau de desvalor”); STOLL, *Haftungsfolgen*... cit., p. 406 (introduzindo a noção de *Doppeldelikt*).

Veja-se, também, MENEZES CORDEIRO, *Da Boa Fé*... cit., p. 833, falando de deveres do tráfego para fazer face a danos causados por terceiros em conexão com o âmbito do garante (e citando a esse propósito o caso de RG 19 Junho de 1914, no qual o freguês de um café jogava às cartas, tendo chegado um grupo de jovens “que iniciou uma partida de bilhar; a mesa de bilhar estava colocada a pequena distância das mesas normais; o freguês veio, assim, a apanhar com um taco de bilhar na cabeça, ficando permanentemente diminuído; foi condenado o proprietário do local por não ter dado às mesas uma disposição da qual não resultasse perigo – cf. nota 680) e de deveres de tráfego para afastar perigos provocados pela actuação dolosa de terceiros sobre a coisa (e citando o caso de BGH 16 de Setembro de 1975, no qual se discutia o seguinte: “durante a noite, desconhecidos furtaram uma grelha de quarenta e sete quilos que tapava uma clarabóia de uma armazém sobre o qual se podia transitar; de manhã cedo, uma senhora cai pela abertura assim exposta, ferindo-se com gravidade; a entidade proprietária do armazém foi condenada, por violação dos deveres do tráfego, que exigiam a tomada de precauções para evitar o ocorrido – cf. nota 681).

²¹⁹² Não se pode, no entanto, afirmar que o dolo do terceiro afasta sempre a responsabilidade do lesante. Nega-se, por isso, o princípio da proibição de regresso, classicamente operante no seio do ordenamento jurídico alemão. Sobre o ponto, cf. DEUTSCH, “Regreßverbot und Unterbrechung...”, ... cit.

Atente-se, porém, na posição de PANTALEÓN, que, olhando para a proibição de regresso do ponto de vista da imputação objectiva, vem afirmar que só haverá exclusão da imputação quando o comportamento doloso ou culposos do terceiro seja mais grave que o do primeiro lesante. Cf. F. PANTALEÓN PRIETO,

“Causalidad e imputación objetiva”, *Centenario del Código Civil II*, ...cit., p. 1561 e ss.. Veja-se, ainda, quanto ao ponto e em sentido concordante, RICARDO DE ANGEL YAGÜEZ, *Tratado de responsabilidad...* cit., p. 792.

No sentido de afirmar que a intervenção de um terceiro não interrompe, normalmente, o nexo de causalidade, cf. MARTÍN GARCÍA-RIPOLL MONTJANO, *Imputación objetiva...* cit., p. 100.

Afasta-se, igualmente, a doutrina segundo a qual a responsabilidade deveria ser assacada ao protagonista do último acto humano que se inserisse na cadeia causal – *the last human wrongdoer*, tornada célebre no direito anglo-saxónico.

²¹⁹³ A este propósito, cf. GENEVIÈVE VINEY/PATRICE JOURDAIN, *Traité. Les conditions de la responsabilité...* cit., p. 298 e ss. Note-se que as autoras, lidando com a questão do concurso de um facto imputado ao lesante e o facto de um terceiro, adiantam que à obrigação em face da vítima se aplica, normalmente, a regra da solidariedade. Ou seja, “aquele que provoca um dano em circunstâncias que fundam a sua responsabilidade não pode prevalecer-se do facto previsível e controlável de outra pessoa que igualmente contribuiu para a realização da lesão”. Negando a possibilidade de uma redução da indemnização, as autoras aduzem que o efeito exoneratório (total) fica dependente do preenchimento das características da força maior (a imprevisibilidade do dano e a sua inevitabilidade). Colocando-se o problema da solidariedade e da repartição de responsabilidade a jusante, porquanto implique a resposta prévia à questão de saber se o lesante é ou não responsável pelo dano, importa, não obstante, evidenciar que, ao apresentarem tais argumentos, VINEY e JOURDAIN acabam por mostrar quais os requisitos de relevância do comportamento do terceiro que interceda no decurso causal, tal como referido.

Num breve excursus historicamente comprometido, alertam que esta posição nem sempre foi pacífica. Desde logo, haveria que ter em conta as situações em que o facto *não culposos* do lesante concorre com a *faute de um terceiro*. Em 1960, um *Arrêt de deuxième Chambre civil* de 15 de Janeiro consagraria que “aquele que é responsável objectivamente, nos termos do artigo 1384º, pode invocar a *faute* de um terceiro mesmo que ela não apresente as características da força maior”. Mas, a posição acabaria por vigorar pouco menos do que uma década. Em 1970, a *Cour de Cassation* abandoná-la-ia, conforme explicitam as insígnias civilistas gaulesas. Numa perspectiva que coloca o assento tónico mais na solidariedade dos devedores extracontratuais do que na circunscrição da obrigação de indemnizar de cada um deles, por via de um juízo imputacional, VINEY e JOURDAIN esclarecem, ainda, que a 2^{ème} *Chambre Civil* terá considerado que a obrigação *in solidum* não seria aplicável na ausência de um recurso contra o terceiro co-autor (cf. p. 301). Trata-se, contudo, de uma matéria com a qual haveremos de lidar *infra*.

²¹⁹⁴ Relembre-se a este ensejo o que ficou dito a propósito da actuação do médico que assiste A, lesado na sua integridade física por B, e encaminhado, em virtude disso, para o hospital. Assim, uma vez mais, cf. HONORÉ, “Causation and remoteness of damage...”, cit., p. 60; MARTÍN GARCÍA-RIPOLL MONTJANO, *Imputación objetiva...* cit., p. 153 e ss.

²¹⁹⁵ Nesse nível de incremento do risco, há-de ser sopesada, igualmente, a particular vulnerabilidade de que passa a padecer o lesado, podendo a intervenção – mesmo intencional do terceiro – ser condicionada por essa idiosincrasia. Sobre o ponto, cf. MÄDRICH, *Das allgemeine Lebensrisiko...* cit., p. 106.

Veja-se, no quadro da ideia de *realização do risco proibido*, MARTÍN GARCÍA-RIPOLL MONTJANO, *Imputación objetiva...* cit., p. 30, onde, com apelo ao pensamento roxiniano, afirma que se exclui a imputação por falta de realização do perigo criado pelo agente, donde, “se A é ferido com uma bala, mas vem a morrer no hospital devido a um incêndio, não se pode imputar o resultado porque este não resulta do perigo criado”. Mas, se A vai ao hospital depois de ser envenenado e vem a morrer com uma infecção aí contraída, a imputação do resultado pode dar-se se a morte se ficou a dever à debilidade do doente. Do que se trata, aqui, é, sob a égide da realização do risco, sabermos se a lesão ocorrida pertence à esfera de responsabilidade edificada pelo lesante ou se ele se integra no risco geral da vida. O apelo feito a *allgemeine Lebensrisiko* dá-nos a resposta.

Os termos do problema podem, contudo, variar: se A não morre no hospital devido a um incêndio, mas em virtude da actuação negligente de um médico, o juízo não acolhe como termos de ponderação a esfera de risco do lesante e a esfera de risco geral da vida, mas aquela e a esfera de responsabilidade de um terceiro. Ora, aqui como ali, não deixa de ser relevante a vulnerabilidade a que o paciente fica sujeito na sequência da lesão primariamente perpetrada. Não se trata de levar a cabo um juízo contrafáctico, mas de saber se a esfera de risco encabeçada pelo clínico apaga ou não a primeiramente esboçada.

²¹⁹⁶ Considerando que o critério do aumento do risco não permite resolver de modo claro todos os casos eivados de uma intencionalidade problemática análoga à que vai pensada em texto, cf. MARTÍN GARCÍA RIPOLL-MONTJANO, *Imputación objetiva...* cit., p. 162-163.

Capítulo IX

Um novo olhar sobre o modelo delitual: as consequências do entendimento proposto ao nível sistemático e dogmático

48. Razão de ordem

O que foi sendo dito, a propósito do sentido imputacional do que tradicionalmente é entendido como um nexó de causalidade, não deixa incólume o desenho sistemático do modelo ressarcitório. Sabemo-lo antecipadamente e anunciámo-lo incidentalmente em mais do que um ponto.

Dir-se-á, de antemão, que não só a adequada compreensão do requisito causal implica a mutação na forma como se concebem alguns dos restantes pressupostos extracontratuais – o que, em verdade, não é difícil de entender, se pensarmos que, por esta via, se resolvem problemas outrora inseridos em fronteiras díspares –, como o próprio modelo delitual, globalmente considerado, não fica intocável.

Desde logo, a partir do momento em que a categoria risco se estende para lá de mero alicerce fundacional das hipóteses de responsabilidade objectiva, contaminando as diversas situações em que emerge uma pretensão indemnizatória, torna-se pertinente questionar em que medida o instituto da responsabilidade extracontratual deve passar a ser visto como um sistema de alocação de riscos.

Na impossibilidade de o jurista se poder contentar com a alternativa entre o sim e o não, já que múltiplas são as colorações a atribuir ao propósito alocativo a que nos referimos, a simples colocação da dúvida instar-nos-á, uma vez mais, à precisão argumentativa, impondo, portanto, a escarpelização dos diversos entendimentos plausíveis.

De facto, quando *supra* nos apercebemos, pela primeira vez, que a correcta abordagem do tema teria de passar pela problematização do risco, tivemos oportunidade de chamar à atenção para o pensamento de NILS JANSEN. Fizemo-lo com propósitos vários, que vão desde o simples alerta para a continuidade discursiva do jurídico no que à responsabilidade civil concerne, até à constatação da necessidade de, num momento caracterizado quer pela profunda mutação dos quadros conceptuais²¹⁹⁷, quer por uma miríade de tentativas de convergência sistemática entre os diversos ordenamentos jurídicos, repensar a estrutura dos problemas, para lá das soluções concretas que cada uma das categorias que eles mobilizam reclamam²¹⁹⁸.

Tempo, pois, de o revisitar. O retorno ao pensamento do autor não constitui, porém, mero repositório de ideias já explicitadas. Justifica-se, antes, pela sedimentação acrescida de que agora somos portadores. E impõe-se discursivamente por dois motivos, quais sejam a percepção exacta do modo como o sistema ressarcitório opera e, no que mais directamente nos toca, qual o papel da imputação objectiva nesses meandros categoriais. O cariz dialéctico do pensamento avulta então, pois, se com a compreensão do elemento considerado no segundo segmento da asserção somos reconduzidos ao primeiro, este, por seu turno, colherá naquele um importante ponto de argumentação e de desenho.

²¹⁹⁷ Sobre as mutações do direito delitual, cf. NILS JANSEN, *Die Struktur...* cit., p. 23 e ss. Considera o autor que o direito delitual que existia nos anos vinte se modificou. Veja-se, ainda, quanto ao ponto, VON CAEMMERER, „Wandlungen des Deliktsrechts“, *Festschrift zum hundertjährigen Bestehen des deutschen Juristentages*, 1960, Band II, p. 49 e ss. (também publicado em *Gesammelte Schriften*, Band I, *Rechtsvergleichung und Schuldrecht*, Mohr Siebeck, Freiburg, 1962, p. 452 e ss.) p. 71 e ss.; BRÜGGEMEIER, *Prinzipien des Haftungsrechts – eine systematische Darstellung auf rechtsvergleichender Grundlage*, Baden-Baden, Nomos Verlag, 1999, p. 1 e ss.; BANAKAS, “Transformazione della Responsabilità Extracontrattuale”, *Rivista di Diritto Civile*, ano XLIV, nº1, 1998, p. 69 a 83; AA. VV., “La responsabilità civile fra presente e futuro”, *Rivista Critica del Diritto Privato*, anno XVI, 4, Dicembre 1998

Saliente-se, numa prova clara da historicidade informadora do jurídico, a recorrência do tema.

²¹⁹⁸ O reequacionamento a que se alude, ademais, tornou-se perceptível por, ao mergulharmos incidentalmente em considerações atinentes à responsabilidade pelo risco, ficarmos com a noção exacta de que a questão imputacional/causal, colhendo uma solução diversa, não deixaria de levar ínsitas a mesma intencionalidade e a mesma estrutura predicativa que, uma vez afastado o mecanicismo e uma visão negativista da liberdade, poderiam ser reclamadas pela regra ressarcitória.

No fundo, o que fica implícito é a necessidade de, extrapolando o nódulo central do nosso tema, percebermos em que medida a solução proposta vai implicar ou não profundas alterações no modo como o instituto da responsabilidade civil vai pensado. E mais do que isso, em que medida, partindo-se do sistema que é, ela garante a pureza das dicotomias que o matizam, sem as quais não seria o mesmo, mas outro.

Dito de outro modo, muito mais imagético, é tempo de emergir da pontual focalização na *causalidade*, para, por meio da globalidade do todo, conseguirmos imergir, novamente, na questão imputacional e com isso sedimentarmos mais alguns dados fulcrais para o posterior esclarecimento de pontos ainda nebulosos na nossa dissertação²¹⁹⁹.

Não se queira, contudo, retirar daqui a afirmação da cobertura do pensamento do autor citado com o manto da absoluta concordância. Mas isso não obsta ao reconhecimento da mestria do novo – se na alteração do modo como estas questões costumam ser tratadas pudermos encontrá-lo –, sequer à prestabilidade de muitos dos seus ensinamentos.

Como pórtico de entrada, esbarramos com o anúncio da compreensão do sistema delitual segundo o esquema de repartição de riscos, com o que se extrapola a atomística valoração da conduta do lesante²²⁰⁰, em sintonia, aliás, com o que sustentámos a propósito da imperiosa necessidade de cotejo de esferas de risco como único expediente capaz de garantir o cabal esclarecimento imputacional. Contudo, tal não implica que haja identidade discursiva.

Quer isto dizer que estamos ainda longe de tirar qualquer conclusão acerca do pensamento do autor. Mas que, independentemente dos trilhos por ele cavados, o resultado a que chega acaba por se mostrar em sintonia com algumas das nossas ideias.

Na verdade, o entendimento segundo o qual o sistema ressarcitório implica uma intencionalidade distributiva do risco pode ser pensado quer a montante, contaminando a prescrição legislativa, quer a jusante, eivando a decisão judicativa. Simplesmente, a partir do momento em que se assume comprometidamente que o direito não é um dado mas um problema, e que o jurista decidente intervém activamente na conformação da juridicidade, redensificando o estrato das normas e da doutrina, não podemos deixar de

²¹⁹⁹ O cariz dialéctico comunicado pelo ir e vir entre a parte e o todo, longe de querer significar a ancoragem numa racionalidade de tipo hermenêutico, não deixa de ser translucidamente assumido. Tornemo-lo mais explícito. O olhar derramado sobre a causalidade esbate cisões profundas anteriormente anunciadas e torna pertinente que se recorte de outro modo o modelo ressarcitório. Por outro lado, o recorte compossibilitado por esse entendimento vai influir determinadamente no desenho final dele.

²²⁰⁰ Cf. NILS JANSEN, “Estructura de un derecho europeo de daños”, ... cit., p. 8.

sustentar que as lucubrações de JANSEN não deixam incólumes a activa mobilização do sistema diante de um caso concreto. Pelo que nunca poderão ser tidas como monopólio normativista.

Por outro lado, negando uma interpretação de tipo subjectivista e assumindo como racionalidade especificamente jurídica aquela que, com o seu pendor analógico, se entretece por uma intencionalidade de índole ética e axiológica, a eventual funcionalização do jurídico que ainda seja pensável no quadro da actividade do legislador, porquanto este possa ser visto também como um programador social, apaga-se, por se mostrar imprestável no momento dialógico em que nos situamos.

O risco de que lançamos mão vai imbuído com a chancela da pessoalidade livre e responsável, situando-se longe de uma planificação societária dela desarraigada. Ou seja, a pretensa aproximação de nichos problemáticos não pode ser senão pensável como uma miscigenação categorial justificada em última análise por uma teleonomia comum.

E neste ponto específico só um apurado e atento acompanhamento da obra do autor logrará esclarecer-nos acerca da convergência dialógica ou não²²⁰¹.

Com o que, por seu turno, estaremos em condições de traçar finalmente aquela que será a nossa proposta, ou seja, o nosso contributo pessoal para o desenho de um sistema imputacional, bebedor de múltiplas influências.

49. O sistema delitual como um sistema de alocação de riscos

A compreensão do sistema delitual como um sistema alocativo²²⁰², onde o risco é chamado a cumprir um papel fundamental, configura um apontamento actual da

²²⁰¹ Sem que a resposta negativa nos inquiete. Na verdade, em termos metodológicos, os nossos alicerces são seguros. E isso permite-nos, como ficou esclarecido, olhar para lá do sentido imediatamente comunicado por NILS JANSEN para, pelo contrário, apenas colher dele os dados doutrinários que se afigurem consentâneos com os fundamentos de que partimos.

²²⁰² Cf. PAULO MOTA PINTO, *Interesse contratual negativo...* cit., p. 469 e ss. e 724 e ss. Inspirado em CHRISTIANE WENDEHORST, *Anspruch und Ausgleich. Theorie einer Vorteils- und Nachteilsausgleichung im Schuldrecht*, Mohr Siebeck, Tübingen, 1999 (*apud* p. 469, nota 1348), o autor parte da proposta de entendimento do sistema obrigacional como um sistema alocativo. Tratar-se-ia, aí, contudo, de um „sistema de preferências entre diversas repartições de bens, numa hipótese, assente na ideia de alocação ou afectação de bens (...)”. Precisando que a repartição de bens a que alude deve ser entendida num sentido amplo, a designar “o estado em que se encontram as esferas, designadamente o património, das pessoas que são parte numa relação jurídica num determinado momento” (p. 473), PAULO MOTA PINTO define-a como “uma imagem momentânea das situações dos diversos sujeitos jurídicos – especialmente patrimoniais, mas não só, desde que correspondam a um interesse digno de protecção legal” (p. 474), à qual refere uma prioridade da ordenação real dos bens perante uma mera ordenação em termos de valor, levando-o a chamar, em jeito analógico, à colação a “prioridade das *property rules* sobre as meras regras de responsabilidade”, no sentido de Calabresi e Melamed” (p. 475). Oportunidade, ainda, para salientar o

diálogo a partir de então encetado pelo jurista pátrio, opondo a compreensão da dita repartição de bens que atende a um determinado ganho ou perda enquanto tal àquela outra perspectiva não incompatível com um conjunto de normas de conduta.

Na verdade, sublinhe-se que MOTA PINTO vinca a necessidade de se entender tal afectação como “espaços de actuação permitida, imposta ou vedada – espaços de liberdade – reconduzindo-se tais bens aos actos que possibilitam ao titular, impõem ou proíbem a terceiros” (p. 476), ao mesmo tempo que reconhece que “pode também deixar-se em aberto a questão de saber se as repartições ou afectações de bens correspondem, ou não, a certos padrões de justiça, pela sua comparação com uma certa ordem de valores ou pelas suas consequências distributivas ou em termos de igualdade” e que “a ideia de que as pretensões obrigacionais se ligam a um sistema de repartição de bens não implica (...) a orientação deste sistema por critérios de *iustitia distributiva* ou por uma decisão autoritária imposta à sociedade (de um planificador social, do Estado, da comunidade, etc.)” [p. 477]. No fundo, o que o autor afirma é que a concepção do sistema como um modelo alocativo não esgota o leque de hipóteses heurísticas de abordagem do fenómeno ressarcitório. Desde logo, a afectação a que se alude implica uma prévia valoração, a apontar para um leque de preferências jurídicas, e estas, por seu turno, ficariam sempre dependentes do fundamento de que se parta. A não neutralidade de qualquer discurso vai assim realçada por MOTA PINTO, num claro reconhecimento de que a modelação base não mais oferece do que um esqueleto a ser preenchido subsequentemente. Mais se diga que fica, então, na disponibilidade do jurista tal tarefa, dualizando-se as alternativas entre uma ancoragem economicista ou outra e bem assim entre a chamada à liça de uma vontade supra-individual, favorecedora de políticas redistributivas, ou a mobilização da autonomia privada como fonte da repartição. Ao instrumento ressarcitório caberia o papel de “adequação das repartições existentes às repartições devidas”, ou seja, a função de “reparar ou corrigir perturbações na repartição ou afectação desejada de bens” [cf. p. 480].

O sentido da afirmação do carácter alocativo do sistema não se confunde, portanto, com aquele que assumimos em texto. De um lado, é a diferença que separa os bens do risco. Aqueles apontam para o enfoque individualista das esferas de acção livre, no seio das quais não pode haver interferência de terceiros; este aponta, ao invés, para o pendor solidarístico do agir humano, da forma como o mesmo vai matizado. Contudo, se assim é, tal fica a dever-se não a uma co-natural contraposição, mas a uma pressuposição de sentido de que não abdicamos. E, por isso, em abono da verdade, teremos de voltar a sublinhar que PAULO MOTA PINTO não nega, embora possa não extrair daí todas as consequências que aos nossos olhos são prestimosas, o sentido axiológico da pessoalidade (cf. p. 42 e ss. da obra citada).

Por outro lado, embora a assunção da responsabilidade seja globalizante, o autor orienta-se sobretudo pelo domínio contratual.

Em suma, se o que se pretende é afirmar o carácter correctivo da pretensão indemnizatória face à perturbação introduzida pelo comportamento de outrem, a pessoalidade com que somos confrontados e com que densificamos o instituto jurídico leva-nos, como salientado *supra*, a encarar o domínio delitual para lá da mera reposição do *status quo ante*.

Apresentando uma explicação alicerçada na transmutação de obrigações derivadas de normas primárias em obrigações de segundo grau, cf. ALFONSO DE COSSIO, “La causalidad en la responsabilidad civil: estudio del Derecho español”, ... cit., p. 527-554: “El derecho civil ampara determinados bienes fundamentales de la persona y su patrimonio, y al dotarles de la consideración de bienes jurídicos, crea un sistema de poderes conferidos al individuo para su eficaz defensa, que viene a constituir el aspecto positivo del ordenamiento privado. La convivencia humana, sin embargo, determina, a veces, la lesión de estos bienes personales o patrimoniales, lo que da lugar a una reacción de ese ordenamiento, la cual constituye su aspecto negativo: es decir, que la violación de la norma primaria da lugar a la entrada en juego de la norma secundaria o sancionadora”. Prende-se a abordagem mais na delimitação de esferas de actuação e de reserva individual do que no cotejo de círculos de risco assumido, ao abrigo de uma liberdade já não negativa, mas positiva. Ao mesmo tempo que, primacialmente, parece afastar-se do pendor alocativo explanado nesta nota. Sem que, porém, tal corresponda à profundidade da análise do autor. Na verdade, inteligindo, subsequentemente, as profundas mutações de que foi alvo o nicho dogmático em apreço, ALFONSO COSSIO sustenta que hodiernamente não se trata tanto de “imputar a una persona un hecho dañoso como de determinar cuál sea el patrimonio que en último término habrá de soportar sus consecuencias dañosas, y así, más que una imputación personal, se trata aquí de una simple teoría de la distribución de los riesgos, de las consecuencias económicas derivadas de un hecho determinado, y la idea de culpa pasa a ser tan sólo uno de los criterios, entre otros muchos, que habrán de servir de base para llevar a cabo esta distribución de una manera justa”.

O pendor alocativo do sistema é, assim, sublinhado. Sem que tal corresponda necessariamente à sintonia argumentativa entre a sua e a nossa perspectiva. Pois ou bem que a distribuição de que se fala operaria segundo critérios atinentes à justiça dita distributiva, chamando a um domínio espúrio à sua localização o

questão. Sem que, contudo, o carácter relativamente recente – sobretudo se tivermos em conta a globalidade do longo período de maturação da responsabilidade aquiliana – dite a unicidade do pensamento que o chama à colação²²⁰³.

Na verdade, sob a mesma epígrafe, podemos encontrar modelos imputacionais de índole muito diversa²²⁰⁴. Alguns tão radicalmente distintos que se apartam do sentido teleonomológico por nós anunciado, indo, *ab initio*, contaminados pelo manto da imprestabilidade normativa.

Se nesse magma não uniforme podemos filiar autores como CALABRESI, não menos certo é a inserção nele de outros que, na linha do que procuramos propor,

todo societário e condenando-nos a um sistema tecnocrático, qualquer que seja a sua conformação de base, ou bem que o fundamento em que ela se alicerça não pode deixar de ser encontrado num ideia de responsabilidade, que garanta a não formalização da judicativa missão que o decidente cumpre ao imputar a um sujeito a obrigação de suportar o custo do dano gerado. Responsabilidade essa, por seu turno, é bom de ver, que não pode deixar de ser compreendida à luz da pessoalidade que a predica. Pelo que conclui preliminarmente o autor citado implicar a tarefa abraçada a “imputación a critérios distintos de la mera causalidad, no interessando tanto que el sujeto sea la causa psicofísica del daño como que este le deba ser imputado por cualquier razón de justicia o equidad” [cf. p. 528]. Para, mais à frente, sustentar acutilantemente que “así planteadas las cosas, es evidente que la teoría de la responsabilidad civil se convierte en un caso especial dentro de la general teoría de los riesgos: el Derecho civil pretende distribuir socialmente las consecuencias económicas de todos los riesgos a que se encuentran sometidas las personas y las cosas (...). La distribución de los riesgos se lleva a cabo a través de toda una gama de matices, que permiten realizarla atendiendo en cada caso concreto a las más diversas circunstancias, siendo la culpa tan sólo uno de los muchos principios que es preciso tener en cuenta”. [cf. p. 529]

Sublinha-se, pois, a ideia do risco e da sua distribuição. Sem que isso aponte, nesse desiderato alocativo de que se cura, para um sistema funcionalizado por uma racionalidade economicista. Não é, de facto, negligenciável o desenvolvimento posterior das suas ideias que aqui não hesitamos em dar conta pela impressividade com que as mesmas estabelecem a ponte dialógica entre a caracterização genérica do sistema que se erige e o problema da causalidade. Fala o autor de um princípio de solidariedade que “impone a todos la obligación de comportarse de manera que no se perjudique el interés de otro más allá de la tutela del propio”, dado que, aliado a outros indícios do sistema, permite ao insigne jurista concluir que “resulta, por tanto, evidente que un criterio de mera causalidad debe ser en absoluto excluído, siquiera pueda servirnos de base, en muchos casos, para llevar a cabo la imputación, que en definitiva tendrá su fundamento jurídico no en ella, sino en otra clase de consideraciones, basadas en principios de justicia y de equidad”.

²²⁰³ Veja-se, contudo, no direito mais antigo, embora numa perspectiva muito distante da nossa, FRANÇOIS GENY, « Risques et responsabilité », *Revue trimestrielle de Droit civil*, 1902, p. 812-849

²²⁰⁴ Veja-se, a título meramente exemplificativo, PATRÍCIA HELENA LEAL CORDEIRO DA COSTA, *O dano da perda de chance e a sua perspectiva no direito português*, Coimbra, 2010, policopiado, p. 74, nota 116, que distinguindo a teoria da perda de chance de outras que poderiam gerar confusão, acaba por fazer referência, não exaustiva, a uma série de doutrinas que apelam a uma ideia de risco. Assim, ela não se confunde com 1) “a teoria do incremento de um risco, ou da causalidade atenuada, utilizada pela jurisprudência para apreciar causalidades que não se demonstram segundo os *standards* probabilísticos normais”; 2) “teoria de Claus Roxin, que nega relevância jurídica a certas causas físicas provadas”; 3) teoria do risco criado ou do risco específico “correspondente ao risco que implica a realização de actividades ou a utilização de instrumentos, caracterizados por uma intrínseca perigosidade, que exige que se veja tal actividade/utilização como geradora de responsabilidade, independentemente da demonstração da culpa do autor do facto (responsabilidade objectiva)”; 4) teoria da assunção do risco, na qual o risco criado por outro é assumido pela vítima; 5) teoria do risco de desenvolvimento, “que se destina a restringir, em determinados casos, a teoria do risco específico como título de atribuição de responsabilidade e exonerar o agente em consequência de uma força maior que, por ser interna ou típica da actividade perigosa realizada, não teria em princípio força liberatória, mas que o tem, nesses casos, em virtude da ausência de conhecimentos científicos ou técnicos com os quais se teria evitado o dano”, como ocorre ao nível do artigo 5º/e) DL nº383/89, a propósito da responsabilidade do produtor.

recusam a tecnocracia economicista para cobrirem o nicho doutrinal com as notas da valia axiológica sem as quais o direito deixa de o ser.

Urge, pois, traçar as linhas de fronteira que, na complexidade em que mergulhamos, logrem salvaguardar um mínimo de inteligibilidade da nossa proposta quando identificamos, como uma das consequências possíveis do nosso entendimento, a contaminação do sistema pela nota do risco.

Prima facie, é na oposição entre a polarização do risco a montante ou a jusante que residirá a primeira das clivagens anunciadas. Ou seja, pode o sistema ressarcitório ser, como aliás ficou expandido no ponto introdutório deste capítulo, pensado na óptica do legislador ou naquela do jurista decidente. E se na primeira o risco pode avultar como arrimo densificador de um intuito preventivo que se desvele, o certo é que o campo privilegiado da sua concretização encontrar-se-á noutros terrenos. Ao mesmo tempo que, cientes da refração metodológica da intencionalidade última do jurídico no plano judicativo, duas conclusões preliminares se tornam incontornáveis.

Na verdade, o jurista, no seu decidir concreto, remete a norma para os princípios em que a mesma se louva, e, ao fazê-lo, mobiliza uma determinada racionalidade que não deixa intocável o sentido da decisão concreta. Posto isto, a referência ao risco colimado na prescrição legislativa não pode ter outro sentido senão aquele que, afastando-nos de uma interpretação de índole hermenêutica e de tipo subjectivista histórico, o colha à luz da intencionalidade predicativa da juridicidade, isto é, da ideia de pessoalidade.

Donde, se nos situamos a jusante, inexistente a alternativa. O apelo ao risco torna-se meritório enquanto expressão da pessoalidade e a orientação que nos seja eventualmente fornecida pela norma não mais pode ser encarada como um dado que conduza à afirmação da repetição pela sentença do teor do direito posto.

Diante do binómio legislador/julgador, é o papel do segundo que encabeçamos. E, conseqüentemente, é à luz da racionalidade que deve mobilizar que operamos, afastando-nos da programação social.

Mas porque, na assunção da sua específica missão, fazemos dele mais do que a boca que profere as palavras da lei, recusamos o logicismo e a aporética referência teórica ao risco para o informarmos, enquanto critério doutrinal de imputação delitual, com as notas predicativas da juridicidade, isto é, com as notas da pessoalidade livre e responsável.

Com isto, são todos os modelos tecnocratas que ficam liminarmente excluídos. E bem assim aqueles que, olhando para a noção, não a conformam responsabilizantemente.

O risco assume pois uma função específica na economia do modelo. É ele, em última instância, que permite fazer descer o véu da concretude sobre as nossas cogitações. Ou dito de outro modo, mais densificado, é por meio dessa categoria, expurgadas que sejam as predicções tecnocratas com que eventualmente pudesse vir pensada, que se obtém o ponto de equilíbrio entre uma validade que se postula e uma eficácia que se reclama. Só que esta é uma dimensão do específico modo de ser do direito e já não uma categoria análoga à eficiência.

Falar da dimensão axiológica do risco implica reconduzi-lo ao centro nevrálgico do modelo ressarcitório segundo um pensamento de cariz normativo. Onde ele, consoante as perspectivas e os autores, é chamado a cumprir uma de duas funções.

Tradicionalmente, e de acordo com um modelo metódico que esgotava o plano da fundamentação numa ideia de justificação do direito positivo, o risco assumia-se exclusivamente como arrimo uniformizador de algumas hipóteses de responsabilidade objectiva: aquelas que, ficando conhecidas pelo mesmo nome, constituíam, afinal, uma excepção ao princípio da culpa, ainda que pudessem colher sustentáculo em outras ideias para além da simples alocação dele.

Vimos, porém, agigantar-se a ideia num outro contexto. Apartando-nos do domínio da excepção e comprometendo-nos exclusivamente com a regra, joga-se também aí, a aceitarem-se por boas as lucubrações expendidas ao longo da nossa dissertação, a mobilização activa do carácter arriscado de um dado comportamento, o qual vem permitir, em última instância, concretizar o sentido de exigibilidade com que a personalidade se entretece. Ou seja, é a desvelação do perigo em concreto que viabiliza o juízo de censura daquele que não conforma o comportamento com os parâmetros exigíveis, em face da situação, a um homem médio. E é a análise dele que, para lá da culpabilidade a que se alude, permite ajuizar da pertinência da lesão à esfera de responsabilidade do agente, cumprindo, desta feita, o papel imputacional objectivo que, de outro modo, ficaria reservado para os casos em que se prescindisse da culpa.

Duas ideias avultam, portanto. De um lado, e conforme ficou dito, não pode ser só o risco a justificar o quadro de excepcionalidade com que nos confrontamos²²⁰⁵. De

²²⁰⁵ A nota serve, tão-só, para aludirmos ao problema da fundamentação dos casos de responsabilidade pelo risco. Não nos deteremos no ponto, limitando-nos a apontar algumas ideias de jeito tópico. Assim,

outro lado, não se discernindo a exclusividade da categoria nas hipóteses em apreço, torna-se possível aventar heurísticamente a ideia de um *continuum* em toda a responsabilidade civil, que seria edificado exactamente a partir dela²²⁰⁶.

50. Um *continuum* de responsabilidade

50.1. O modelo proposto por NILS JANSEN. Análise e crítica.

A doutrina delitual de NILS JANSEN está longe de poder ser encarada em termos enciclopédicos. Não só o seu relevo prático é inegável, como incontornável se mostra o impacto que exerce na compreensão fundacional e estrutural do instituto da responsabilidade civil.

À tradicional dicotomia entre a responsabilidade subjectiva e a responsabilidade objectiva, o autor contrapõe a proposta de um sistema móvel ressarcitório, caracterizado por uma estrutura uniforme, embora não monolítica, sem pretender, contudo, alterar o direito positivo vigente.

Argumentativamente, orienta-se por dois níveis. Ao plano teleológico, densificado pela questão do tipo de justiça que pretensamente contamina cada uma das disciplinas, associa o plano dogmático, a propósito do qual constata a não fragmentação dos critérios predispostos para chegar à decisão justa.

Assim, de um lado é a fundamentação pura da responsabilidade civil na justiça comutativa que é posta em causa, substituindo a unidade valorativa por um juízo complexo que apela, em simultâneo, à compensação e à distribuição. E, de outro lado, é a constatação de que, na decisão de fazer impender sobre um determinado sujeito uma obrigação ressarcitória, está necessariamente presente um juízo acerca do risco, tal-

importa não esquecer que o carácter arriscado das condutas ou actividades submetidas à responsabilidade objectiva – a qual, por seu turno, se não esgota naquela – vem compreendido num sentido estabilizador. Ou seja, trata-se de comunidades de perigo mais ou menos individualizadas a que o legislador entendeu dever dar um tratamento especial. Por outro lado, associam-se ao risco, já cristalizado, na fundamentação delas, ulteriores justificações, podendo em causa estar a magna justiça distributiva ou, mais especificamente, a necessidade de, em situações particulares, se tutelar especialmente um grupo de potenciais afectados. Só que, porque a tensão dialéctica que perpassa o instituto ficaria amputada se apenas olhássemos para o lesado, nunca o desiderato protector pode cumprir, no seu isolamento, o papel fundamentador que motivou, ao longo dos tempos, acesa discussão doutrinal quanto à matéria.

Para maiores desenvolvimentos acerca da responsabilidade pelo risco, cf. o que já *supra* se referiu.

²²⁰⁶ Como se poderá constatar, abandonamos, momentaneamente, a focalização dirigida a um específico pressuposto delitual para nos enredarmos na consideração macroscópica do modelo. Fazemo-lo porque uma certa compreensão da causalidade, vista, num dado segmento problemático, como verdadeira imputação objectiva, nos insta a abraçar tal tarefa. Mas fazemo-lo também porque a intelecção do todo permitirá a percepção da parte. Donde o diálogo se entretetece pela nota da dialéctica ou do condicionamento entre esta e aquele.

qualmente ele deve ser entendido hodiernamente, que pesa. Ambos depõem no sentido previamente explanado.

Significa isto que nem numa perspectiva, nem na outra há razões suficientemente firmes para cindir os dois nichos, ao que se alia uma análise historicamente comprometida da evolução do instituto a secundar as conclusões obtidas segundo os prismas referidos²²⁰⁷.

Doutrinal e jurisprudencialmente, JANSEN verifica que se tem experimentado um movimento de convergência dos dois domínios, tradicionalmente compreendidos de forma estanque. Ao nível da responsabilidade subjectiva, com efeito, assiste-se tanto à aferição da culpa em termos objectivos, como à catalogação de uma miríade de deveres de conduta²²⁰⁸, ao mesmo tempo que se intensificam as exigências de cuidado por via de expedientes variados, de que são exemplo as alterações das regras em matéria de ónus da prova²²⁰⁹, enquanto, no quadro da responsabilidade objectiva, se verifica a limitação do seu âmbito de relevância pelos casos de força maior²²¹⁰.

Acresce que, e como já foi referido, o autor sublinha a uniformidade normativo-teleológica espelhada nos diversos arestos que se pronunciam acerca de uma pretensão indemnizatória. Na verdade, qualquer que seja o *Tatbestand* de responsabilidade mobilizado em concreto para orientar o decidente na procura da decisão justa, esta leva ínsita uma apurada ponderação acerca da repartição dos riscos.

É neste ponto que o plano dogmático se cruza com a questão teleológica e normativa. Para JANSEN, não é possível configurar o direito delitual do puro ponto de vista compensatório, ou para recuar à dicotomia aristotélica, do estrito prisma da justiça

²²⁰⁷ Para uma aprofundada análise da evolução histórica da estrutura delitual, cf. NILS JANSEN, *Die Struktur des Haftungsrechts...* cit., p. 181 e ss.

Perscrutando o acervo histórico com vista a perceber se nele encontra uma justificação para a dualização de regimes da responsabilidade civil, sustenta que a divisória a que se alude, e cuja natureza principiológica põe em causa, é resultado da disfuncionalidade gerada pela mutação que os conceitos de ilicitude e de culpa, oriundos do direito romano, sofreram ao longo dos tempos. Mais concretamente, JANSEN considera que o sistema delitual é concebido no sentido do direito romano e do direito jusracionalista como uma sanção pela infracção de um dever, pelo que incorporará sempre e necessariamente um juízo de culpa, ao que se aliam hipóteses particulares de responsabilidade pelo risco, para fazer face às eventuais iniquidades que a partir dali possam emergir. Chegar-se-ia, assim, a uma dualidade que o autor critica.

²²⁰⁸ Quanto ao ponto, veja-se a já antiga discussão em torno da determinação da culpa por referência ao padrão do homem médio de que demos conta *supra*.

²²⁰⁹ Cf., a propósito da aferição da culpa, NILS JANSEN, *Die Struktur des Haftungsrechts...* cit., p. 433 e ss.

²²¹⁰ O autor alerta, sobretudo, para o facto de, segundo a sua concepção, sempre que a força maior surja definida em termos subjectivos, não distarem sobremaneira as conclusões a que se chegam daquelas a que seríamos conduzidos por via da culpa. Assim, cf. NILS JANSEN, *Die Struktur des Haftungsrechts...* cit., p. 607 e ss., 611 e ss.

comutativa. Não deixando de estar presente na estrutura modelar que forja, ela não mais faz do que fornecer o esquema de operatividade no interior do qual a justiça distributiva é chamada a operar.

Importa não esquecer, contudo, que a última apresenta contornos precisos. Ou dito de outro modo, estará sempre condicionada pela interacção particular edificada em torno da ideia de responsabilidade pessoal pelo resultado. Não se trata, pois, de abrir as portas a uma equitativa repartição da riqueza que tenha como pano de fundo a sociedade, mas de, no seio da relação entretecida entre lesante e lesado, operar a mencionada distribuição. O direito delitual preocupa-se em distribuir de forma justa os riscos de danos, para o que não só apela à valoração da conduta do lesante, como indaga qual o âmbito de protecção que se deve dispensar à vítima²²¹¹.

Note-se que a introdução da nota relacional faz com que JANSEN afirme, sem hesitação, que a vítima pode ser responsável em relação a um determinado risco, seja porque o podia ter facilmente prevenido, seja porque se autocolocou em risco, seja porque estava colocado em melhor posição para contratar um seguro de responsabilidade civil que o cobrisse²²¹².

Intui-se, portanto, a necessidade de uma valoração não subsuntiva no momento da realização concreta do direito, a convocar o cotejo de esferas de actuação do lesante e do lesado.

A estrutura de condicionamento necessário entre as duas modalidades do justo parece, então, definir-se mais rigorosamente. Com efeito, a nota relacional a que fazemos referência importa a consideração não atomística da posição de cada um dos sujeitos em confronto, o que implicitamente nos poderia conduzir ao afastamento da pura comutatividade dialógico-fundacional. Mas, ela resulta, sem que nisso se denote qualquer contradição, da primeira ideia de compensação, que chama à colação uma noção de responsabilidade pessoal pelo resultado (*Erfolgsverantwortlichkeit*).

Situados agora no epicentro do modelo proposto por NILS JANSEN, cumpre-nos explicitar dois dados que implicitamente se integram no que acabou de ser dito. Em primeiro lugar, é esta que garante a unidade do instituto, fazendo apelo a uma dimensão ética. Em segundo lugar, reforça-se a perfunctória recusa de cisão entre a

²²¹¹ É neste sentido que, de acordo com o que tivemos oportunidade de referir, JANSEN considera que a actividade empresarial justifica um determinado tipo de tratamento dogmático da responsabilidade, ao contrário do que ocorre com as acções quotidianas. Sobre o ponto, cf. respectivamente, NILS JANSEN, *Die Struktur des Haftungsrechts...* cit., p. 626 (*Prinzipie der strikten Unternehmenshaftung*) e 628 (*Schutz von Alltagstätigkeiten*).

²²¹² Quanto ao ponto, cf. NILS JANSEN, *Estructura de un derecho...* cit., p. 9.

responsabilidade subjectiva e a responsabilidade objectiva, porquanto um dos índices tradicionalmente chamados à colação para a estibar passava pela dual perspetivação da justiça.

Da complexa estrutura que apresenta para o direito delitual resultam algumas ideias não despiciendas para a lograda compreensão do pensamento do autor.

A responsabilidade pessoal do causante do dano não se mostra apta a explicar o alcance do instituto, pelo que, no quadro estabelecido por JANSEN, a *Erfolgsverantwortlichkeit* cumpre apenas o papel preliminar de circunscrição do perímetro dentro do qual hão-de ser chamados a depor os elementos próprios da justa distribuição dos riscos²²¹³.

Quer isto dizer que o modelo em causa tem, como também já foi referido, uma dimensão imputacional.

Contudo, esta não exclui a imperiosa presença da causalidade, tida como fulcral na atribuição de uma responsabilidade pessoal pelo resultado, ao mesmo tempo que se mostra como um conceito aberto, necessariamente complementado por ponderações de outra índole.

Repare-se que, nem isto significa uma mutação do direito positivo, porquanto a própria afirmação da responsabilidade pelos danos causados por negligência seja vista pelo autor como uma forma de repartição do risco criado, como não implica uma abertura à dimensão tecnocrática da racionalidade que deve estar excluída em concreto.

Não obstante, a impostação que aqui trazemos a lume não deixa de nos concitar dúvidas fundadas e de nos encaminhar para um leque de problemas com os quais já tínhamos sido confrontados.

Dois são os cenários com que havemos de lidar. Ponderados por JANSEN, reconduzem-se a situações de colisão entre a justiça distributiva e a justiça compensatória, ou, ao invés, a hipóteses de complementaridade. Não nos quedaremos, contudo, a analisar a solução de prevalência que, em concreto, há-de ser dada a uma ou a outra. Pois que, independentemente das considerações expendidas pelo autor, se partimos do pressuposto – para acompanhar o seu discurso – de que a *Erfolgsverantwortlichkeit*, menos do que um conteúdo normativo, nos fornece somente uma estrutura de operatividade da dimensão substancial, seremos forçados a concluir que será sempre a justiça distributiva a ter a última palavra em matéria de imputação.

²²¹³ Sobre o ponto, veja-se o que *supra* se expendeu a propósito dos *outcome responsibility*. Começa, pois, a fechar-se um círculo argumentativo-expositivo.

E, ainda que esta se possa encontrar despida da triangularidade anunciada pela presença do todo societário, a dimensão de responsabilidade pessoal pelo resultado não nos insta à congruência necessária com o sentido mais denso da juridicidade, já que, se o fizesse, longe de ser um conceito vazio (*leerformel*), comunicar-nos-ia determinadas exigências de sentido que permitiriam, sem necessidade de um reforço complementar, ajuizar acerca da justa distribuição do risco.

Ou seja, em vez da pretensa complementaridade, pensamos não errar se denunciarmos um predomínio da justiça distributiva que, se bem que pensada em termos que se apartam da clássica dicotomia, também não se identifica com a axiologia determinante do ser pessoa. Exactamente por isso, em vez de nela alicerçarmos a ideia de imputação pelo resultado, somos instados a recorrer, e de forma inflexível, posto não fazer o pressuposto parte do elenco de elementos móveis do sistema, ao tópico da causalidade.

O modelo por nós proposto não é igual ao cogitado por JANSEN. Sem que tal dissemelhança obste a que se encontrem pontos de contacto. Comungamos com o autor ideia de que a justiça delitual passa, imperiosamente, pela equitativa distribuição do risco. Só que esta baseamo-la, ainda, na dialéctica entre a autonomia e a responsabilidade, pelo que a reconduzimos, sempre, à noção de responsabilidade pessoal pelo resultado danoso²²¹⁴.

A clivagem não se repercute, apenas, em termos teóricos. Praticamente, a diversa visão permite-nos colorir a imputação do resultado pelas notas de desvalor da conduta do lesante, que, não constituindo o cerne do instituto, sempre haverá de estar presente. Pelo que, embora sustentando a suave continuidade entre a responsabilidade objectiva e a responsabilidade subjectiva, não derramamos sobre elas o mesmo olhar, antes insistindo na consideração da primeira como excepcional diante da regra.

Mais do que sopesar os termos precisos das diversas modalidades de responsabilidade aquiliana, a linha de fronteira estabelecida com o pensamento de JANSEN permite-nos perceber em que medida o risco há-de ser lido personalisticamente^{2215 2216 2217 2218}.

²²¹⁴ Refira-se, contudo, em sintonia com o que *supra* ficou dito a propósito da doutrina alemã do *Erfolgsverantwortlichkeit* ou da homóloga inglesa *outcome responsibility*, que a responsabilidade pelo resultado só pode, por nós, ser vista à luz da pessoalidade fundamentadora da juridicidade e, portanto, terá de implicar uma pertença daquele resultado a um *role responsibility* que a montante se desenhe.

²²¹⁵ O correcto entendimento da coloração personalística do risco estava já implícito em tudo o que fomos expondo anteriormente.

Importa, apesar disso, salientar algumas notas não despreciandas. Na verdade, se o risco passa a ser captado à luz das exigências de sentido comunicadas pela axiologia dominante ao nível do direito, concita-se uma dúvida: por que razão nos opomos, de princípio, à configuração de um sistema exclusivamente alicerçado nele, que deixe de lado a ponderação da culpa? A pergunta faz tanto mais sentido quanto, também o apontámos em tempo próprio, a culpa não apresente qualquer cunho concreto, devendo ser aferida em abstracto, e se estenda a níveis singelos de negligência inconsciente. Convém, na verdade, não esquecer que este é um dos principais argumentos sugeridos por JANSEN e coadjudados por outros autores, ainda que não se referindo a um *continuum valorativo* entre os dois domínios, antes insisitindo na dualização de âmbitos problemáticos.

Cremos, contudo, que, contra a problematicidade sugerida pela formulação retórica, a solução para o nosso problema não é inquietante.

Assim, o risco está presente em cada actuação concreta. Intrínseco ao modo de ser da acção humana, como qualquer outra, ele apresenta aí características próprias, quais sejam a previsibilidade e a controlabilidade. Simplesmente, ele não pode ser absolutamente eliminado e, porque a ideia de responsabilidade comunica com a de auto-responsabilidade, importa ter presente critérios de determinação da pertença do risco a uma determinada esfera. A par da imputação objectiva, outrora tratada em sede de causalidade, impõe-se uma imputação subjectiva – aquela que, redundando num juízo de culpa, torne ético-juridicamente desvaliosa a conduta. De outra forma, e face à complexidade da interacção social, seria impossível fazer impender sobre um terceiro a obrigação de indemnizar os danos gerados. Acontece que há determinadas actividades que, pela sua natureza, permitem olhar para a assunção do risco a montante. Assim, poderia ter sido opção do legislador considerar que qualquer acção – tipificada – que comportasse um aumento exponencial do perigo/risco prescindiria da aferição da culpa para dar lugar à responsabilidade. Não foi, porém, essa a solução consagrada, como bem se denotará pela presença do artigo 493º CC. Ao risco alia-se, na previsão/fundamentação das hipóteses de responsabilidade objectiva, algo mais, designadamente o benefício que o agente retira daquela actividade. É por isso que discernimos aí um filão de operatividade da justiça distributiva. Esta intervém no momento da prescrição legislativa e deixa-nos livres, porque não confinados à vontade do legislador histórico no jogo interpretativo que se há-de levar a cabo, não nos embrenhando em ponderações de índole utilitarista. Se o referente de conformidade pressuposto quando, depois da transcendência da norma pelo caso, a remetemos, na busca da conformidade necessária, para o estrato dos princípios – *maxime* do princípio normativo do direito como direito – é idêntico nos dois níveis dialógicos (responsabilidade por culpa e responsabilidade pelo risco), e se os critérios predispostos pelo legislador hão-de ser interpretados da forma que aqui fica expressa, então compreendemos o significado exacto do *continuum* a que nos referimos.

Isto não obsta a que outros ordenamentos jurídicos possam tipificar hipóteses de responsabilidade objectiva assentes no exercício de uma actividade perigosa. Sobre o desenvolvimento e reforma da responsabilidade pelo risco, no quadro do direito alemão, cf. DEUTSCH, *Allgemeines Haftungsrecht...* cit., p. 449 e ss. Ensina o autor, como já referimos anteriormente, que a responsabilidade objectiva remonta a SAVIGNY, embora este não a mencione no seu sistema de direito romano, e, em especial, não se refira à *preußische Eisenbahngesetz*, que, datada de 1838, pode ser facilmente reconduzida ao trabalho do autor. Mais recentemente, surgem propostas de reforma, a fazer apelo a uma ideia de analogia (VON CAEMMERER, *Reform der Gefährdungshaftung*, 1971, p. 19 e ss.), à perigosidade da coisa que se possui ou detém (a conduzir à proposta de uma limitada cláusula geral na esteira de WEITNAUER, “Aktuelle Fragen des Haftungsrechts”, ... cit., p. 598, também citado por DEUTSCH, *op. cit.*, *loc. cit.*). Segundo o último autor citado, a principal ideia desta proposta situa-se na coisa (e não no perigo dos homens), pelo que, por exemplo, o desporto perigoso não se integrará nesta *Sachhaftung*. A fórmula introduzida por DEUTSCH aduz que §1 (I) *Wer eine besondere Gefahr schafft oder in Gewalt hat, ist zum Ersatz des Schadens na fremden Personen oder Sachen verpflichtet, der durch Verwirklichung der Gefahr entsteht.* (II) *Eine Gefahr ist dann eine besondere, wenn entweder sie selbst unausweichlich, ungewöhnlich, schwer beherrschbar oder sonst so groß oder der aus ihr zu erwartende Schaden so außergewöhnlich hoch oder häufig ist, dass die Gefahr im Verkehr nur bei Schadloshaltung zulässig erscheint.* (III) *Eine besondere Gefahr ist nametlich gegeben bei Kraftfahrzeugen zu Lande und zu Wasser, Luftfahrzeugen, Maschinen und Motoren, Schußwaffen, Elektrizität, Gas, hohem Druck, hochgiftigen, stark ätzenden, explosiven, leicht brennbaren oder strahlenden Stoffen.* § 2 (...). O autor apresenta uma cláusula geral elencando grupos de casos de actividades perigosas. Tal como a fórmula de WEITANAUER, esta está submetida à actividade legislativa, pelo que determinadas actividades tidas como perigosas – v.g. a actividade médica – ficam excluídas do seu âmbito de relevância. Mostra-nos isto que, também para o autor, pese embora a tendência denotada no sistema germânico, não é possível impor a responsabilidade objectiva a todos os casos em que o perigo enforma o tipo de situação.

²²¹⁶ Cf. as inquietações de DEBORAH J. LA FETRA, “Freedom, Responsibility and Risk: Fundamental principles supporting tort reform”, *Indiana Law Review*, 36, 2003, p. 645 e ss.

A autora alicerça-se em alguns pontos importantes, que fazem rememorar muitas das clássicas preocupações em torno da modelação do sistema de responsabilidade civil. Sopesados parecem ser dois valores fundamentais: a liberdade e a segurança. Mais concretamente, de um lado, evidencia-se a preocupação com um efeito nefasto da responsabilidade sobre a capacidade de inovação científica. Do outro lado, assevera-se a necessidade de, a partir da assunção da liberdade pessoal, se aceitar a responsabilidade como seu corolário (cf. p. 657). Fundamental na compreensão do direito delitual passa a ser a trilogia liberdade, responsabilidade e risco. A relação entre o risco e a responsabilidade torna-se dependente da possibilidade de tomar decisões tendo em conta o controlo dos resultados dos eventos, reivindicando a previsibilidade como parte integrante do modo de agir humano. Sendo inútil pensar em reduzir a zero os níveis de risco, a questão fulcral é a da distribuição dele, tendo em conta a ideia anunciada da liberdade e da responsabilidade. Cremos não errar se adiantarmos que intuímos um sentido diverso do modo como o primeiro valor vai pensado pela autora relativamente à impoção problemática, com contornos éticos pessoalizantes, por nós apresentada. Mas encontramos um ponto de sintonia bastante numa das suas considerações. Na verdade, a autora sustenta que a previsão magnânima de situações de responsabilidade pelo risco tende a obnubilar aspectos vitais da responsabilidade que se procura edificar. Descontados que sejam os efeitos economicamente nefastos, por si salientados, a redundar num aumento dos preços, sempre que em causa esteja a responsabilidade do produtor ou de uma empresa em geral, considera-se que a imputação de uma obrigação ressarcitória alicerçada em puras relações de facto acaba por desvirtuar um sentido de auto-responsabilidade que coexiste com a da responsabilidade alheia pelo dano. Mais concretamente, DEBORA LA FETRA exemplifica a sua crítica. Com a responsabilidade do produtor procuram-se induzir na sociedade índices máximos de segurança, com o que muitas vezes se obtém a desresponsabilização do consumidor que, devendo ponderar os próprios riscos, não assume as consequências da sua escolha. Julgamos, na pressuposição do papel fundamental que a protecção do consumidor tem nos ordenamentos jurídicos actuais, bem como da regulamentação concreta que esta hipótese de responsabilidade assume entre nós, a afastar-se dos excessos de responsabilidade tão típicos de alguma jurisprudência norte-americana, errar-se o alvo. Mas não se nega que a justiça distributiva, justificadora do ressarcimento para lá da culpa, possa evidenciar um sentido imputacional muito específico: quer porque a ideia primeva era a da imposição de uma obrigação ressarcitória a quem abraça determinado tipo de actividades, produtora – para si – de benefícios, ainda que a pessoa actuasse com todo o cuidado devido; quer porque lhe vai ínsita uma mundividência obviamente não neutral.

O que pretendemos salientar com este *continuum* é que, a jusante, uma vez estabelecida a prescrição normativa, e pese embora o direito não se cumpra num modo de ser nefelibata, mostrando-se alheio à realidade circundante, será à luz da axiologia fundamentante da juridicidade que as hipóteses de responsabilidade pelo risco devem ser tratadas.

Captadas sob a malha de cota da pessoalidade livre e responsável, só poderão ser compreendidas porque uma esfera de risco/responsabilidade foi por alguém assumida. Um risco que o legislador tipificou, por motivos que vão para além da potencialidade perigosa dele, e do qual fez extrair consequências várias.

Isto não significa, contudo, que se aceite a identidade de planos entre os dois domínios ou que se assuma a possibilidade de converter a responsabilidade objectiva na regra. O papel da culpa da edificação de uma esfera de responsabilidade não pode ser menosprezado. Sobretudo porque, fora essa cristalização legislativa do risco, motivada por fins diversos, tornar-se-ia insustentável a interacção pessoal.

A título incidental e para exemplificar os excessos de responsabilidade – desresponsabilizante porque assumidamente garantística – que ocorrem nos EUA, cf. PATRICK S RYAN, “Mc Do, Café Brûlant, et un animal domestique dans le four à micro-ondes: une reconsidération de la notion américaine des dommages exemplaires”, *Global Jurist Advances*, vol. 3, issue 1, 2003, article 3 [note-se, contudo, que se cita o artigo exclusivamente pela referência aos conhecidos casos que constam do título, devendo alertar-se o leitor para o facto de a perspectiva de RYAN ser a de explicitar a operacionalidade dos *punitive damages* no ordenamento estadunidense].

²²¹⁷ A este ensejo importa tecer algumas considerações adicionais. O *continuum* a que nos referimos baseia-se num fundamento axiológico comum e na interpretação personalista do risco que contanima dogmaticamente cada uma das hipóteses de responsabilidade civil. Mas discerne-se uma intencionalidade diversa entre elas, porquanto a responsabilidade objectiva seja também informada pela justiça distributiva.

Não se pode, portanto, encontrar nenhuma identidade entre o nosso pensamento e aquele protagonizado nos anos 70 por FLETCHER. Na verdade, pese embora a originalidade do pensamento de JANSEN, já em 1972, GEORGE FLETCHER teria invocado a complementaridade entre a *strict liability* e a *negligency* que,

contra o entendimento generalizado, seriam expressão de um único princípio de justiça – o *principle of reciprocity* – cf. FLETCHER, “Fairness and utility...”, ... cit., p. 550. Segundo o autor, há duas situações possíveis: ou os indivíduos se encontram numa comunidade de acção em que cada um impõe riscos comparáveis aos outros; ou a conduta de um agente gera unilateralmente um risco de dano para outrem. No último caso, poder-se-ia prescindir da culpa (cf. p. 544-549), o mesmo não se passando com a primeira hipótese, de que era exemplo a condução de automóveis, porque se a utilização de um veículo deste tipo comporta riscos, nem por isso o acidente causado viola o princípio da reciprocidade. A culpa implicaria um aumento do risco e só ela justificaria a imputação.

Para uma crítica desta concepção, veja-se GOLDBERG, “Twentieth century tort theory”, ... cit., p. 72, salientando que vacila entre uma concepção empírica de reciprocidade (o montante estatístico e o grau de risco a que cada um expõe o outro) e uma concepção normativa (grau e tipo de risco que cada um deve ter permissão para impor aos outros), ao mesmo tempo que mostra como, particularmente no tocante à condução de veículos automóveis, a comunidade de risco não gera reciprocidade quando cotejada com os peões.

Repare-se que, sendo FLETCHER fortemente inspirado por RAWLS, aliaríamos a estas críticas uma outra, uma vez que o autor acaba por não ter, fora das situações de consenso, a base fundacional para erigir a cooperação entre semelhantes.

Veja-se, também, a este propósito GREGORY KEATING, “The theory of enterprise liability and common law strict liability”, *Vanderbilt Law Review*, 54, 2001, p. 1285, em especial p. 1333 e “Distributive and corrective justice in the tort law of accidents”, *California Law Review*, 74, 2000, p. 193, aqui 200 e ss., fazendo remontar a ideia de reciprocidade ao pensamento de RAWLS e à sua concepção de justa cooperação entre iguais.

Sublinhando uma ideia de *continuum* entre a responsabilidade por culpa e a responsabilidade pelo risco, veja-se, ainda, o pensamento de JULES COLEMAN, de que oportunamente demos conta, e que é manifestada em “The morality of strict liability”, ... cit., p. 286, onde afirma que entre a *fault-system* e a *strict liability* existe uma continuidade, por serem estruturalmente análogas. Esta similitude estrutural de que COLEMAN nos fala alicerça-se em alguns vectores importantes, dos quais passaremos a dar sumariamente conta. Assim, ainda que estruturada em torno da culpa, há limitações à imputação, quais sejam o contributo culposo da vítima, a assunção do risco por parte dela ou a inexistência de uma relação de suficiente proximidade entre o comportamento do lesante e o dano do lesado que justifique a compensação. E pode mesmo acontecer que, porque se parte da regra segundo a qual, na ausência de uma razão forte que sustente a transferência do dano para o lesante, aquele deve ser suportado por quem o sofre, ele seja efectivamente alocado a quem não agiu com culpa. Basta que a vítima não consiga cumprir um ónus da prova que lhe compete. Já na *strict liability* se parte do oposto, ou seja, o lesante é responsável excepto se conseguir provar que a conduta da vítima é suficiente para afastar a sua responsabilidade, pelas defesas que atrás mencionámos e que são também operantes a este nível. COLEMAN não ignora que certas áreas da *tort law* não admitem tais defesas, mas põe em evidência que, fora dos casos de *absolute liability*, a *fault system* e a *strict injurer liability with the defense of victim fault* só se distinguem pelo ponto de partida. Mais do que isso, como ambas envolvem a transferência do dano para a parte culposa, se a houver, a discrepância só se regista nas hipóteses em que nenhuma das partes preteriu os deveres de cuidado exigíveis – cf. p. 274 e 275.

²²¹⁸ A leitura personalística do *continuum* a que aludimos, o qual não quer, já o sabemos, significar identidade intencional entre os dois nichos de responsabilidade, afasta-nos ainda de outras visões que, evidenciando a linha de continuidade entre a responsabilidade subjectiva e objectiva, a perspectivam sob uma óptica economicamente cunhada.

Veja-se, quanto ao ponto, PABLO SALVADOR CODERCH, NUNO GAROUPA e CARLOS GÓMEZ-LIGÜERRE, *Scope of Liability: the vanishing distinction between negligence and strict liability*, cit.. Segundo o testemunho dos autores, a responsabilidade por negligência e a *strict liability* não poderiam continuar a distinguir-se com base no conceito de dever (*duty*), na medida em que o escopo da responsabilidade, tradicionalmente cunhado por *proximate causation*, implica múltiplas formas. A *nuance* distintiva encontrar-se-ia, outrossim, no modo de aplicação da *Hand Formula*. Comum aos dois domínios, ela seria aplicada duas vezes ao nível da responsabilidade por culpa (primeiro para saber se o lesante violou ou não o dever de cuidado; segundo para delimitar em que medida o comportamento do lesante foi ou não uma causa próxima do dano sofrido pela vítima), e apenas uma no caso da *strict liability*, quando se questiona se se cumpre ou não o requisito da causa próxima, pelo que a *negligence rule* é vista como uma combinação de uma *no liability rule* (para aqueles que não violam o *duty*) e de uma *strict liability rule* (para aqueles que o obliteram) – cf. p. 6. Note-se, ainda, que ao nível da responsabilidade objectiva, a *Hand Formula* opera *ex ante*, resumindo-se o juízo *ex post* à factual determinação da existência do dano e

50.2. Um *continuum* de responsabilidade personalisticamente perspectivado

Os critérios esboçados para responder ao problema da imputação objectiva de um dado resultado danoso (lesão) ao comportamento do agente permitem-nos aventar heurísticamente a hipótese da existência de uma linha de continuidade entre as diversas

da sua causa de facto, já que, se introduzirmos considerações atinentes à *proximate cause*, estaremos a contaminar a *strict liability* com elementos atinentes à responsabilidade subjectiva.

Na verdade, para os autores, não faz sentido distinguir os dois domínios com base na cisão entre o *duty* e a *causation*, porque o que o último faz é reproduzir muitas das componentes do primeiro (cf. p. 4). Assumindo que a identificação do lesante é uma questão complexa com contornos normativos, comum às duas modalidades de responsabilidade, e respondida com as mesmas doutrinas, consideram que se tornam ténues as fronteiras entre a *negligence rule* e a *strict liability* e passam a sustentar que o *scope of liability* emerge como o pilar da *tort law*.

Para a consideração de outros factores de aproximação entre as duas modalidades ressarcitórias, cf. p. 7 e ss. (*continuum* entre as diversas formas de culpa, algumas muito próximas a uma ideia de responsabilidade objectiva; a aferição objectiva e abstracta da culpa; a existência de presunções de culpa). Repare-se que CODERCH, LIGÜERRE e GAROUPA não negam a possibilidade de se separar a negligência da causalidade. Advertem mesmo que o comportamento pode ser negligente, por ter violado um dever de cuidado, sem que daí resulte qualquer dano, e que a causalidade surge para restringir a responsabilidade porque o *but-for test* é pensado para a excluir sempre que os danos tivessem ocorrido mesmo que a observação do cuidado exigível tivesse matizado o comportamento do lesante. Simplesmente, ao contrário do que aproblematicamente supunha o formalismo legal, a causalidade não pode ser entendida como espelho refractário do conceito homólogo das ciências da natureza (cf. p. 11) e a determinação do seu conteúdo com recurso a *policy considerations* que vão além da mera previsibilidade – v.g., cf. p. 13, *foresight or harm-within-the-risk test, general life risk, bilateral care, breach of statutory duties, consent of the victim, assumption of risk* – faz com que os mesmos índices sejam considerados, em simultâneo, nas duas modalidades de responsabilidade civil. Donde, concluem que a grande diferença passa, necessariamente, pelo modo de mobilização da *Hand Formula* em cada uma delas (cf. p. 15: “na *negligence rule* perguntamos se o lesante casou o dano sofrido pela vítima e se o lesante violou o dever de cuidado, delimitado pela *Hand Formula*; na *strict liability* só colocamos a segunda questão, e, em qualquer dos casos, indagamos em que medida as doutrinas da *proximate cause* (na *negligence rule*) e as doutrinas da *proximate cause* menos a previsibilidade (na *strict liability*) incluem o lesante no escopo da responsabilidade”, sendo as últimas questões reformuladas pela *law and economics* na perspectiva dos custos e benefícios. Acresce que o juízo judicativo dista temporalmente numa e noutra situação. Assim, cf. p. 16, “na *negligence rule*, o tribunal decide *ex post* em que medida o lesante causou o dano – *cause in fact* – e em que medida deve ser integrado no escopo da responsabilidade (...) e em que medida violou o dever de cuidado, mas na prática as duas questões reconduzem-se a uma e a previsibilidade – arquétipo da doutrina da *proximate cause* – transmuta-se em sinónimo do dever de cuidado”, e p. 17, “no caso da *strict liability*, o teste é aplicado antes da causação do dano – a lei isola *ex ante* o conjunto de potenciais lesantes e identifica-os como aqueles que têm a *lowest opportunity cost of avoiding the accident or the cheapest insures*”, ou seja, do ponto de vista normativo, a questão da responsabilidade está tratada, restando apenas a questão empírica acerca do dano e da sua causa). Do que ficou dito resultam, inquestionavelmente, duas críticas que ferem de morte o posicionamento dos autores. Por um lado, trata-se da consciencialização do tipo de racionalidade que informa o modelo com base no qual argumentam, pois, como bem sabemos, o economicismo com que vem matizado torna-se imprestável para compreender os problemas jurídicos. Por outro lado, a aproblemática assunção da resolução *a priori*, no momento da prescrição legislativa, do problema imputacional, se bem que compreensível pela tipicidade a que somos conduzidos, não pode significar que, em face do caso, nos limitemos ao tratamento de uma questão empírica, numa divisão de funções que faz rememorar o método positivista. O que se poderá defender é, como o fazemos, um filão fundacional comum para a resposta que se pretenda encontrar para tal questão. Sem que isto implique a rejeição de todas as reflexões dos autores, desde que desnudadas do manto tecnocrático com que vêm coloridas.

Veja-se, igualmente, SINDE MONTEIRO/MARIA MANUEL VELOSO, “Fault under Portuguese Law”, ... cit., p. 179-205, considerando que a “responsabilidade objectiva parece reflectir uma certa ideia de *fault*. Foi defendido que a *strict liability* revela uma ideia de *imperfect wrongfulness*. O agente, em vez de não violar qualquer dever de cuidado, deve ter de adoptar as medidas adequadas para prevenir o dano”

modalidades de responsabilidade delitual. Com isto queremos significar aquilo que transparece do nosso percurso dialógico: a presença de um denominador comum que unifique macroscopicamente o instituto com que se lida.

O dado, não despiciendo, não causa estranheza, sequer constitui novidade bastante. Na verdade, partimos da pressuposição fundada da contaminação da responsabilidade civil pela intencionalidade predicativa da juridicidade que, longe de pairar no horizonte discurso, deve ser mobilizada diante de cada caso concretamente convocador do sistema, que, sem aquela pressuposição, deixa de ser inteligível em termos prático-normativos.

A liberdade responsável passa a ser, portanto, o denominador comum à luz do qual, enquanto modo-de-ser da pessoa, se interpretam os dados sistemáticos. Ao que se alia o concreto viver ontológico que o acompanha nas suas circunstâncias mundanas. A sociedade do risco avulta como pressuposto complementar que, arredando-nos da pura afirmação de validade, nos faz mergulhar na dimensão de eficácia que, dialecticamente com aquela, conforma a vigência das regras disciplinadoras do instituto²²¹⁹.

Mas quer dizer mais. Aquele mais que nos afasta do plano da fundamentação para nos encaminhar para o nível do direito que é. E que nos leva a considerar, na contemplação do modo como se articulam os diversos requisitos de imputação delitual, a existência, também aí, do *continuum* de que se falava.

É no plano dogmático, em que aqueles pilares fundacionais se refractem, que se desvela a coexistência de critérios análogos na passagem da responsabilidade subjectiva para a responsabilidade pelo risco^{2220 2221}. Ou dito de outro modo, o facto de num dos

²²¹⁹ A eficácia de que se fala tem ainda um cunho normativo, afastando-se concomitantemente do sentido de eficácia que vai ínsito à *law and economics*, que oportunamente criticámos.

²²²⁰ Não se adianta aqui nada. Na verdade, trata-se – na asserção firmada – não de acrescentar um dado sistémico, mas de, a jusante, escarpelizarmos uma conclusão que, *avant la lettre*, tinha sido enunciada. Na fase preliminar da nossa investigação, e lançando mão de uma específica racionalidade jurídica, considerámos que a ideia do direito enquanto direito, a traduzir-se na ineliminável dignidade da pessoa, livre e responsável, estaria presente ao longo de todo o processo de realização do direito. Pelo que, e assumida devidamente a ideia, a nervura ético-axiológica não poderia deixar de conformar os pressupostos delituais, quer os que constituem a modelação regra, quer aqueles outros que implicam a excepionalidade da imputação. Ao mesmo tempo, tivemos oportunidade de salientar que o risco seria não só critério dogmático, mas fundamento imputacional, presente quer ao nível da responsabilidade que chancela, quer ao nível da conformação do instituto como um todo.

Se diferenças bastantes nos permitem criar cisões, nem por isso elas resvalam na indiferença não comunicativa entre sectores doutrinários, posto o que será claramente perceptível que o *continuum* a que se alude seja discernível.

Donde reiteramos o carácter conclusivo, que não inovador, das ideias plasmadas no ponto expositivo que se inicia. O que se sublinha é, pois e tão-só, no confronto percepcionador das diferenças entre as modalidades aquilianas postas em diálogo, a diversa articulação e peso relativo que cada um dos segmentos imputacionais alcança.

segmentos imputacionais se prescindir da culpa, mas já não no outro, não obsta a que o risco logre cumprir um papel específico aqui.

O quadro que se segue permitirá, num bosquejo perfunctório, dar nota disso mesmo. Atentemos, pois, nele, a partir do que estaremos em condições de desenvolver algumas ideias chave que assomam no horizonte discursivo depois do percurso encetado.

Estrutura do modelo ressarcitório²²²²			
Imputação subjectiva [regra]			Imputação objectiva [risco]
Responsabilidade pelo resultado	Responsabilidade pela violação de normas de protecção	Responsabilidade pelo abuso do direito	Responsabilidade pelo risco
IS + IO+ Cálculo do dano	IS + IO	IS + IO (tendem a confundir-se)	IO
<i>Assumida uma determinada esfera de risco/responsabilidade, ou pela especial situação em que o lesante se encontra colocado, ou pela preterição de deveres do tráfego, abrem-se as portas a uma imputação objectiva que se distancia do juízo de culpa, embora possa conhecer um germen embrionário comum. Polarizada na violação de um direito absoluto, por via do que se desvela a ilicitude, a imputação objectiva há-de posteriormente permitir o cômputo dos danos ressarcíveis e o cálculo da indemnização.</i>	<i>À imputação subjectiva, enquanto juízo de censura, acresce uma imputação objectiva que parte de uma esfera de responsabilidade erigida, previamente, pelo legislador quando proíbe ou impõe uma determinada conduta. O desenho imputacional objectivo há-de oferecer-nos concomitantemente os contornos da própria indemnização, ficando-se, contudo, dependente da estrutura da norma violada. A estrutura normativa e o circunstancialismo determinarão o recurso ou não aos critérios imputacionais gerais.</i>	<i>Imputação subjectiva e imputação objectiva tendem a unir-se no mesmo momento judicativo, pela desvelação do carácter abusivo da conduta. Os danos indemnizáveis serão aqueles em nome dos quais a chancela do abuso é possível.</i>	<i>Prescindindo-se da culpa, a imputação objectiva parte de uma esfera de risco titulada por um sujeito e definida pelo legislador. O cálculo dos danos a indemnizar há-de, não só obter-se por essa via, como clamar por outros expedientes limitadores do ressarcimento.</i>

Esquemáticamente, acompanham-se, assim, as várias formas de surgimento de uma pretensão indemnizatória procedente ao nível extracontratual^{2223 2224}.

²²²¹ Cf. LAURENZ VOSS, *Die Verkehrspflichten...* cit., p. 73 e ss., falando da relação entre o conceito de ilicitude do § 823 I e II BGB e explicitando que, entre os dois, existe uma transição suave: “os dois conceitos de ilicitude, na forma pura, não são estritamente opostos, mas dois pólos de uma escala que estão ligados de um modo contínuo, graduável, infinitamente variável”.

²²²² As siglas **IS** e **IO** significam, respectivamente, imputação subjectiva e imputação objectiva.

²²²³ De fora ficam as hipóteses de responsabilidade por factos lícitos a que, a seu tempo, nos referiremos.

A responsabilidade pelo resultado, assumida como a magna forma de desvelação da ilicitude delitual, vem a corresponder à violação de direitos absolutos. A lesão de tais posições subjectivas dotadas de eficácia *erga omnes*, não sendo bastante para desencadear a obrigação de indemnizar os danos sofridos, importa o seu acompanhamento por um comportamento culposo. Simplesmente porque, em homenagem à dualização iheringiana, se manteve a fidelidade à dicotomia a que assim se alude, e em face da pluricomplexidade performativa do real, não é possível manter a atomística consideração do dano evento sem, por qualquer meio, o reconduzir à subjectividade do lesante. Se a culpa, enquanto imputação subjectiva, visa cumprir esse desiderato, só parcialmente o logra satisfazer plenamente, sobretudo se tivermos em conta os fenómenos de co-condicionalidade e co-causalidade.

O apelo ao que tradicionalmente era conhecido pelo nexos de causalidade torna-se, pois, urgente. Não na segmentação de delimitação do círculo de danos subsequentes indemnizáveis, mas, a montante, como meio de determinação da pertença do dano que se experimenta à esfera de actuação censurável do agente. Sem o que pode nem sequer ter ocorrido a violação dele, mas tão simplesmente a lesão do objecto do bem jurídico por essa via tutelado. Acresce que a ancoragem personalista com que encaramos a jurídica realização concreta do direito obsta à aceitação de uma perspectiva formalista que se possa contentar com a indiciária constatação da lesão a que se alude. Ainda que não abraçando uma doutrina finalista que unifique o juízo da ilicitude e o da culpa, a verdade é que a pressuposição dos deveres de solidariedade que unem cada um aos demais leva, concomitantemente, à assunção de uma esfera de responsabilidade pessoal diante do outro, que faz apelo a uma ideia de risco. É a partir dela que se poderá determinar em que medida um dano-lesão é ou não da responsabilidade do pretenso lesante.

O risco contagia, assim, a modelação da responsabilidade por culpa, sendo um dos vectores fulcrais de conformação da imputação objectiva que substitui uma pura visão causal do problema. Imputação essa que se vem a revelar, afinal, como um nexos

²²²⁴ Cf. JOSÉ ANTÓNIO VELOSO, “Risco, transferência de risco; transferência de responsabilidade na linguagem dos contratos e da supervisão de seguros”, *Estudos em memória do Prof. Doutor José Dias Marques*, Almedina, Coimbra, 2007, p. 277-354, admitindo que a responsabilidade é sempre menos ampla que o risco fáctico e se estende de um pólo máximo de responsabilidade absoluta até um pólo de responsabilidade mínima (responsabilidade por dolo), passando por graus intermédios como a responsabilidade independente de culpa e por negligência (cf. p. 281-282)

de ilicitude, já que sem ele se perde o cunho do desvalor objectivo que matiza o juízo a entretecer^{2225 2226}.

Com isto são duas as conclusões preliminares, também elas não novas, que polarizam o horizonte discursivo.

Em primeiro lugar, ressoa com meridiana clareza que o direito subjectivo absoluto passa a ocupar um papel de destaque em toda a estrutura que se edifica. É a partir dele, e da sua obliteração, que se vai problematizar a questão ressarcitória²²²⁷. Ou seja e de uma forma mais clara, não só é com base nele que se vai procurar determinar se a prevenção de comportamentos contra si atentatórios se inseria ou não na esfera de responsabilidade e risco do agente como, uma vez obtida a correspondente resposta afirmativa, e como veremos *infra*, será a partir desse juízo que se procurará saber em que medida os danos subseqüentes podem ou não inserir-se na esfera de interesses que com aquele direito se reservava ao seu titular²²²⁸.

Em segundo lugar, a um tempo assertivo e argumentativamente também justificador do que se defende, importa referir que se limam desta feita algumas arestas que agastam a dogmática da responsabilidade civil há longo tempo. Pensamos, de facto, na problemática, nem sempre granjeadora de consensos, das causas de exclusão da ilicitude. Se para os autores finalistas elas se apresentam numa linha de continuidade com a contaminação da ilicitude pelos elementos subjectivos da culpabilidade, nem

²²²⁵ A agride B que vem a morrer no hospital fruto de uma infecção que ali contraiu. Desvelar-se-á a ilicitude do comportamento de A por referência ao bem jurídico vida ou restringir-se-á a mesma à lesão da integridade física que é consumida pela falência vital, deixando de existir o bem jurídico e, portanto, decaindo a própria questão ressarcitória?

²²²⁶ Cf., a este propósito, CHRISTOPHE QUÉZEL-AMBRUNAZ, *Essai sur la causalité...* cit., p. 149. A propósito da relação entre a relatividade aquiliana e a causalidade, o autor adianta que a ilicitude pode integrar-se numa terceira condição da responsabilidade – a par da *faute* e do *dommage* –, a causalidade, determinando, assim, uma aproximação entre aquelas duas realidades conceptuais. Basta, para isso, que nos orientemos por uma concepção ampla, que nos indique que a simples causação do dano – em homenagem ao princípio do *neminem laedere* – é ilícita, muito embora, e porque ele pode ser originado no exercício de um direito ou de uma liberdade, não se possa confundir com a simples causalidade material, pelo que é preferível considerar que a causalidade se inclui dentro da relatividade aquiliana. Independentemente da distância que nos separa do pensamento do autor – desde logo pela sua inserção num sistema delitual diverso –, o certo é que as suas palavras acabam por ser cruciais para atestar a importância que a conformação da ilicitude tem na compreensão do requisito causal. Do mesmo modo que se percebe em que medida a ilicitude orientada pelo dano só pode ser afirmada depois da constatação do segmento causal, que, sabemos-lo já, anda longe de um causalismo estrito, antes fazendo apelo a uma ideia de imputação.

²²²⁷ O que poderia ser uma mera afirmação teórica, desnudada de sentido prático-normativo bastante, afigura-se, afinal, de primordial importância. Basta pensar nas hipóteses tão apaixonantes quanto controversas que têm justificado longas dissertações por parte dos juristas pátrios e estrangeiros. Falamos, por exemplo, dos problemas que passam pela invocação de um direito ao não nascimento.

²²²⁸ É este tipo de estrutura que viabiliza, ademais, a possibilidade de se falar num duplo delito em muitos casos, conforme tivemos oportunidade de referir *supra*.

sempre é fácil, para quem se estribe na mera determinação daquela pelo resultado, explicitar por que razão se fala de causas de justificação^{2229 2230}.

²²²⁹ No fundo, o que se constata é que, pese embora a antiguidade de certos institutos, como a legítima defesa (referindo-se à origem romanista da figura, cf. DEUTSCH, *Allgemeines Haftungsrecht...* cit., p. 173, numa alusão ao segmento de ULPIANUS D. 43, 16, 1, 27), a historicidade não os deixa incólumes, viabilizando uma interpretação diversa, consentânea com a específica racionalidade que se mobiliza.

²²³⁰ Acerca da relação entre as causas de exoneração da responsabilidade e a causalidade, cf. OLIVIA SABARD, “Les causes d’exonération en droit français et dans d’autres ordres juridiques nationaux”, www.grerca.univ-rennes1.fr/digitalAssets/267/267960_osabard.pdf. Afirma a autora que as causas de exoneração e a causalidade mantêm entre si relações complexas (elas seriam pacíficas se analisadas do ponto de vista da causalidade jurídica, tornando-se tortuosas se olhadas do prisma da causalidade material). Mais adianta que a causalidade pode ser estranha à exoneração, no sentido de que as causas de exclusão da responsabilidade não se explicam pela causalidade; e a exoneração pode ser indiferente à causalidade, tendo em conta que o dano não imputável ao lesante não implica a exoneração da responsabilidade.

No fundo, o que a autora pretende significar é que muitas causas de exoneração actuam sobre outros requisitos da responsabilidade civil para lá da causalidade. Na sua opinião, só uma desempenha o seu papel a esse nível: trata-se da *cause étrangère*, “expressão genérica que designa o facto ou evento que intervém na produção do dano sem poder ser tido em conta pelo lesante”, e engloba “a força maior, a *faute* da vítima e o facto de terceiro. Acerca do papel que a *cause étrangère* desempenha no ordenamento jurídico francês, cf. o que ficou dito *supra*, bem como o testemunho de diversos outros autores (cap. XVIII).

Cf., ainda, BERNARD DUBUISSON, “Les causes exonératoires de la responsabilité”, www.grerca.univ-rennes1.fr/digitalAssets/267/267955_dubuissongeneve.pdf, distinguindo dois tipos de causas de exoneração da responsabilidade: as que dizem respeito ao facto gerador da responsabilidade (as chamadas causas de justificação) e as que respeitam à causalidade (*cause étrangères exonératoires*). Assim, de acordo com o testemunho do autor, as causas de justificação purgam o acto da sua ilicitude e actuam ao nível da qualificação do acto gerador de responsabilidade, visando corrigir uma ilicitude que é apenas aparente; as causas de exoneração referem-se a factos e circunstâncias que concorrem para o aparecimento do dano, mas são estranhos ao comportamento daquele em relação ao qual questionamos a responsabilidade. Dizem, portanto, respeito ao nexo de causalidade e, por isso, são tributárias das condições ou concepções de que depende o estabelecimento de tal nexo (força maior, facto de terceiro e *faute* da vítima). Esclarece, contudo, DUBUISSON que esta diferença entre as causas de justificação e as causas de exoneração é pacificadora do espírito, mas ela apresenta os seus limites. De facto, o efeito de exoneração [da força maior] não se explica senão pelas consequências que tem na apreciação do comportamento do autor e sobre a relação causal”, pelo que “num sistema baseado na *faute*, ela não tem existência própria”.

Entre nós, vide PESSOA JORGE, *Ensaio sobre os pressupostos...* cit., p. 56, 153 e 161, distinguindo as causas de justificação, das causas de exclusão e de isenção de responsabilidade (cf., *infra*, nova referência à questão).

Cf., também, PIERRE WIDMER, “Causes d’exonération ou moyens de défense dans les projets européens”, www.grerca.univ-rennes1.fr/digitalAssets/267/267961_pwidmer.pdf: o autor diz que nem sempre é fácil saber quais são as causas de exoneração ou meios de defesa que se reportam à causalidade, uma vez que, porque ao jurista o que interessa é a causalidade jurídica, importa reconhecer um imbricamento entre os diversos requisitos da responsabilidade civil. V., ainda, nota 3, onde o autor explicita que “esta interdependência pode ser ilustrada através de uma metáfora helvética: a responsabilidade civil é comparável a um fondue. Pouco importa onde se mergulha o pedaço de pão na sopa de queijo; quando removido ele estará coberto por ele em todos os sentidos. Assim, o dano reparável é função da protecção dispensada ao interesse afectado; a ilicitude é tributária do critério de imputação e da causalidade e vice-versa”; e p. 24 (onde o autor sustenta que as causas de justificação actuam num estado precoce do exame da responsabilidade, mesmo antes de o julgador se ocupar do estabelecimento do nexo de imputação, embora isso, depois, tenha impacto ao nível da própria questão da causalidade). Repare-se que, não obstante a cisão entre as duas categorias, WIDMER admite que há formas de convergência entre as causas de justificação e as causas de exoneração. Para o autor, a aceitação do risco – próxima do consentimento do lesado – é disso exemplo paradigmático. É que “aceitar riscos de uma forma temerária pode ser um comportamento constitutivo de uma *faute* concomitante da vítima”. Outro fenómeno onde, para o autor, a anunciada convergência se denota é o que apela ao comportamento lícito alternativo, porque, “em algumas situações, ele chega a confundir-se com a força maior” – cf. p. 26.

Percebe-se, é certo, quase intuitivamente a retracção do ordenamento nestas hipóteses, mas nem por isso, excepto se quisermos ficar presos à sensível intuição do justo, se aplacam as nossas preocupações. Se casos há em que se afigura ser uma exigência inolvidável do direito não considerar desvalioso o comportamento do sujeito que actua para se defender da prévia agressão do lesado ou que obtém o consentimento deste para agir²²³¹, sempre se questionará por que razão o mesmo beneplácito é derramado sobre aquele que “destruir ou danificar coisa alheia com o fim de remover o perigo actual de um dano manifestamente superior, quer do agente, quer de terceiro”²²³²

2233 2234 2235 2236

²²³¹ A propósito do consentimento do ofendido, cf. HERMANN LANGE/GOTTFRIED SCHIEMANN, *Handbuch des Schuldrechts...* cit., p. 648 e ss. Note-se, a este ensejo, que os autores integram a análise da problemática no quadro da tematização do *Handeln auf eigene Gefahr*. E sublinhe-se a lição que ali se colhe a propósito da participação em eventos desportivos. Assim, dizem-nos que é necessário estabelecer uma diferenciação: quem participa num combate de boxe está a aprovar o comportamento do autor das lesões, mesmo que estas ocorram. Mas, na maioria dos desportos, a expectativa é que não haja lesões graves. Explicitam, aliás, que “mesmo quem integra uma corrida de motos num terreno difícil não consente em todos os ferimentos, mas apenas nos da dimensão do perigo”.

O problema abordado pelos autores – e de que aqui só damos breve sinal – comporta dimensões assaz interessantes e repercute-se com acutilância em termos prático-normativos. Na verdade, cf. p. 649: será que a observância das regras desportivas, por si só, isenta o agente da responsabilidade? O problema é tanto mais interessante quanto passa pela noção exacta do alcance do ilícito nestes casos concretos. Resultará ele, unicamente, da preterição das regras desportivas? Como ensinam LANGE e SCHIEMANN, seria estranho que, perante uma ameaça de lesão de acordo com as regras do jogo, pudesse ser admitida a legítima defesa ou a pretensão de uma omissão preventiva. Isto mostra, ademais, que os desportistas só se podem defender através das regras do jogo, estando, portanto, a dispor sobre o seu próprio corpo. Fundamental é que o perigo do jogo se reflita na lesão sofrida. De todo o modo, continua problemática a via de exclusão da indemnização: culpa ou ilicitude entram uma vez mais em diálogo.

Para uma análise específica deste tema, *vide*, igualmente, ZIMMERMANN, “Verletzungserfolg, Spielregeln und allgemeines Sportrisiko”, cit., p. 497 e ss.; GRUNSKY, “Zur Haftung bei Sportunfällen”, *Juristenzeitung*, 1975, p. 109 e ss.; DEUTSCH, “Die Mitspielerverletzung im Sport”, ... cit., p. 1054 e ss.; TEICHMANN, “§ 823 BGB und die Verletzung eines anderen im Sport”, ... cit., p. 293 e ss.

Veja-se, igualmente, BRANDÃO PROENÇA, *Direito das Obrigações – Relatório...* cit., p. 183, afirmando que o consentimento do lesado apresenta uma configuração diferente das outras causas de justificação: “quando limitado pela ordem jurídica e pelos bons costumes revela uma vontade dispositiva ao legitimar o facto lesivo, que sob a forma autorizante (artigo 81º/2), quer sob a forma tolerante (artigo 340º/1). Distingue-se, claramente, segundo o ensinamento do autor, da culpa do lesado, porque no consentimento existe uma atitude declarativa expressa ou tácita, enquanto no concurso culposo o lesado tem uma conduta material que concorre para o dano ou o agrava. Nesta perspectiva, BRANDÃO PROENÇA explicita, ainda, que a assunção do risco não se confunde com o consentimento informado, pelo que não exclui a responsabilidade, embora possa influenciar a indemnização se for considerada culposa. No tocante à prática desportiva, o autor aduz que, “exceptuando o caso do boxe, onde há a atribuição válida de um poder de lesão, relativamente aos danos típicos sofridos em desportos que impliquem um contacto físico, mais do que ver aí um consentimento tácito ou uma aceitação tácita e recíproca dos riscos de acidentes, é mais rigoroso falar-se de uma assunção não culposa dos riscos de danos, desde que o lesante não tenha tido uma conduta culposa”.

Vide, também, ADELAIDE MENEZES LEITÃO, *Normas de protecção...* cit., p. 664, distinguindo-o da actuação a risco próprio (*Handeln auf eigene Gefahr*), porque entende que no último caso não há consentimento na lesão, mas só na colocação em perigo. Cf., no mesmo sentido, HERMANN LANGE/GOTTFRIED SCHIEMANN, *Handbuch des Schuldrechts...* cit., p. 641; DEUTSCH, *Allgemeines Haftungsrecht...* cit., p. 375; LARENZ, *Lehrbuch...* cit., I, *loc. cit.*

²²³² Cf. artigo 339º CC.

Veja-se, quanto ao ponto, CHRISTIAN VON BAR, *The Common European...* cit., p. 499, com menção expressa ao artigo 339º CC, que considera não divergir, em termos de estrutura dogmática, da hipótese do artigo 337º do mesmo diploma. O autor explica a cisão entre a legítima defesa e o estado de necessidade pela imposição que o §227 BGB faz de a ameaça de agressão ser ilícita, excluindo-se, portanto, do seu âmbito de relevância as reacções contra ataques de cães, v.g., que passariam a ser assimilados pelo § 228 BGB [o que significaria que, para VON BAR, nos casos de estado de necessidade poderiam ser contempladas as hipóteses em que alguém sente a necessidade de remover uma ameaça não ilícita. Acerca da diferença entre a legítima defesa e o estado de necessidade defensivo, cf., ainda, DEUTSCH, *Allgemeines Haftungsrecht...* cit., p. 178].

Mais à frente (cf. p. 501), VON BAR fala de *aggressive necessity* para captar terminologicamente as hipóteses em que A danifica uma coisa alheia, pertencente a um terceiro inocente, para remover um perigo actual para si ou para terceiro. No fundo, tratar-se-iam das situações tradicionalmente contempladas no artigo 339º CC, e por nós pressupostas na exposição vertida em texto.

Sobre o ponto, considerando que o artigo 339º CC apenas justifica interferência com coisas, ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações...* cit., p. 480. Em sentido diverso, PESSOA JORGE, *Ensaio sobre os pressupostos...* cit, p. 164-165, fazendo uma interpretação do preceito de modo a incluir nele os actos de apropriação ou detenção de coisas, a lesão de créditos sobre o bem atingido (A deixa de cumprir uma obrigação contratual para levar B, em estado grave, ao hospital). Vide, igualmente, BRANDÃO PROENÇA, *Direito das Obrigações – Relatório ...cit.*, p. 181 e ss.

No que concerne à ponderação dos interesses em jogo, cf., uma vez mais BRANDÃO PROENÇA, *op. cit, loc. cit.*, considerando que não é possível aplicar o artigo 339º quando haja lesão de bens jurídicos pessoais, ainda que os danos produzidos sejam pouco relevantes, para salvaguardar bens de natureza patrimonial valiosos.

²²³³ Explicitemos um pouco que pode, eventualmente, ter ficado menos perceptível em texto. Na verdade, encontramos aqui uma justificação, aos nossos olhos fundada, para a exclusão da ilicitude por via do estado de necessidade. O carácter ilícito desaparece na medida em que se perde o nexos de ilicitude tal como o temos vindo a desenhar.

Não quer isto dizer que os diversos arrimos justificadores devam ser captados sob a cota de malha unitária que assim vai exposta. De facto, basta pensarmos na legítima defesa. Pese embora possa, em certos casos, ser reconduzida ao mesmo magma explicativo – porquanto aquele que produz a ameaça chama até si a esfera de risco/responsabilidade que, concretizando-se na lesão, de outro modo impenderia sobre o lesante em concreto não responsável [cf., a este propósito, a fundamentação aduzida por CHRISTIAN VON BAR, *The Common European...* cit., p. 504, que chama à colação uma ideia de proibição do *venire contra factum proprium*] –, não menos seguro é que avulta, quanto a ela, um dado maior, já que é o próprio ordenamento jurídico que parece autorizar a lesão, considerando-a, para todos os efeitos, lícita. O dado torna-se tão mais perceptível quanto mais nos consciencializarmos dos limites impostos para o exercício da legítima defesa.

Mais do que uma mera consideração teórica, o apontamento comporta consequências práticas de não pequena monta. Assim, diante da questão “pode a legítima defesa, v.g., ser exercida contra uma criança inimputável?”, a resposta não poderia deixar de ser negativa se nos ativéssemos à exclusão da ilicitude por via da perturbação do nexos de ilicitude que se terá de erigir. Este perde-se porque a titularidade da esfera de risco/responsabilidade desloca-se para o agente perpetrador da ameaça contra a qual se reage. Ora, se o menor inimputável não pode encabeçar tal círculo, nem sobre ele pode impender qualquer juízo de desvalor, deixaria de colher a argumentação por referência ao circunstancialismo prático, devendo considerar-se que o lesante teria actuado ilicitamente. Compreende-se, assim que o nosso Código Civil venha exigir que a ameaça seja ilícita (*contrária à lei*), para além de actual. Sem que, no entanto, nos possamos esquecer da ideia de autorização normativamente conferida para lesar bens jurídicos alheios.

A relação entre a operacionalidade da legítima defesa e a qualidade da conduta do potencial agressor foi tematizada, a outro ensejo, pelos mais reputados civilistas que, nesse ponto colheram um argumento importante para a recusa do finalismo em direito civil. Cf., quanto ao ponto, SINDE MONTEIRO, *Responsabilidade por conselhos...* cit., p. 303. Tivemos, aí, oportunidade de concordar com o mestre, não porque os conceitos não possam, pela sua funcionalidade, ser mutáveis, mas porque a uma categoria com contornos ético-axiológicos que perpassa todo o ordenamento não pode ser comunicada uma intencionalidade diversa consoante o nicho problemático com que se lida, sobretudo se atidos ao mesmo quadro dogmático, como é o delitual, restando, contudo, saber se a contrariedade à lei de que a norma fala é sinónimo de ilicitude tal como a pensamos. O exemplo de que então lançámos mão prendia-se com o comportamento de um enfermeiro que, cumprindo todas as *leges artis*, se prepara para ministrar veneno num paciente em virtude de uma troca, não protagonizada por si, do conteúdo de dois frascos devidamente rotulados. Não haveria culpa e, no entanto, era importante encontrar-se o carácter ilícito do

acto, sob pena de não se conseguir justificar o comportamento daquele que, para remover a ameaça de lesão, o agride.

Ora, estamos em crer que a ilicitude existe, não da parte do enfermeiro, mas da parte do terceiro que efectuou a troca. E portanto o enfermeiro, contra o qual se exerce a agressão, mais não seria do que o agente mediato sobre o qual se actuaria, com autorização do ordenamento. Do mesmo modo que seria o agente mediato que não excluiria a responsabilidade daquele terceiro. Ou, dependendo dos dados fácticos, sempre se poderia aventar a hipótese de, ainda que não havendo culpa por parte do profissional de saúde, se ter edificado uma esfera de risco, pela particularidade da actividade que se desenvolve. Nessa medida, a ameaça, embora não culposa, e portanto não refractária de uma futura obrigação de indemnizar, seria ilícita.

Salvando a coerência interna do sistema, conseguimos, também, a um tempo, obviar o finalismo inconciliável com uma dada compreensão da acção juridicamente relevante, e garantir a operatividade da legítima defesa por referência a este problema concreto.

O raciocínio não pode, contudo, ser transposto sem mais para os menores imputáveis, porque não chamam até si a assunção da esfera de risco que o profissional de saúde, pese embora a ausência de culpa, ainda convoca.

A resposta à questão da eventual possibilidade de exercício da legítima defesa contra um menor imputável carece, contudo, de ulteriores precisões.

Na verdade, importa não esquecer que, a par dos deveres que unem o sujeito que actua em legítima defesa ao menor que com ele comunica, existem outros que sobre ele impendem e que se dirigem a si próprio. A salvaguarda da integral dignidade do ser humano e dos plúrimos aspectos da sua personalidade, física e moral, reconhecidos pelo ordenamento consta entre o elenco das obrigações, em sentido não técnico, que, a serem preteridas, convocam a ideia de ilicitude do comportamento, avultando, no caso *sub iudice*, uma fisionomia próxima à de um conflito de deveres.

Pergunta-se, pois, se não poderá o requisito da ilicitude constante do artigo do CC ser lido no sentido de, a nada ser feito pelo sujeito, decorrer da sua própria conduta a chancela?

Heuristicamente assumida tal perspectiva, ela teria como vantagem permitir perceber que, ainda que se garanta a legítima defesa contra os menores, os seus contornos se tornam mais rígidos. Ademais, é a entrada em cena da ideia autorizativa que logra explicar a importância da proporcionalidade e da ponderação dos interesses que parece estar presente na regulamentação da figura. Ou seja, são dois os pilares fundamentais da exclusão da ilicitude por via da legítima defesa. Até porque, é bom não esquecer, o que se patenteia como pressuposto incontornável é a contrariedade à lei. Ora, o pendão absolutamente objectivo que resulta do normativo parece não deixar dúvidas quanto à tolerância que o ordenamento faz derramar sobre o comportamento daquele que se protege a si próprio.

Um último ponto, para frisar que a recusa do finalismo se justifica mais por questões atinentes à estrutura da acção juridicamente relevante do que a este aspecto particular sublinhado por SINDE MONTEIRO. E que, no tocante ao que tradicionalmente ia conhecido por causalidade, a falência da utilização da culpa para cumprir o seu desiderato funcional se fica a dever a outro tipo de razões já elencadas e que contendem, a par daquele falso fundamento, com a insuficiência criteriológica dela e a desarmonia sistemática a que assim se aportava. Refiram-se, ainda, na recusa desse finalismo e mais especificamente da confusão entre a culpa e a ilicitude, as palavras de CHRISTIAN VON BAR, *The Common European...* cit., p. 498, a propósito das situações de excesso de legítima defesa e de erro sobre os pressupostos dela. A hipótese, obtendo expresso tratamento entre nós (cf. artigo 337º, 2 CC e 338º CC), motiva ao autor a reflexão que se segue: “these notions are employed only in those legal systems which separate unlawfulness from negligence”, sendo certo que maiores dificuldades podem aportar se aderirmos a uma concepção objectiva da culpa. Não obstante, como CHRISTIAN VON BAR admite (cf. *loc. Cit.*), é, ainda assim, possível operar a cisão. Imagine-se que A actua, por medo, contra B, agredindo-o, por pensar que, se não o fizer, e face à brincadeira protagonizada pelo segundo, em que aponta ao primeiro uma pistola de brincadeira, pode morrer. Neste caso, torna-se inexigível, segundo um padrão objectivo, atentas certas circunstâncias específicas do caso concreto, que A se comporte de outro modo, excluindo-se, portanto, a culpa. Mas não se excluiria a ilicitude, facto que justifica a disciplina legal vazada no artigo 338º CC. Ora, tal só se compreende por dois motivos: a) falha a ponderação de interesse a favor do agressor que actua supostamente em legítima defesa; b) falha a ideia de deslocação do risco para a esfera de B, não se edificando em torno dele uma esfera de responsabilidade que legitime a actuação de A, porquanto o meio não seria idóneo a violar o bem jurídico vida do último, não agregando a si o dever de suportar a lesão do seu próprio direito. Ou seja, o comportamento de A continuaria a ser ilícito, deixando, contudo, de ser culposo. E só quando não excusável aquele medo, cumulando-se os dois pressupostos, estaríamos em condições de fazer impender sobre ele a obrigação ressarcitória, que de outro modo claudicaria. [Atente-se, *in fine*, noutro dos problemas patenteados pela doutrina: pode uma pessoa exercer legítima defesa

contra o ataque de um cão? O problema, parecendo igual ao atrás referido, não deixa de apresentar uma estrutura valorativa diversa, a motivar outro tipo de lucubrações. Um cão não pratica um acto ilícito, o que por si só vem demonstrar que não é só o resultado a importar para a qualificação de um facto como ilícito, tanto mais que na sua base deveremos encontrar uma conduta humana. Mas se A, sentindo-se ameaçado pelo cão de B, o atingir mortalmente, o seu comportamento não é ilícito. É certo que a propriedade ficou destruída, mas a ilicitude excluiu-se pelo alijar do nexo de ilicitude, uma vez que, embora não haja intervenção do homem, a assunção de uma esfera de risco no momento da aquisição do animal, nos termos do artigo 502º CC, chama até ao proprietário da coisa a responsabilidade pelo facto. Exige-se, porém, que a ameaça seja contrária à lei, ou, na interpretação maioritária, que seja ilícita. Não o sendo, não pode deixar de se considerar que é imputável a um sujeito. Acresce, na diferenciação relativamente aos menores, que aqui inexistem deveres de intensidade superior, já que estamos diante de uma coisa e não de um ser humano, com igual dignidade relativamente ao agente actuante em legítima defesa. Sobre o ponto, cf. BRANDÃO PROENÇA, *Direito das Obrigações – Relatório...* cit., p. 181, considerando que, na situação em que A, atacado por um cão, o fere numa pata, estamos diante de uma situação de estado de necessidade, uma vez que não é concebível um acto de legítima defesa contra animais, já que estes não praticam actos ilícitos. Veja-se, ainda, num sentido concordante a posição de DEUTSCH, *Allgemeines Haftungsrecht...* cit., p. 173 e 177, dicotomizando a defesa contra actos humanos – *Verteidigung gegen Menschen*, na qual integra a legítima defesa: *Notwehr* – e a defesa contra as coisas – *Verteidigung gegen Sachen*, no âmbito do que considera o estado de necessidade defensivo: *defensiver Notstand*].

Sobre a questão da possibilidade de exercício da legítima defesa contra um menor inimputável, cf. ANTUNES VARELA, *Das obrigações...* cit., I, p. 585 (veja-se, ainda, o depoimento de ANTUNES VARELA a pág. 552 e ss. Entende o autor que “de um modo geral, pode dizer-se que o facto, embora prejudicial aos interesses de outrem ou violando o direito alheio, se considera justificado, e por consequência lícito, sempre que é praticado no exercício regular de um direito (...) ou no cumprimento de um dever”. Parece-nos residir aqui o buslís da questão, porquanto seja ainda uma visão individualista e iluminista que norteia o pensamento do autor. Donde cremos não errar se aventarmos que a solução plasmada em sede de legítima defesa contra inimputáveis vai imbuída dessa intencionalidade. [Sobre a justificação da lesão cometida ao abrigo do exercício de um direito, veja-se, também, PESSOA JORGE, *Ensaio...* cit., p. 194. O autor rememora o disposto no artigo 13º Código de Seabra, claramente vinculado a um ideário individualista, e salienta que não é legítimo pensar-se que o princípio não foi acolhido pelo Código de 1966. Só que o próprio autor acaba por distinguir a titularidade do exercício do direito, buscando determinar os limites que o último conhece. Cf. p. 196 e ss. E pela análise dos contornos deste chega à conclusão, questionando o alcance do princípio *suo utitur nemini facit iniuriam*, de que “parece que praticamente não envolve, por si, nenhuma exclusão da responsabilidade civil”. Ainda que a concatenação entre o abuso do direito e a responsabilidade civil conheça no pensamento do autor outros contornos, cindindo-se a ilicitude por essa via desvelável da culpa, a alusão ao dever para que remete não deixa de ser, não só, de ímpar importância, como nos mostra a intencionalidade à luz da qual a problemática das causas de justificação passa a ser encarada.] Em regra, dir-se-ia que, diante da actualidade de uma ofensa, o sujeito está legitimado para actuar, ainda que o acto provenha de um inimputável, tendo em atenção, aliás, a disciplina do artigo 337º, nº2 CC. Sem que isso nos afaste da ideia de risco com que tentámos explicitar as hipóteses em apreço porquanto seja aquela agressão que elimina a esfera de responsabilidade do agente. Donde, se o agente se aperceber da inimputabilidade do agressor e não agir em conformidade pode ter de indemnizar o dano sobrevivendo nos termos do artigo 338º CC. A verificação dos pressupostos da legítima defesa não fica, portanto, condicionada pela ilicitude da ameaça, mas pela contrariedade à lei. Ou seja, não esgotando esta toda a juridicidade, o que se exige é que a ameaça ponha em causa um direito próprio de valor superior àquele que se lesa. E se a referência à inimputabilidade releva deve-se exclusivamente ao facto de perspectivarmos o problema, quando a questionamos, sob a óptica do agressor lesado e não do lesante ameaçado. Na verdade, a perturbação psíquica ou anímica de uma pessoa pode justificar um acréscimo dos deveres de cuidado para com ele, a alargar a esfera de responsabilidade daqueles que na vida quotidiana com ele se cruzam. [Sobre a interpretação do requisito da contrariedade à lei, cf., *inter alia*, PESSOA JORGE, *Ensaio...* cit., p. 234 e ss. É, aliás, a ideia de que parte a este propósito que legitimará a solução do autor a propósito dos inimputáveis. Note-se que a argumentação por nós expandida permite, sem dessintonia bastante, sustentar que a legítima defesa pode ser levada a cabo contra animais. Não só não existem em relação a estes deveres de conduta que entretecem as relações entre humanos, como o próprio animal pode ser visto como um meio que o outro sujeito utiliza para levar a cabo uma acção ilícita. Ou melhor, a ilicitude que com a legítima defesa se afastaria resultaria, afinal, da omissão por parte do detentor do animal dos

deveres de prevenção do perigo que a sua utilização acarreta); CHRISTIAN VON BAR, *The Common European...* cit., p. 494 e ss.

Para outras questões patenteadas pela legítima defesa, veja-se, ainda, do último autor citado, p. 496 e ss. (designadamente no que tange ao problema de saber se pode ou não lançar-se mão da legítima defesa numa hipótese de omissão e nas situações em que o ameaçado provocou a reacção do agressor. Sobre o ponto, também citados pelo autor, cf., ainda, ANTUNES VARELA, *Das obrigações...* cit, I, p. 565 e PESSOA JORGE, *Ensaio sobre os pressupostos...* cit., p. 233).

Para o cotejo comparativo da acção directa, da legítima defesa e do estado de necessidade, vide, novamente, PESSOA JORGE, *Ensaio sobre os pressupostos...* cit., p. 211 e ss. Cf., também, BRANDÃO PROENÇA, *Direito das Obrigações – Relatório...* cit., p. 181 e ss. (fala-nos o autor dos aspectos comuns às causas específicas da acção directa, da legítima defesa e do estado de necessidade, para aí nos dizer que “afastam um perigo de lesão ou de maior lesão”, pressupondo “a impossibilidade prática de recorrer aos meios normais de tutela e implicam uma actuação ponderada e proporcionada”).

Veja-se, igualmente, ERNST ZITELMANN, “Auschluss der Widerrechtlichkeit”, *Archiv für die civilistische Praxis*, 99, Heft 1, 1906, p. 1 e ss., considerando as hipóteses de exercício de um direito (p. 26), actuação com consentimento (p. 47), gestão de negócios (p. 102) e actuação no seu próprio interesse e com base nos seus próprios “negócios” (p. 120); HANS STOLL, “Zum Rechtfertigungsgrund des verkehrsrichtigen Verhaltens”, *Juristenzeitung*, 13, Heft 5/6, 1958, p. 138 e ss.; TAIRA FUKUDA, “Das Problem des Irrtums über Rechtfertigungsgründe”, *Juristenzeitung*, 13, Heft 5/6, 1958, p. 143 e ss.; LANDMANN, “Notwehr, Notstand und Selbsthilfe im Privatrecht”, *Schweizer Juristenzeitung*, 76, p. 47 e ss.; DEUTSCH, *Allgemeines Haftungsrecht...* cit., p. 173 e ss. e 177 e ss.

Cf., ainda, JAVIER JETE, “Les causes d’exonération en droit anglo-saxon”, www.grerca.univ-rennes1.fr/digitalAssets/267/267953_jjeteneve.pdf (falando de conduta do lesado – *turpis causa* –, de *contributory negligence*, consentimento, assunção do risco, *necessity*, legítima defesa, acidente inevitável, *act of God*).

²²³⁴ Cf., quanto ao ponto, com importância inofensiva, CHRISTIAN VON BAR, *The Common European...* cit., p. 499. Considera o autor que “in the law of necessity (*noodtoestand, nöd, statio di necessità, état de nécessité*) unnecessary complications are caused if negligence is separated from unlawfulness. Without the distinction there would be no need to separate defensive necessity from self-defence”.

²²³⁵ Repare-se que se simplesmente considerássemos lícito o comportamento invasivo da propriedade de um terceiro inocente, ainda que nos confinássemos à manifesta superioridade do dano que se pretende remover, com base na ideia de autorização ou de mera tolerância que parece contaminar a legítima defesa, estar-se-ia a abrir as portas a uma forma de expropriação privada, até porque a indemnização a que alude o nº2 do artigo 339º CC não ultrapassaria, nessa responsabilidade pelo sacrifício, o patamar da equidade. A exclusão da ilicitude há-de, pois, ter de, se quisermos ser congruentes, ancorar-se numa ordem de valores diversa e explicar-se dogmaticamente por outra via. Cremos ser esse um dos contributos do entendimento que temos derramado sobre as questões delituais.

A propósito do estado de necessidade, veja-se, no entanto, a distinção entre o estado de necessidade defensivo e o estado de necessidade agressivo (*defensiver Notstand* e *agressive Notstand*). Cf. DEUTSCH, *Allgemeines Haftungsrecht...* cit., p. 177 e 179. A primeira é integrada nas causas de justificação que actuam por via da defesa de direitos; a segunda pertence ao leque das causas de exclusão de ilicitude porque há um direito ou um dever de intervir. Assim, fala de *Gebotener Angriff; Erlaubter Angriff auf Sachen zur Rettung aus Gefahr* (lesão permitida sobre as coisas para protecção contra um perigo, isto é, o estado de necessidade agressivo, nos termos do § 904 BGB); *Erlaubter Angriff auf Personen und Sachen zur Verwirklichung eines Anspruchs: Selbsthilfe; Erlaubter verbaler Angriff auf die Person: Wahrnehmung berechtigter Interessen* (permitido ataque verbal sobre uma pessoa para salvaguarda de interesses legítimos); *Einwilligung* (consentimento). Note-se, ainda, no acompanhamento da exposição do autor, que DEUTSCH analisa, também, concretas causas de exclusão da ilicitude, entre as quais se contam a *Güterabwägung*; a atípica situação normativa, consubstanciada na *allgemeiner Notstand* (a protecção de interesses por via de uma norma pressupõe uma situação normal. Na ausência dessa situação, haverá um estado de necessidade. De acordo com o exemplo oferecido pelo autor, um médico é apanhado a guiar a uma velocidade de 79km/h. Invoca, em sua defesa, o facto de ter sido chamado por um paciente com problemas cardíacos graves. A jurisprudência acaba por concordar com a excusa, desde que isso não represente um especial perigo para os outros utilizadores da via); *Objektive Unzumutbarkeit* (referindo-se aos casos de necessidade em que objectivamente não é razoável o cumprimento de uma norma); *Einleitung eines rechtsstaatlichen Verfahrens; Sozialadäquanz; Gutgläubiger Erwerb*

²²³⁶ Veja-se, quanto ao ponto, ARTHUR RIPSTEIN, *Equality, Responsibility and the Law...* cit., p. 116-117 e ss. O autor parte da consideração do impacto da intervenção de terceiros no processo causal desencadeado pelo pretense lesante para enveredar num excursus acerca da relevância que poderá ter, em

Ora, se derrarmos a nota do risco visto à luz da pessoalidade responsável, compreenderemos o dado normativo, já que os deveres exigíveis para salvaguarda do eu ou do outro que não o lesado, diante da actualidade da ameaça, excluem *a priori* – ou pelo menos restringem – a esfera de responsabilidade e assunção do risco de que se parte^{2237 2238 2239 2240 2241 2242 2243}.

sede delitual, o comportamento daquele que, em face de um perigo, procura auto-proteger-se. Veja-se, a propósito, ainda, p. 120 e ss., onde RIPSTEIN analisa o problema do estado de necessidade sob o prisma do *tort of trespass*, considerando que as suas regras suspendem a sua eficácia em face do perigo [o autor, inserindo-se no quadro da *Common Law*, é recorrente na dicotomia que traça entre o *trespass-based tort* e o *harm-based tort*. O primeiro implica a utilização de um bem alheio para um fim próprio; o segundo envolve a privação do outro dos meios que são seus para prosseguir as finalidades próprias e ocorre quando uma pessoa, usando o que é seu, lesa a pessoa ou propriedade de um terceiro – cf. “Tort Law in a Liberal State”, ... cit., p. 15]. O acento tónico é colocado na razoabilidade ou não de se utilizarem coisas alheias para remover perigo próprio ou de terceiro. Veja-se, então, p. 122 e ss. e o problema da responsabilidade objectiva que assim se pode edificar.

De notar, ainda, que RIPSTEIN conecta com esta problemática, analisada sob a égide da razoabilidade, aquela outra da actuação dos *rescuers* (cf. p. 123 e ss. Aqui já não é um bem alheio que é lesado, mas o próprio sujeito que, procurando defender um terceiro do perigo gerado pelo lesante, sai ferido, *lato sensu*, da situação. Chamada à colação a máxima *danger invites rescuers*, tornada célebre por CARDOZO, RIPSTEIN volta a depor no sentido da importância que, nesta sede, tem a previsibilidade – cf. p. 125. Uma previsibilidade que, de acordo com o pensamento do autor, que de forma intercortada fomos dando conta, deve ser compreendida na sua integração com o risco. A responsabilidade firma-se no contexto de uma esfera de risco e tudo quanto possa ser previsível pelo homem razoável pertence-lhe, engrossando, assim, a obrigação de indemnizar que impende sobre quem erigiu, *a priori*, tal circunferência com relevância jurídica. No fundo, a criação de um perigo inicial convida a acção dos que procuram mitigá-lo, pelo que estes se incluem na esfera de risco delineada. Há, em relação a estes, segundo o depoimento do autor, um concreto dever. O mesmo não se pode dizer dos que acorrem ao local do acidente para observar o que se passa, ainda que estatisticamente tal actuação possa ser mais comum, porque sobre tal comportamento não pode ser derramada a nota da razoabilidade [cf. p. 126]. Mas análogo juízo se estende – cf. p. 126 – às situações em que uma lesão é agravada pela negligência do médico que atende aquele paciente. É que “seeking medical care is a reasonable response to injury [...]. Even where the medical care is carried out negligently, it is treated as foreseeable, because the risk of medical malpractice on that particular occasion is created by the original wrongdoer. Such liability has its limits [...]: if a physician intentionally inflicts an injury, or performs an unrelated operation, the original injurer is not liable [...]” – cf. p. 126/127).

Veja-se, ainda, a propósito do estado de necessidade, as considerações do autor em “Tort Law in a Liberal State”, ... cit., p. 30. Dialogando com KEATING que trata do problema ao nível da *strict liability*, afasta-se da ideia segundo a qual, numa situação como essa, o que existe é o pagamento de um preço pelos custos impostos aos outros, o que seria justo face aos benefícios que daí se retiram. É que, como nota a páginas 36 e ss., um tal princípio “inexiste no direito privado. Eu posso retirar um grande benefício ao contemplar a beleza da árvore que o meu vizinho plantou, mas não tenho que o auxiliar na cobertura dos custos que a plantação acarretou”, pelo que, por meio dele, não se pode justificar quer a imposição de responsabilidade objectiva em certos casos, quer a retracção do ordenamento nas hipóteses de estado de necessidade.

²²³⁷ Cf. o que se disse supra sobre o ordenamento jurídico belga, sob a batuta de CHRISTIAN VON BAR, *The Common European...* cit., p. 489. Na verdade, as causas de exclusão da ilicitude são aí consideradas sob a égide do *Act of God*, dentro das quais se destacam os eventos imprevisíveis e as causas de justificação. No fundo, o enquadramento comum das duas realidades parece depor, embora com base noutros fundamentos, no sentido de ver nas causas de justificação elementos que mostrem a não pertinência do resultado lesivo (dano evento) à esfera de risco/responsabilidade que pretensamente foi erigida pelo lesante. O mesmo raciocínio vale, pois, por referência aos dois grupos de situações. E assim se percebe que a exclusão da ilicitude ocorre por via da exclusão do nexo de ilicitude que se erige.

O acento tónico é colocado na razoabilidade ou não de se utilizarem coisas alheias para remover perigo próprio ou de terceiro. Veja-se, então, p. 122 e ss.

²²³⁸ Note-se que a esfera de risco pode mesmo ter sido criada pelo agente lesante. Contudo, a sê-lo, é-o relativamente a um bem jurídico diverso ou titulado por um sujeito também diferente. Ainda assim a justificar, em nome do justo que se almeja, a indemnização total e não apenas fundada na *equitas*. Cf.

artigo 339º, nº2 CC [relativamente a estas hipóteses, v. BRANDÃO PROENÇA, *Direito das Obrigações – Relatório...* cit., p. 183, considerando que “há ilicitude, e portanto uma obrigação de indemnizar nos termos gerais, se a situação de necessidade resultar de uma conduta culposa exclusiva do agente – A, em excesso de velocidade, para não atropelar B, causa danos no prédio de C. Esta mesma solução deverá ser aplicada ao que, tendo criado o perigo, venha a beneficiar de uma actuação alheia em seu proveito. Nos casos em que na origem da figura estejam causas naturais ou não culposas, se a *ratio* da indemnização está mais numa ideia de justiça comutativa do que no risco, é incerta a pessoa sobre quem deve recair esse encargo (o agente? o que beneficiou com a actuação do agente? o que contribuiu involuntariamente para o estado de necessidade?)”].

Por outro lado, frise-se que a interpretação derramada sobre o preceito nos permite obviar dúvidas ao nível da realização concreta do direito. Pois se o que está em causa é a eliminação da esfera de responsabilidade pessoal, então a assimilação do caso pelo âmbito de relevância da norma só será possível quando o bem jurídico ameaçado seja de grau superior ou quando haja uma desproporção significativa entre o dano que se perpetra e aquele que se evita.

Pergunta-se, fazendo-se a ponte com a outra modalidade de responsabilidade subjectiva a considerar, se o mesmo raciocínio é transponível para o caso de violação de uma disposição legal de protecção de interesses alheios, da qual resulte um dano, quando a mesma surja “justificada” pela necessidade de salvaguardar um bem jurídico de valor superior. A esse propósito, e ainda que não se forneça de imediato uma resposta conclusiva, importa não esquecer a diferença que separa as duas modalidades de ilicitude delitual. Posto que, na última, a esfera de risco está cristalizada e à sua concretização tenta-se obstar por meio da adopção das medidas tidas por adequadas pelo legislador. Se rememorarmos o que atrás dissemos sobre o ponto, veremos que a ilicitude, aí, se desvela pela preterição do comando legal e que a culpa se lhe refere. Donde se indaga se a diminuição do risco não pode marcar presença, vertendo-se a justificação anunciada da salvaguarda de um bem jurídico do agente ou de terceiro numa causa de exclusão ou limitação da culpa, ou se, ainda que se denote a clivagem revelada, se pode continuar a plasmar o entendimento primeiro. A ser correcta a derradeira alternativa, sempre se teria de dizer que a salvaguarda de um bem jurídico determinaria a licitude do comportamento. Importa, ainda, não esquecer que a disposição legal de protecção de interesses alheios pode também configurar uma via de concretização dos deveres de prevenção relativamente a bens jurídicos, objecto de direitos absolutos.

É o caso de A que ultrapassa num traço contínuo pela pressa de chegar ao hospital com o seu filho que está doente. Repare-se que, se por meio da sua conduta, atropelar B, a ilicitude que se questiona não passa pela análise do resultado lesão da integridade física, mas tão-só pela preterição da disposição legal. Donde se poderia aventar a ideia de que a responsabilidade, aqui, se excluiria por via da culpa. Ademais, parece ser claro o artigo 339º CC quando fala de coisa, conjuntamente com a destruição ou danificação dela. Mais se diga, e continuando a centrar-nos no exemplo, depor no sentido por nós defendido o facto de o ordenamento jurídico positivo, prevendo a possibilidade de estados de urgência, consagrar regras que devem ser observadas nessas hipóteses. Donde a ilicitude sempre se desvelaria pela preterição dessoros comandos do Código da Estrada. E se quisermos sair do plano da concretude para nos lançarmos na epopeia da generalização, sempre se dirá que, quando a ilicitude se não verificar, tal dever-se-á ao facto de, diante da hipótese de facto e do seu âmbito de relevância, não ser possível a assimilação dele pelo âmbito de relevância daquela. Ou seja, e mediando o nosso pensamento pela linguagem metódica tradicional que em certa medida continua a ser mais corrente para o jurista, os pressupostos normativos plasmados pela norma não se preenchem em concreto. Sobre o ponto, cf. DEUTSCH, *Allgemeines Haftungsrecht...* cit., p. 188 e ss. (e o que, a propósito do pensamento do autor, se referiu anteriormente). Situação diferente é aquela que, inserindo-se embora no quadro dos acidentes rodoviários, nos coloca diante dos olhos a hipótese do sujeito que para não atropelar um peão resolve atirar o seu automóvel contra o carro estacionado. É que aqui não é propriamente uma disposição legal de protecção de interesses alheios que está a ser preterida, mas outrossim a danificação de coisa alheia que entra em jogo, polarizando-se todo o discurso na violação de um direito absoluto alheio.

Sobre a diferenciação entre a culpa e a ilicitude do ponto de vista das causas de exclusão de uma e de justificação de outra, cf. ANTUNES VARELA, *Das obrigações...* cit., I, p. 588 e ss. Diz-nos o autor, embora lançando mão de um pensamento cuja intencionalidade diverge daquele que aqui mobilizamos, que “todos sabem (...) que ao lado de circunstâncias que apenas interferem no tal juízo de censura da conduta do agente (causas de exclusão, atenuação ou agravamento da culpa), outras há que influem directamente no juízo sobre o valor objectivo do facto (causas justificativas do facto), eliminando a ilicitude do comportamento do autor. O regime jurídico de umas e outras (...) não coincide (...). A falta de imputabilidade, a coacção, o erro, o medo poderão excluir ou atenuar a culpa. Porém, como nada tiram à ilicitude do acto, não prejudicam o recurso à legítima defesa, por parte do agredido (...).”

O ponto sensível motiva o problema da oponibilidade ou não da legítima defesa aos actos dos inimputáveis (cf. p. 588, nota 1), sustentando ANTUNES VARELA a tese afirmativa, à semelhança do que fora defendido por VAZ SERRA (“Causas justificativas do facto danoso”, *Boletim do Ministério da Justiça*, nº85, p. 54). Sobre o ponto, *vide* o que se disse *supra*.

Em sentido contrário, cf. PESSOA JORGE, *Ensaio sobre os pressupostos...* cit., p. 235.

Em última instância, e porque o próprio direito possa estar em causa, não indo o ordenamento jurídico ao ponto da santificação pessoal, é o comportamento considerado justificado, na medida em que a esfera de responsabilidade potencialmente alargada se restringe ao mínimo pela necessidade de se salvaguardar a si mesmo, mostrando-se, assim, que a eticidade predicativa do encontro com o outro se derrama sobre a própria relação da pessoa consigo mesma. Cf. PESSOA JORGE, *Ensaio sobre os pressupostos...* cit., p. 202, estabelecendo a analogia, que não identidade, entre as particulares causas de justificação e a colisão de direitos. Salieta o autor que se encontram ali “situações de colisão de direitos, mas em sentido diverso da prevista acima”, pelo que às mesmas se não aplica o artigo 335º CC.

Para PESSOA JORGE, o problema das causas de justificação é analisado de modo aprofundado. Cf. p. *Ensaio sobre os pressupostos...* cit., p. 153 e ss. Distingue-as das causas de exclusão e das causas de isenção da responsabilidade civil. Cf. p. 56 e 161: “ocorrendo uma causa de justificação, falta um pressuposto da responsabilidade civil, que é a ilicitude do comportamento; pelo contrário, nos casos de isenção de responsabilidade verificam-se todos os pressupostos desta (...), mas a lei, excepcionalmente, isenta o seu autor da obrigação de indemnizar”. Ora, para o autor, o que caracteriza as primeira é a intervenção de um dado circunstancialismo que “elimina o carácter devido do acto”. E se bem que o autor trate indiferenciadamente a responsabilidade extracontratual da sua congénere contratual, importa, ainda assim, olhar atentamente para a sua lição a pág. 191 e ss., quando, depois de analisar o problema do cumprimento do dever e da obediência a uma ordem de uma autoridade, questiona o impacto do exercício do direito na justificação de comportamentos de outro modo tidos como ilícitos.

Ao exercício de um direito reconduz o autor três situações básicas: 1) “o vulgar e normal exercício de qualquer direito”; 2) “o recurso a certos tipos anómalos de defesa ou tutela de um direito”; 3) “a concessão excepcional do direito de não cumprir um dever” (cf. p. 191). É no segundo grupo que se integram as clássicas figuras da legítima defesa, da acção directa ou do estado de necessidade.

E quanto à primeira, não deixa de ser prestimosa a abordagem que PESSOA JORGE faz da questão. Apresenta o autor uma dupla percepção da causa de justificação conhecida pela legítima defesa. De um lado, ela será sempre uma forma de repressão contra um ilícito, transformando o “defendente num órgão da ordem jurídica” (cf. p. 228). Mas, “o fundamento da legítima defesa não se encontra só na reacção contra o ilícito, mas na justificação do prejuízo causado ao agressor: aquela reacção faz-se não por meios inofensivos, mas por meios ofensivos, sacrificando bens do autor da agressão, o qual não pode com razão queixar-se (...) e vê diminuída até certo ponto a tutela jurídica dos próprios bens” (cf. p. 229). Pelo que, de outro lado, olhando para a posição do lesante ameaçado ou agredido, ela só é perceptível na remissão sistemática para a estrutura imputacional. Ou seja, e dito de uma forma mais clara, tratando-se de uma causa de justificação ou de exclusão da ilicitude, haverá que perceber em que medida ela se conforma com a dogmática geral em matéria delitual. Com o que damos um salto em frente relativamente ao que PESSOA JORGE nos comunica.

É que, se ao nível da legítima defesa, porque a diminuição da tutela dos bens jurídicos parece resultar do comportamento do próprio lesado, a ideia de sanção ainda poderia ser chamada à liça, parece soçobrar a pretensa interpretação quando polarizados exclusivamente no estado de necessidade. Pelo que será já não a tutela diminuída dos bens jurídicos ofendidos que entra em cena, mas outrossim a restrição da esfera de responsabilidade do sujeito em nome da salvaguarda de outros bens jurídicos.

Acerca da lição de PESSOA JORGE sobre o estado de necessidade, cf. *Ensaio...* cit., p. 251 e ss. Sobre ele, questiona o autor “a obrigação de indemnizar que impende sobre quem não teve culpa no perigo baseia-se no risco. E haverá verdadeira responsabilidade civil quando o perigo seja criado por culpa exclusiva do agente ou a lesão continuará a ser objectivamente lícita, embora com obrigação de indemnizar?”, para logo acrescentar que “parece-nos dever considerar-se ilícita tal actuação (...) embora os prejuízos que se indemnizem não sejam causados propriamente pelo perigo, mas pela reacção a ele”.

A nota não é despicienda. Pelo contrário, alerta-nos para um dado que, tendo sido aflorado já nesta longa nota, se torna agora clarividente. Havendo culpa exclusiva do agressor na criação do perigo, determina o artigo 339º, nº2, que “o autor da destruição é obrigado a indemnizar o lesado pelo prejuízo sofrido”, só restando a solução da equidade para aqueles outros casos em que tal circunstância se não verifica.

PESSOA JORGE vem, a este propósito, considerar, como ficou expandido, que se desvela aqui a ilicitude do acto. Ora, tal afirmação não poderia denotar maior sintonia com o sentido da causalidade – agora já correctamente identificada como imputação objectiva – que tentámos traçar. Pois que esta ilicitude que se avoca só será perceptível se o dano verificado – polarizado na destruição ou danificação da coisa de que

fala o preceito – puder ser reconduzido à actuação do agente. Ora, como a sua acção enquanto reacção aparece justificada, excluindo-se a ilicitude do acto, há-de ser na criação do risco ou perigo que residirá o desvalor de conduta que matiza o juízo objectivo.

Donde, duas conclusões são ainda possíveis. Por um lado, o que aqui fica dito permite confirmar o entendimento derramado sobre as causas de justificação que leva à sua interpretação à luz da conformação de esferas de risco e responsabilidade. Por outro lado, ao viabilizar-se tal entendimento está-se, concomitantemente, a admitir que a ligação entre o dano-lesão e o comportamento do agente é enervado nuclearmente por essa mesma ideia-força, pelo que a ilicitude, ainda que excluída do ponto de vista da estrita causação, não é precludida pela prévia participação condicionante que edifica a esfera de risco pela qual há-de responder, em nome da pessoalidade que entretete a comunicação entre humanos.

Veja-se, ainda, o problema levantado por CHRISTIAN VON BAR, *The Common European...* cit., p. 489. A propósito do ordenamento jurídico alemão, questiona VON BAR se faz ou não sentido a mobilização das causas de justificação no âmbito da responsabilidade pelo risco. Percebe-se a pergunta, na medida em que esta prescinde da ilicitude e aquelas têm como efeito a exclusão dela em concreto. Defende, porém, o autor que a posição deve ser revista e contraria o entendimento daqueles que não aceitam a problematização de solução diversa por entenderem que as causas de justificação se aplicam em bloco a todo o sistema legal e não apenas a certos delitos em particular.

Quanto às idiosincrasias do último problema aflorado, algumas notas se impõem. Assim, aderimos quase espontaneamente à doutrina que liga a operatividade das causas de justificação às hipóteses de desvelação da ilicitude. Mas nem por isso vamos ao ponto de negar o seu relevo no quadro da responsabilidade pelo risco.

Pensemos em alguns exemplos. A, confrontado com a ameaça actual de morte por parte de B, atropela-o, lesando-o na sua integridade física ou matando-o. Do ponto de vista da responsabilidade subjectiva, não se pode imputar nenhum daqueles resultados à conduta de A, justificada por via da legítima defesa. Dir-se-á que o risco é erigido com base no comportamento do próprio lesado. Seria, contudo, justo que o próprio B ou, em caso de falecimento, os seus herdeiros pudessem demandar A com base na responsabilidade prevista no artigo 503º CC? Não o cremos. A resposta de sentido negativo não colhe, não obstante, justificação na ausência de ilicitude do acto, porquanto essa estaria *ab initio* afastada do âmbito de relevância hipotética recortado pela norma. Antes se explica pelo facto de o circunstancialismo concreto permitir concluir que a lesão perpetrada não se reconduz à esfera de risco assumido pelo proprietário do veículo. Ao que se pergunta: mas não é exactamente esse o ponto de explicitação da exclusão da ilicitude por actuação daquelas causas justificativas no âmbito da responsabilidade subjectiva? Há uma diferença inegável. Nesta, a esfera de risco começa a edificar-se em torno do comportamento culposo do agente conducente à lesão. Naquela, a esfera de risco é prevista pelo legislador e encabeçada a montante, sem correlação com o caso concreto. Nestas, a causa de justificação opera no sentido de excluir a ilicitude do acto, pela evicção do nexos de ilicitude exigível. Naquela, o problema não se coloca, antes se mostrando que, porque a mobilização da norma não se queda numa aplicação cega dela, em concreto não há assimilação do âmbito de relevância do caso por aquele âmbito de relevância hipotético. Cf., a este ensejo, o artigo 505º CC e, *supra*, a discussão que acompanha a sua interpretação em articulação com o artigo 570º CC.

²²³⁹ Sem querermos extravasar o âmbito de análise a que nos propusemos, pensamos não ser espúria uma breve referência àquilo que poderia ser uma sistematização dos fundamentos das possíveis causas de justificação. Assim, 1) excluem o nexos de ilicitude que em concreto se deve erigir, pela transferência do risco para uma esfera diversa da do agente imediato; 2) coenvolvem uma tolerância do ordenamento jurídico; 3) conferem uma verdadeira autorização do ordenamento para agir.

Sobre o ponto, reflecta-se incidentalmente no problema do consentimento e das diversas modalidades dele, de acordo com a sistematização que remonta ao pensamento de ORLANDO DE CARVALHO (Cf. *Teoria Geral ... cit.*, p.91 e ss.).

Veja-se, ainda, a questão da analogia entre o consentimento e a autocolocação em risco pela participação em actividades perigosas e a posição aduzida pelo *Bundesgerichtshof* quanto ao ponto. Veja-se JÖRG FEDTKE e ULRICH MAGNUS, “Contributory negligence under German Law”, ... cit., p. 83.

Cf., também, PABLO SALVADOR CODERCH, NUNO GAROUPA e CARLOS GÓMEZ-LIGÜERRE, *Scope of Liability: the vanishing distinction between negligence and strict liability...* cit., p. 29-30, falando do consentimento da vítima (*Einverständnis; scienti et volenti non fit injuria; consent of the victim*) a propósito da imputação objectiva do dano à conduta do lesante (“alguns delitos, como os intencionais, implicam uma interferência com a pessoa ou a propriedade da vítima e, nesses casos, o consentimento é uma defesa óbvia porque afasta um elemento – talvez o básico – do *tort*; noutros casos, o consentimento da vítima para a criação ou o incremento do risco é aceite pelo sistema e, noutros ainda, serve para

estabelecer as fronteiras do dever de cuidado”). Do mesmo passo, referem-se à assunção do risco – *Einwilligung und Handeln auf eigene Gefahr, assumption of risk*.

Sobre o ponto, cf. BRANDÃO PROENÇA, *Direito das Obrigações – Relatório...* cit., p. 183, sustentando que o consentimento do lesado apresenta uma configuração que o diferencia das outras causas de exclusão da ilicitude: “quando limitado pela ordem jurídica (ex. proibição da eutanásia) e pelos bons costumes (piercing) revela uma vontade dispositiva ao legitimar o facto lesivo, quer sob a forma autorizante (artigo 81º/2), quer sob a forma tolerante (artigo 340º/1)”. O autor distingue este problema daquele outro atinente à culpa do lesado, porque “no consentimento existe uma atitude declarativa expressa ou tácita” e nas hipóteses concursivas “o lesado tem uma conduta material que concorre para o dano ou o agrava”, donde, no primeiro caso, há exclusão da responsabilidade (por falta de um dos pressupostos dela) e, no segundo, uma redução da indemnização. Para BRANDÃO PROENÇA, também a assunção do risco se distingue do consentimento presumido: “exceptuando o caso do boxe, onde há a atribuição de um poder de lesão, relativamente aos danos típicos sofridos em desportos que impliquem contacto físico (futebol, corridas, etc), mais do que ver aí um consentimento tácito ou uma aceitação tácita e recíproca dos riscos de acidentes, é mais rigoroso falar-se de uma assunção não culposa dos riscos de danos, desde que o lesante não tenha tido uma conduta dolosa”. Mais acrescenta o autor que “a irregularidade do consentimento” (prestado, por exemplo, para a participação num jogo ilícito), “não afastando a culpa do lesado, nem a ilicitude do acto lesivo, submete a hipótese ao âmbito de aplicação do artigo 570º CC” – cf. p. 184.

Cf., também, embora a outro ensejo, ADELAIDE MENEZES LEITÃO, *Normas de protecção...* cit., p. 660 e ss., considerando que a construção das causas de justificação é tributária do conceito de ilicitude que se defender, pelo que, para quem vir na ilicitude uma concepção unitária de violação de um dever, aquelas serão situações de permissão ou autorização para a violação desse dever. Seria esta a posição de MENEZES CORDEIRO e PESSOA JORGE. Pelo contrário, “para quem acentue que, sob a figura do dever, se escondem situações jurídicas de pendor muito diversificado, as causas de justificação deverão possuir uma leitura mais caleidoscópica e menos límpida”. De MENEZES CORDEIRO, cf. *Direito das Obrigações...* cit., II, p. 358 e ss.; de PESSOA JORGE, cf. *op. cit., loc. cit.*

Vide, igualmente, *Draft Common Frame of Reference*, que apresenta causas de exoneração que se situam na esfera da vítima (consentimento, artigo 5:101; *faute* concomitante, artigo 5:102; aceitação de riscos numa actividade criminosa em que um dos participantes causa involuntariamente um dano aos cúmplices, artigo 5:103, estando em causa a *turpis causa*); e causas de exclusão que dizem respeito aos interesses das pessoas às quais o dano é imputável ou de um terceiro (poder conferido por lei, artigo 5:201; legítima defesa, gestão de negócios e necessidade, artigo 5:202; exercício de um direito que serve a protecção de um interesse público, artigo 5:203); e ainda o artigo 7:101 PETL.

²²⁴⁰ Quanto ao ponto, veja-se NILS JANSEN, *Die Struktur des Haftungsrechts...* cit., p. 581 e ss. e p. 640, §5. Procurando construir um modelo de responsabilidade pessoal assente na *Erfolgsverantwortlichkeit*, entra em diálogo com a questão da limitação da responsabilidade, que opera por vias diversas, entre as quais avultam as situações que envolvem uma autorização de intervenção. São estas que, em conjunto com a *Erfolgsverantwortlichkeit*, formulam uma completo *Tatbestand* de responsabilidade, e surgem ao lado de outras que, ao nível da responsabilidade absoluta, nos remetem para as situações de força maior ou de evento inevitável (cf. p. 552).

Simplemente, a *integrativen Haftungsbegründung durch die Erfolgsverantwortlichkeit*, isto é, um fundamento integrativo do modelo ressarcitório através do apelo à ideia de responsabilidade pelo resultado não pode deixar incólume o modo como olhamos para as causas de justificação. Segundo JANSEN, torna-se operante a autorização conferida ao lesante, a qual se pode traduzir num poder de intervenção investido pelo consentimento, pela auto-defesa ou por um estado de emergência, o qual se pode inclusivamente aplicar aos danos causados conscientemente e por motivos egoísticos. Pelo que e, perspectivando as figuras à luz da *Erfolgsverantwortlichkeit*, não pode ser a simples ideia autorizativa a justificar a exclusão da ilicitude. Determinante será, pois, saber até que ponto a confiança da vítima merece ou não protecção, ou dito de outro modo, parece inculcar-se uma ideia de desvalorização da posição protegida do lesado. É que, de acordo com os ensinamentos do autor, a posição tradicionalmente expandida seria resultado de uma dogmática orientada exclusivamente pelo lesante, que se tornaria inadequada pela constatação de dois elementos dogmáticos: a) exclusão, por via das causas de justificação, da responsabilidade pelo risco, pese embora não se exija como requisito de operatividade desta a ilicitude; b) manutenção de certos casos de responsabilidade objectiva, em nome da própria justificação, como se constata nos casos de estado de necessidade. Tudo isto mostra, sublinha JANSEN, que não é a permissão de interferência que trava a responsabilidade, mas o cancelamento jurídico da protecção da posição do lesado, ou, para usarmos o seu verbo, “uma tal exclusão da responsabilidade não se baseia numa graduação/valoração do comportamento danoso, mas numa valoração da protecção do

No fundo, é a ideia de diminuição do risco que avulta maior^{2244 2245}.

E que, depondo no sentido causal-imputacional por nós delineado, deixa transpirar o papel nuclear que o risco tem na estrutura da responsabilidade delitual.

É ele, aliás, que continua presente se, abandonando a primeira modalidade de ilicitude, passarmos a contemplar a obrigação de indemnizar que decorre da violação de disposições legais de protecção de interesses alheios. Com a diferença, de não pequena monta, de a esfera de risco não ser aí desenhada com apelo aos critérios gerais eticamente conformados segundo a dialéctica responsabilidade liberdade, mas de ser pensada *a priori* pelo legislador. Pelo que – e quedando-se a ilicitude na preterição do comando normativo, mesmo que haja um determinado interesse que, obliterado, nos ancora ainda numa ideia de resultado e não de mera conduta desvaliosa – é na recondução funcional do dano que avulta à ilegalidade que se anuncia que se joga o papel da causalidade. Com a consequência de se eliminar a complexidade de um arrimo

lesado”, deixando de ser vista a responsabilidade pelo sacrifício como anómala diante do sistema delitual globalmente considerado.

Como reverso, surgiria a responsabilidade pelo sacrifício, cuja continuidade teleológica com as restantes hipóteses de responsabilidade civil seria igualmente afirmada pelo autor.

²²⁴¹ Veja-se, quanto ao ponto, ARTHUR RIPSTEIN, *Equality, Responsibility and the Law...* cit., p. 196, nota 40 e p. 197. Numa encenação no meio de um parque, A aponta uma pistola de borracha em direcção a B, pelo que o perigo é meramente aparente. Considera RIPSTEIN que B pode agir em legítima defesa. É que, segundo o autor, a questão da razoabilidade – central no modelo delitual por si edificado – não diz aqui respeito àquilo em que a pessoa ameaçada acredita nem às reais intenções do atacante, mas a uma apropriada divisão do risco. Haverá agressão se uma pessoa razoável o tivesse entendido como tal.

²²⁴² Cf., igualmente, RIBEIRO DE FARIA, *Direito das Obrigações*, I, ... cit., p. 437 e ss. Concretamente a propósito do estado de necessidade, RIBEIRO DE FARIA entende que há nesses casos o sacrifício de interesses em benefício de alguém. Coloca-se, portanto, o problema de saber sobre quem recai o dever de indemnizar: sobre o agente, por ser ele que causa o dano, ou sobre o beneficiário. Cf. p. 448. Referindo-se ao artigo 339º CC, o autor evidencia que a lei individualiza o juízo de atribuição do dever de indemnizar susceptível de alcançar a justiça do caso concreto, podendo responsabilizar-se o agente, o beneficiário ou o agente e o beneficiário.

Sobre o ponto, v., também, LARENZ/CANARIS, *Lehrbuch...* cit., II/2, p. 449, para quem deveria ser sobre o titular do interesse mais forte, que é salvaguardado na situação concreta, que deveria recair o dever de indemnizar

²²⁴³ A este propósito, cf. MICHAEL S. MOORE, “Caution and the Excuses”, *California Law Review*, nº73, 1985, p. 1091 e ss., considerando a *causal theory* (embora no âmbito do direito penal) e sustentando que a mesma tem uma componente descritiva e uma componente normativa. A primeira mostra, segundo o autor, que as *excuses* podem ser entendidas em termos de causalidade quando o agente é determinado a agir por um facto que está fora do seu controlo.

²²⁴⁴ Embora em sentido crítico, encontrando aí um nóculo de contestação da doutrina da imputação objectiva baseada na diminuição do risco, cf. MARTÍN GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, *Imputación objetiva...* cit., p. 59 e ss. Na verdade, para o autor, em todos os casos tratados sob a égide da diminuição do risco, estar-se-ia diante de situações em que falta a ilicitude da conduta, por estarem tais hipóteses cobertas pelo estado de necessidade. Mais acutilantemente, veja-se p. 60, onde refere não entender onde radica a diferença entre este caso e aquele em que se substitui uma fonte de perigo por outra diferente. Porque “o agente actua de um modo totalmente lícito”, “não faz falta lançar mão de uma categoria intermédia entre a causalidade, que existe, e a ilicitude”.

²²⁴⁵ Cf. BRANDÃO PROENÇA, *Direito das Obrigações – Relatório...* cit., p. 183. V., também, PESSOA JORGE, *Ensaio sobre os pressupostos...* cit., p. 153 e ss.

problemático, porque o que avulta particularmente difícil é a imputação dos danos subsequentes²²⁴⁶.

O que aqui se experimenta não é, exclusivamente, a assunção do desvalor de conduta, na medida em que, e conforme explicitado anteriormente, a disposição legal que se viola intenta proteger um determinado interesse digno de tutela, embora não conformado positivamente segundo o esquema da jus-subjectividade. Eis, pois, a razão pela qual resta um ulterior problema, que, ligando-se à dita causalidade preenchedora da responsabilidade, insta o jurista a determinar em que medida os danos experimentados podem ou não reconduzir-se ao interesse em concreto preterido pela violação da norma²²⁴⁷. Mas essa acaba por confluir no juízo previamente entretecido, ficando embora dependente da estrutura da norma preterida.

Assim se distinguindo, num diminuendo de segmentações, os casos aflorados das particulares hipóteses em que a ilicitude se desvela por via do abuso do direito, numa aproximação ao modelo da *faute* francesa.

Sobre estas duas brevíssimas palavras se impõem.

Em primeiro lugar, a mudança de estrutura imputacional, globalmente considerada, alterando-se, mostra como a problemática dita causal fica dependente da conformação da categoria ilicitude. Em segundo lugar, continua a transpirar do juízo que se estabelece – agora reduzido à unicidade de sindicância – a relevância do perigo ou risco que, na concretude com que se apresenta ao agente, o impele à adopção das medidas tidas por adequadas à salvaguarda da posição do outro, que lhe dirige uma pretensão de respeito, ponderada que seja a perigosidade do comportamento e os danos que se afiguram previsíveis, ainda que não previstos²²⁴⁸.

²²⁴⁶ É sobretudo ao nível daquilo que problematizaremos no ponto seguinte, e que tradicionalmente vem confundido com uma ideia de causalidade de facto ou de condicionalidade, que se colocarão as maiores dificuldades a propósito da violação das disposições legais de protecção de interesses alheios. Sem que isso verdadeiramente importe uma dessintonia bastante com aqueles mesmos problemas que emergem nesse quadro a propósito da violação de direitos absolutos.

Mais se diga, como ficou esclarecido anteriormente, que se pode ter de lançar mão, para além da análise do fim da norma, dos critérios predispostos para solucionar o problema ao nível da primeira modalidade de ilicitude.

²²⁴⁷ Mesmo que fora do âmbito específico da nossa análise, importa salientar que o critério será ainda assim funcional, na medida em que o que se procurará determinar é em que medida os danos ditos subsequentes se integram ou não na esfera de protecção delineada pela norma, tendo em atenção o interesse que sai lesado.

²²⁴⁸ Resulta daqui que a ilicitude leva ínsita a própria ideia de causalidade, ao mesmo tempo que, embora o abuso do direito se não estribe numa perspectiva subjectivista, ela só se desvelará quando se olvidem determinados deveres de segurança em relação a terceiros. Parece, pois, aproximar-se a mesma de uma ideia de previsibilidade.

Não se denota, por isso, um corte abrupto com a responsabilidade objectiva. O que, a dar-se por seguro, reivindica a chamada à colação de outro dado, já nosso conhecido. Estripadas da fundamentação do desvio imputacional quer as notas efficientistas, quer os apurmos doutriniais que nos encaminhem exacerbadamente para uma finalidade distributiva, sempre se dirá que, e ainda que não se ignore a fecundidade do tema, a viabilizar uma miríade de cogitações mais ou menos edificadas sob a veste de teoria, macroscopicamente é o risco, já sedimentado, que unifica as diversas hipóteses de responsabilidade independentemente de culpa. Só que, se assim é, não menos correcto parece afirmar-se, numa rememoração do que *supra* foi expendido, a presença da pessoa na tecitura dogmática construída.

Em tempo próprio, lançámos mão das questões suscitadas em torno dos inimputáveis para evidenciar a nota que agora se sistematiza. Há, na verdade, o lustro da pessoa nas previsões normativas, a convocar uma ideia de liberdade e de responsabilidade que, retraindo-se no momento do surgimento da pretensão indemnizatória, se galvaniza a montante, quando o sujeito encabeça uma esfera de risco que, independentemente dos contornos da actuação subsequente, fará, se atentatória dos interesses de terceiros, emergir uma obrigação de indemnizar os danos aportados.

Capítulo X

O problema da correspondência entre o dever-ser e o ser: o ónus da prova da causalidade e a questão da condicionalidade.

51. Ordem de seqüência

Apresentámos, no ponto expositivo anterior, de forma breve, possíveis consequências do nosso entendimento imputacional ao nível da modelação delitual.

Há, contudo, de ir mais longe.

Na verdade, o modo como perspectivámos o nexó de ilicitude implica, necessariamente, uma tomada de posição em sede processual, e mais concretamente, ao nível probatório. Pois, se até a simples opção entre uma formulação positiva e negativa da teoria da causalidade adequada não deixava incólume a conformação do ónus que acompanha um dos litigantes em juízo, por maioria de razão, a mutação da intencionalidade com que vai pensado o pressuposto não pode deixar de se repercutir neste âmbito^{2249 2250}.

²²⁴⁹ Sobre a questão da repercussão da adopção de uma formulação negativa da doutrina da causalidade adequada, veja-se, para lá das referências bibliográficas já anotadas sobre o ponto, RIBEIRO DE FARIA, “Da prova na responsabilidade civil médica...”, ... cit., p. 150, nota 68 e *Direito das Obrigações*, I...cit., p. 505. Considera o autor que “essa formulação só quadra a uma inversão do ónus da prova. Seria de todo sem sentido, como é óbvio, pretender-se que o autor, a ter o ónus da prova da causalidade, fosse provar que o facto era de todo indiferente para o resultado, que só se verificou pela intervenção de circunstâncias extraordinárias ou anómalas”; RUTE TEIXEIRA PEDRO, *A responsabilidade civil do médico. Reflexões sobre a noção de perda de chance e a tutela do doente lesado*, Coimbra Editora, Coimbra, 2008, p. 150-151; PEREIRA COELHO, “O nexó de causalidade...”, ... cit., p.. 208; SANTOS JÚNIOR, *Da responsabilidade civil de terceiro...* cit., p. 252; JOSÉ ALBERTO GONZÁLEZ, *Responsabilidade civil...* cit.,

Acresce que a importância prático-normativa do tema justifica, também, o tratamento sistemático da questão. Desde logo, a preocupação com a posição do lesado motivou, desde há longo tempo, tentativas de flexibilização da produção da prova que se exigia, se não mesmo a fixação de presunções de causalidade^{2251 2252}, que, muito além da dimensão processual, se vieram a traduzir na edificação mais ou menos sólida de teorias imputacionais várias^{2253 2254 2255}.

p. 88, (1ª edição p. 75 e ss.); ENNECCERUS-LEHMANN, *Recht der Schuldverhältnisse...* cit., p. 67; GALVÃO TELLES, *Direito das Obrigações...* cit., p. 408, nota 1.

Fica, porém, por justificar a inversão a que se alude. Ou dito de outro modo, sem a pressuposição de um referente de sentido que leve à intelecção do sistema dogmático à luz da intencionalidade predicativa da juridicidade, carece de fundamentação bastante a adesão à formulação negativa. A presunção a que se alude fica contaminada com a fragilidade que se tem denotado na prática judiciária.

²²⁵⁰ Sobre o impacto dos critérios atinentes à *psychische Kausalität* na prática processual, cf. TILL RISTOW, *Die psychische Kausalität...* cit., p. 222 e ss.

²²⁵¹ Cf. PHILIPPE PIERRE, “Les présomptions relatives à la causalité”, *Les distorsions du lien de causalité en droit de la responsabilité civile, Revue Lamy Droit Civil*, 2007/40, nº2634, p. 41

²²⁵² A este propósito, cf. a proposta de presunção de VAZ SERRA: “nos processos de indemnização contra profissionais, em relação ao nexo de causalidade entre a conduta destes e o dano, quando os ditos profissionais tenha, mediante actuação culposa, exposto a outra parte a um perigo, que poderia ter causado o dano, o qual poderia ter também sido produzido por outra causa”.

²²⁵³ Cf. GENEVIÈVE VINEY/PATRICE JOURDAIN, *Traité. Les conditions de la responsabilité...* cit., p. 211, falando de excepções ao princípio processual de que o ónus da prova da causalidade incumbe ao lesado e considerando aí as presunções, que se estendem por múltiplos domínios: acidentes nucleares, acidentes de trabalho, acidentes de circulação, responsabilidade do guardião (segundo a lição colhida no arrê 9 juin 1939), obrigação contratual de resultado (uma vez que a presunção de culpa implicaria, também, uma presunção de causalidade).

Entre nós, *vide* artigo 14º, nº3 da Lei nº46/2004, de 19 de Agosto, relativa aos ensaios clínicos com medicamentos de uso humano e, referindo-se a ela, BRANDÃO PROENÇA, *Direito das Obrigações – Relatório ...* cit., p. 76. Diz-nos o preceito, na sequência do nº1 (que estabelece que “o promotor e o investigador respondem, solidária e independentemente de culpa, pelos danos patrimoniais e não patrimoniais sofridos pelo participante imputáveis ao ensaio”), que “presumem-se imputáveis ao ensaio os danos que afectem a saúde do paciente durante a realização do ensaio e no ano seguinte à sua conclusão e, decorrido o período anteriormente referido, cabe ao participante provar que o dano é imputável ao ensaio”. Note-se que não se trata, verdadeiramente, de uma presunção de causalidade assente em dados do mundo determinístico ou numa segura probabilidade matematicamente constatável, mas de uma presunção de imputação que ganha forma a partir da assunção de uma esfera de risco/responsabilidade que, neste caso, vem a coincidir com o círculo de perigos considerados pelo legislador no momento da tipificação de uma hipótese de responsabilidade objectiva. Simplesmente, contra o que é regra, a conexão que se estabelece não é funcional – isto é, não se exige que o dano seja um daqueles que estão ligados aos riscos de utilização de um certo medicamento ou produto médico – mas temporal, alargando-se, com isto, o círculo de potenciais danos que possam ser indemnizados. Trata-se, segundo cremos, de um agravamento da responsabilidade atenta a especial actividade em apreço. Sobre o ponto, cf. CARLA GONÇALVES, *Responsabilidade médica objectiva*, Coimbra, 2005

Sobre a possibilidade de se olhar para o artigo 493º CC como contendo uma presunção de causalidade, cf. o que se disse *supra* sobre a questão e os autores aí citados (*inter alia*, HENRIQUE SOUSA ANTUNES, *Responsabilidade civil dos obrigados...* cit., p. 270 e ss.; ANA MARIA TAVEIRA DA FONSECA, “Responsabilidade civil pelos danos causados pela ruína de edifícios e outras obras”, ... cit., p. 126 e ss.; BRANDÃO PROENÇA, “Balizas Perigosas e responsabilidade civil ...”, ... cit., p. 32 e ss.)

Vide, igualmente, das autoras francesas citadas, p. 223 e ss. Não contemplam aí as situações em que o jurista se confronta com uma presunção de causalidade, mas aquelas em que há um *alívio no ónus da prova*. Consideram, a esse ensejo, que os tribunais galeses são, normalmente, indulgentes a apreciar o nexo causal nos casos de dolo ou negligência grave, bastando normalmente, para a sua prova, que se estabeleça que a *faute* “criou as circunstâncias objectivas favoráveis ao dano”. A flexibilização a que se alude também se faz sentir na hipótese de criação de uma situação perigosa. Tomando de empréstimo as

suas palavras, diremos que “é frequente que uma pessoa, voluntariamente ou por negligência, crie uma situação objectivamente perigosa e que em seguida um terceiro sofra um dano que surge como a realização normal e previsível do risco criado por tal *faute*. Em casos como esse, é geralmente impossível afirmar com certeza que, sem o facto que esteve na origem do perigo, o dano não se teria produzido. Apenas podemos constatar que houve a chance de ele se gerar. Apesar da incerteza relativamente ao nexó de causalidade, os tribunais fundam numa ideia de probabilidade a prova da causalidade”.

Voltaremos a abordar o problema. De facto, no caminho que nos falta percorrer, haveremos de lidar com a questão do papel que a probabilidade é chamada a cumprir no mundo decisório judicativo que envolve a causalidade. Outro dos tópicos com que haveremos de topar passa, em profunda conexão com a ideia probabilística, pelo dano da perda de chance. Abordando a temática no quadro de sistematização dos mecanismos de flexibilização da prova que incumbe ao lesado, continue a acompanhar-se a lição das autoras, a páginas 227 e ss. Repare-se também como o debate se centra, na análise que VINEY e JOURDAIN nos facultam, nas questões da violação de uma obrigação de esclarecimento/informação.

Sobre o ponto, cf., igualmente, LARENZ, *Lehrbuch...* cit. I, p. 516 e ss., onde expende considerações acerca dos *Beweisforderungen hinsichtlich des Kausalzusammenhanges und der Schadenshöhe* (requisitos relativos à prova do nexó de causalidade e do montante dos danos). Ensina o autor que “aquele que alega um direito em tribunal deve demonstrar e provar todos os factos que sustentam a sua pretensão. Caso contrário, o pedido é julgado improcedente, excepto se existir uma presunção legal”. Em decorrência desta que é a lição geral em matéria de repartição do ónus da prova também no nosso ordenamento jurídico, LARENZ afirma que isto implica que o lesado, numa hipótese de responsabilidade civil, há-de provar a chamada causalidade fundamentadora da responsabilidade (v., ainda, nota 125, onde se esclarece que inclui, portanto, o nexó de causalidade entre a violação de uma obrigação de segurança no tráfego ou uma norma de protecção e a violação de bens jurídicos protegidos). Simplesmente, continua o autor germânico, “muitas vezes não é possível efectuar a exigida prova, até porque os elementos a comprovar situam-se na esfera de organização do réu. No caso de falta de presunção legal, tem-se, por isso, discutido a possível mobilização de presunções *prima facie*, cujo alcance não foi ainda totalmente esclarecido, ao mesmo tempo que se questiona a possível compreensão das regras atinentes à prova segundo a consideração de áreas de risco” (cf. p. 517). Adianta LARENZ que a jurisprudência tem lidado com alguns casos em que a vítima tem de provar um nexó de causalidade que não se pode conhecer. O problema passa por saber quem há-de suportar o risco do efectivo desconhecimento. Particularmente dilemáticos são, neste horizonte, os casos de responsabilidade médica (o paciente sofre um dano na sua saúde; o nexó causal entre o erro de tratamento e o dano à saúde tem de se firmar; o erro foi adequado a causar o dano; o nexó de causalidade não pode ser remoto; cabe ao médico provar que essa relação causal não existe, que o dano à saúde teria ocorrido mesmo que o paciente tivesse sido tratado adequadamente). Sobre as situações em que há violação de um dever de esclarecimento (*Aufklärungspflicht*) diante da ameaça de um perigo – cf. p. 518. Nessas hipóteses, o *Unaufklärbarkeitsrisiko* surge pela violação do dever de esclarecimento e portanto deve ser imposto ao infractor, sempre que seja impossível determinar se os danos teriam sido evitados se uma pessoa tivesse sido alertada a tempo [Sobre o ponto, cf., também, HERMANN LANGE/GOTTFRIED SCHIEMANN, *Handbuch des Schuldrechts...* cit., p. 168 e ss.]

Note-se que as palavras do autor se dirigem neste ponto, exclusivamente, à causalidade fundamentadora da responsabilidade. Seriam outros os problemas com que o jurista se confrontaria no tocante à causalidade preenchedora da responsabilidade. Ainda que aí a prova abranja inúmeras circunstâncias, que se estendem aos lucros cessantes, bens substituídos, despesas anteriormente efectuadas, LARENZ entende que as dificuldades são menores. Relativamente a elas, os tribunais tudesco admitem as chamadas provas *prima facie*, questionando-se na doutrina se o § 287 ZPO, que oferece uma certa liberdade judicativa ao decidente no tocante à fixação da indemnização, pode ser aplicado a esta prova [Sobre o ponto, cf. GERT BRÜGGEMEIER, *Haftungsrecht...* cit., p. 615 e ss. e HERMANN LANGE/GOTTFRIED SCHIEMANN, *Handbuch des Schuldrechts...* cit., p. 177 e ss. Consideram os autores que o § 287 ZPO se aplica para a prova do nexó causal entre o primeiro dano/dano lesão e os danos subsequentes. O preceito aplica-se, também, às omissões, mas ele não intervém sozinho por o lesante ter violado uma obrigação. Note-se, porém, que as fronteiras entre o âmbito do §§ 286 e 287 não são fáceis de traçar – saber se o lesado foi afectado pela acção não se separa totalmente da questão do nascimento dos danos. Em termos práticos, o § 287 ZPO contenta-se com um grau de probabilidade mais frágil do que aquele que é exigido pelo § 286 ZPO, mas as diferenças entre os dois não devem ser – segundo o ensinamento dos autores – sobrevalorizadas. Não só o § 287 ZPO não pode ser aplicado quando subsistam sérias dúvidas, como a jurisprudência tem viabilizado o recurso a presunções *prima facie* quando haja de lidar-se com a fundamentação da responsabilidade. A grande vantagem do citado preceito prende-se com a possibilidade de, através dele, se proceder a uma estimativa do montante dos danos, o que é necessário quando, sendo certo o dano, não é possível determinar com exactidão o seu montante.]

A procura de uma solução equilibrada em termos probatórios não radica, no entanto, exclusivamente no intento de protecção da vítima, mas também na necessidade de responsabilização do lesado, única capaz de o elevar ao estatuto de *dignitas*, donde a eventual inversão dos termos probatórios – a existir – parece colher outros fundamentos que não a mera urgência práctico-vitimológica.

O que podia ser visto como uma tomada de posição, para a qual se convocariam argumentos de diversa índole, antolha-se, afinal, como uma decorrência dos dados que fomos sedimentando, quanto mais não seja porque a prova mais não é do que a

Vide, igualmente, JOACHIM P. KNOCH, *Arzthaftung, Produkthaftung, Umwelthaftung. Kausalitätsbeweis und Pflichtverletzung*, Verlag Dr. Kovač, 2005, p. 23 e ss., assumindo como ponto de partida do seu estudo que o lesado deve provar a causalidade fundamentadora da responsabilidade segundo o § 286 ZPO e a causalidade preenchedora da responsabilidade de acordo com o § 287 ZPO. Adverte, contudo, que, não havendo consenso na distinção entre os dois tipos de causalidade, a questão probatória está longe de ser pacífica. Na verdade, não se denota na doutrina alemã unanimidade no tocante à selecção do critério orientador do decidente nesta matéria. Assim, cf. PRÖLSS, *Beweiserleichterung im Schadensersatzprozess*, Karlsruhe, München, 1966, p. 53 e ss., considerando que também a *haftungsausfüllende Kausalität* deve ser provada segundo o § 286 ZPO e, em sentido diametralmente oposto, HANAU, *Die Kausalität der Pflichtwidrigkeit...cit.*, p. 122 e 135, sustentando que o § 287 ZPO se aplica a todas as questões causais. Muitos foram, de facto, os remédios pensados para simplificar a actividade probatória. Distinguindo entre “os mecanismos simplificadores da actividade probatória atendendo à regularidade dos acontecimentos” (regra italiana do *id quo plerumque accidit*, nos termos da qual o que é evidente não carece de ser demonstrado, pelo que aquele que alegar o curso regular dos acontecimentos está dispensado de os provar; as provas *prima facie* do direito alemão; a regra anglo-saxónica do *res ipsa loquitur*; a presunção de *faute* ou de causalidade francesa – a *causalité virtuelle* – de que se lança mão quando o resultado lesivo se sucede a um acto censurável; a teoria do resultado desproporcionado, vigente em Espanha, segundo a qual se “extraí da constatação da ocorrência de um dano um convencimento suficiente sobre a existência de culpa e do nexos de causalidade”, isto é, o juiz “completa o seu convencimento recorrendo a regras do critério humano ou do sentido comum”) e “mecanismos sancionatórios (...) da criação injustificada de um risco potenciador do dano ocorrido”, cf. RUTE TEIXEIRA PEDRO, *A responsabilidade civil do médico... cit.*, p. 338 e ss. e p. 352 e ss.

Veja-se, ainda, CALVÃO DA SILVA, *A responsabilidade civil do produtor... cit.*, p. 713, considerando que, em face das dificuldades da prova da causalidade, “as regras da experiência da vida, o *id quod plerumque accidit* e a teoria da causalidade adequada – teoria que reconduz a questão do nexos causal a um juízo de probabilidade – poderão permitir a preponderância da evidência que, no fundo, é uma espécie de causalidade”. Cf., também, em aplicação da lição do civilista, Ac. STJ de 25 de Março de 2010, www.dgsi.pt.

²²⁵⁴ Cf., a este propósito, RANIERO BORDON, *Il nesso di causalità... cit.*, p. 110, falando de uma causalidade funcional, a partir da qual se pretende edificar um sistema de regras específicas a fim de superar a problemática que o estabelecimento e valoração do nexos causal comportam numa sociedade complexa como a actual. Segundo o autor, esta teoria da causalidade funcional combinaria o princípio da equivalência das condições com os critérios teleológicos atinentes ao escopo da norma e basear-se-ia em três pressupostos básicos: a) o juízo sobre a relação causal é sempre uma hipótese mais ou menos verosímil; b) a controvérsia ressarcitória coenvolve quase sempre uma desproporção entre lesado e lesante; c) existe uma evidente dificuldade de demonstrar o nexos causal. Nesta medida, há que encontrar expedientes de facilitação da prova (defendendo-se que o ónus probatório recai sobre aquele que titula a esfera na qual se produziu o incumprimento); bem como se deve dar prevalência ao antecedente que viola uma norma de protecção, pelo que a selecção da concausa passa a ser influenciada por critérios teleológicos. Outros dos recursos de que, segundo a construção que o autor traz à luz do dia, se lança mão é a chamada à colação do critério da alta probabilidade lógica na apreciação da prova e do conceito de perda de chances.

²²⁵⁵ A este propósito, *vide* VOLKER WAHRENDORF, *Die Prinzipien der Beweislast im Haftungsrecht*, Heymann, Köln, Berlin, Bonn, München, 1976

comprovação de um âmbito de relevância concreto à luz do qual se mobilizam os critérios do sistema que possam orientar o jurista na decisão do caso^{2256 2257}.

Ou seja, e dito de uma forma mais directa, o que dissemos sobre o nexos de causalidade, ao transformá-lo, justificadamente, num nexos de imputação ou nexos de ilicitude leva ínsita a resposta à questão: sobre quem recai o ónus de provar a causalidade?

²²⁵⁶ Note-se que ao nível do discurso jurídico é a própria concepção do que é a prova, mais amplamente do que é o ónus de que se cura em termos processuais, que é problematizada.

Sobre o ponto, cf. FREITAS RANGEL, *O ónus da prova no processo civil*, 3ª edição, Almedina, Coimbra, 2006, p. 21 e ss. Se na obra do autor o enfoque é, nessa indagação de princípio, sobretudo orientado em termos processualmente cunhados, não se deve obnubilar a densidade que matiza o tema, porque, ao implicar “a demonstração da realidade dos factos”, conforme estabelece o artigo 341º CC, a prova vai assumir um papel charneira na transposição do plano do dever-ser para o plano do ser.

Sobre a questão da prova, numa perspectiva metodológica e filosófica, cf. AROSO LINHARES *Entre a reescrita pós-moderna da modernidade e o tratamento narrativo da diferença ou a prova como um exercício de passagem nos limites da juridicidade (imagens e reflexos pré-metodológicos deste percurso)*, Coimbra Editora, Studia Iuridica, 59, Coimbra, 2001.

Mais concretamente, e como se anuncia em texto, lida-se aqui com a questão da dicotomia entre a questão de facto e a questão de direito ao nível da realização judicativo-decisória do direito.

Sobre a relação entre a prova e o ónus da prova, mostrando que este configura um expediente técnico jurídico de solução das controvérsias quando o juiz não seja capaz de eliminar as dúvidas acerca da coincidência entre os factos alegados e a realidade deles, veja-se FREITAS RANGEL, *O ónus da prova...* cit., p. 41.

Saliente-se que, ao procurar a definição da verdade material processualmente relevante, o autor acaba por se deixar enredar nos vícios e aporias próprias do normativismo positivista, pois que, ao repartir o julgamento da matéria de facto do julgamento da matéria de direito, acaba por afirmar serem “duas realidades diferentes que devem ser processualmente autónomas sem que o julgamento da matéria de facto seja condicionado pela subsunção dos factos ao direito, ou seja, sem que o juiz realize previamente um raciocínio que inverta o silogismo judiciário”.

Contestamos, pois, não só a afirmação, como o sentido da realização do direito que leva ínsita. É não só o recurso explícito ao silogismo judiciário que se mostra improcedente, como também a cisão estanque entre a matéria de direito e a matéria de facto que concita as maiores dúvidas. E não se pense que o apontamento esgota o seu interesse do ponto de vista teórico. Longe de um modo de ser nefelibata, o que aqui fica dito relevará em sede de causalidade ou, pelo menos, espelhar-se-á aí. Na verdade, como teremos oportunidade de dar conta, não raras são as vezes que em, confrontados com a incerteza causal e procurando acautelar a posição do lesado, os autores forjam ou tentam forjar soluções de compromisso, mais favoráveis para o último, no que ao ónus da prova – e portanto, macroscopicamente, no que à prova – tange.

Para acompanhar o debate que acompanha a qualificação do chamado *onus da prova* como um verdadeiro ónus ou uma obrigação, cf. FREITAS RANGEL, *O ónus da prova...* cit., p. 91 e ss.

Veja-se, igualmente, MICHELE TARUFFO, “La prova scientifica nel processo civile”, *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 2005, p. 1079 e ss.; ID., “Funzione della prova: la funzione dimostrativa”, *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1997, p. 553 e ss.; ID., “Presunzioni, inversioni, prova del fatto”, *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1992, p. 733 e ss.; J. C. GENSLER, “Über die Begriffe: Beweis, Beweismittel, Beweisgründe, Beweislast, Beweissatz”, *Archiv für die civilistische Praxis*, Band 1, 1818, Heft 1, p. 26 e ss., Heft 2, p. 258 e ss., Heft 3, p. 339 e ss.; ARWED BLOMEYER, “Die Umkehr der Beweislast”, *Archiv für die civilistische Praxis*, 158, Heft 2/3, 1959, p. 97 e ss. (lidando com o problema do ónus da prova); A. HEUSLER, “Die Grundlagen des Beweisrechtes”, *Archiv für die civilistische Praxis*, 62, Heft 2, 1879, p. 209 e ss.

²²⁵⁷ A propósito da prova da causalidade, atente-se no apontamento oferecido por W.V.H. ROGERS, *Winfiel and Jolowicz ...* cit., p. 218 [sustentando que a causalidade, não sendo *a matter of historical fact*, como a determinação da velocidade a que o automobilista seguia, acaba por ser tratada no mesmo sentido. Note-se, ademais, que o autor liga a formulação de um juízo probabilístico à necessidade de comprovação do nexos que se pretende erigir].

E se antevirmos em tudo o que também ficou firmado uma aproximação do pressuposto a uma categoria normativa, resta-nos uma de duas alternativas. Ou continuamos presos a uma cisão entre a matéria de facto e a matéria de direito ancorada em pré-conceitos positivistas, ou pelo menos normativistas, e inserimos o requisito no segundo grupo; ou abraçamos, em consonância com a pressuposição metodológica de que partimos, o jogo dialéctico entre uma questão-de-facto e uma questão-de-direito, enquanto pólos radicais do esquema metódico²²⁵⁸, para sopesarmos de outro modo os termos em confronto²²⁵⁹.

Naquela primeira hipótese, ao juízo normativo remetido para a competência do julgador, há-de associar-se um juízo de facto, para o qual se oferecem provas bastantes, a identificar-se, macroscopicamente, com a questão da condicionalidade²²⁶⁰, e refractar-se em plúrimas nervuras para as quais foram sendo forjadas soluções de índoles também diversas²²⁶¹.

²²⁵⁸ Cf. CASTANHEIRA NEVES, *Metodologia Jurídica...* cit., p. 155 e ss.

²²⁵⁹ Sobre o ponto, com grande importância, cf. R. FUMERTON e K. KRESS, “Causation in the law: preemption, lawful sufficiency, and causal sufficiency”, *Law and Contemporary Problems, Special Issue on Law and Causation in Science*, JOHN M. CONLEY (ed.), vol. 64, n.4, 2001, p. 83 e ss. ([www.law.duke.edu/shell/cite.pl?64+Law+&+Contemp+Probs+83+\(Autumn+2001\)](http://www.law.duke.edu/shell/cite.pl?64+Law+&+Contemp+Probs+83+(Autumn+2001))). Dialogando com dois grupos de autores, aqueles que consideram que a resposta à questão de saber quem causou o dano é matéria de facto e aqueles que sustentam que ela está informada por *normative issues*, o autor sublinha a páginas 86 e ss. a dificuldade em traçar a linha de fronteira entre o que é factual e o que não é. Chega, inclusivamente, a perguntar se “será que na própria descrição dos eventos/factos não interferem já considerações de pendor normativo, como por exemplo, quando descrevemos um acidente dizendo que o condutor do automóvel circulava em excesso de velocidade”.

²²⁶⁰ A ideia introduzida, por facilidade argumentativa, não corresponde ao entendimento unânime dos autores e jurisprudência. De facto, não são raras as vozes que afastam a condicionalidade da facticidade e entendem que a perspectiva é, mesmo aí, normativa.

²²⁶¹ Não é pacífica a dicotomia entre a questão de facto e a questão de direito, quer em termos gerais, quer aplicada ao requisito causal. Para além das indicações bibliográficas inseridas noutros pontos, atente-se nos testemunhos que a seguir introduzimos. Repare-se, igualmente, nas aporias a que uma ideia de condicionalidade nos conduz, agora perspectivadas segundo o prisma em que mergulhámos. Sobre o ponto, cf. BASIL MARKESINIS, ANGUS JOHNSTON e SIMON DEAKIN, *Markesinis and Deakin's ...* cit., p. 185 e ss., em especial 186. Analisando os dois patamares de indagação causal, os autores mostram como não está imune a críticas a cisão que se traça e salientam que uma das consequências dela é a incorrecta percepção de que o primeiro nível causal está isento de considerações normativas. Contestam, porém, tal perspectiva, evidenciando, pelo contrário, que há situações em que não se cumpre o *but-for test* e, não obstante, se imputa a obrigação de ressarcimento ao lesante. É o caso, designadamente, das situações de concorrência causal. Acrescenta, não obstante, a págs. 187, que a divisão formal entre a causalidade factual e a causalidade jurídica está de tal modo enraizada que não deve ser abandonada. E, para diminuir a complexidade que eiva o tratamento do tema, propõem que se mobilize o *but-for test* para lidar com a vertente factual do problema.

Para um elenco dos problemas que ficam sem solução ao abrigo de uma ideia de causalidade de facto e da doutrina da *conditio sine qua non*, cf. CHRISTIAN VON BAR, *The Common European Law...* cit., p. 415 e ss.: a) causalidade múltipla; b) causalidade psicológica (dentro da qual o autor autonomiza os casos daqueles que prestam auxílio às vítimas de um dano e os casos em que alguém persegue outrem); c) causalidade pelas despesas em que o lesado incorreu antes do cometimento do acto ilícito (e que na doutrina alemã ficam conhecidas pelas *Aufwendungen*). Trata-se, por exemplo, de despesas efectuadas pelo lesado no sentido de, e independentemente do particular dano gerado, mitigar os efeitos dele. Como o autor bem reconhece, o problema prende-se mais com questões atinentes ao cálculo do dano do que

Na derradeira, o antes condicional a que acresce o depois causalista são substituídos por uma também dialéctica conformação do nexos de imputação à luz das exigências de sentido comunicadas pela concretude dos acontecimentos, aos quais, por sua vez, só poderemos aceder na inteligência da intencionalidade do sistema já constituído e a constituir. Pelo que, em última instância, os critérios que predispusemos anteriormente incluem já as notas de resolução dessa outra problemática chancelada como causalidade de facto.

A inclusão a que nos referimos não obsta, todavia, a que analiticamente sejam tratadas essas questões de forma autónoma. Pelo contrário, vislumbram-se razões justificativas para que tal aconteça.

Expositivamente, muitos foram os pontos ainda não trabalhados, porque, envolvendo a chamada à colação de posições que se apartam do nosso esquema imputacional, perdia sentido o seu tratamento sistemático noutra sede que não esta que agora se inicia.

propriamente respeitantes à causalidade. V.g., como casos típicos, as situações em que α) os empregados do lesado reparam a coisa danificada, considerando-se que há direito à indemnização, mesmo quando os referidos trabalhadores não ficam impossibilitados de executar outras tarefas, considerando VON BAR que o apelo a uma concepção normativa de dano, e o consequente afastamento da *Differenztheorie*, deve ser visto como uma excepção à aplicação da regra da *conditio sine qua non* [cf. p. 425]; β) em que o lesado manteve, desde antes da ocorrência do evento lesivo, um determinado bem de substituição, precavendo-se contra a destruição dele, adiantando-se quanto a estes a possibilidade de se lidar com o problema a outro nível, qual seja o da gestão de negócios – cf. p. 426-427); d) se problematiza a *compensation lucrum cum damnum* [cf. p. 428]. Acrescenta o autor que a *conditio sine qua non* não permite limitar a responsabilidade, conduzindo a uma amplitude exacerbada que não tem em conta a intencionalidade especificamente jurídica. Mais acrescenta o autor (p. 415) que, mesmo que a distinção entre uma causalidade de facto e jurídica se deva manter, “a factual causation is in truth a legal evaluation” e que “the *conditio sine qua non* doctrine misses his point” e, por isso, “all those attributory theories which are based on it deal with only part of overall problem”).

Veja-se, ainda, quanto ao ponto, W. WRIGHT, “Causation in tort law”, ... cit., p. 1735 e ss., e, embora com uma racionalidade que não é a nossa, PABLO SALVADOR CODERCH, NUNO GAROUPA e CARLOS GÓMEZ-LIGÜERRE, *Scope of Liability: the vanishing distinction between negligence and strict liability*, ... cit., p. 10 e ss., onde se apresenta uma sistematização das principais críticas dirigidas ao *but-for test*: 1) o dano é sempre precedido por uma infinidade de eventos e o teste não permite uma solução conclusiva; 2) as teorias científicas baseiam-se em complexos e diversificados sistemas de hipóteses que dificilmente podem ser reconduzidos à simplicidade de um *but-for test*; 3) não funciona nos casos de omissão e falha nos casos de sobredeterminação causal.

Por isso, algumas destas falhas procuraram ser supridas pela a) utilização da *proximate cause* na determinação da causalidade, em vez do teste factual; b) procura, no contexto científico, de quadros estabilizados de *leges artis* que auxiliem o teste de causalidade a que são submetidas certas condutas; c) recurso à causalidade hipotética para os casos de omissão, o que na prática redundava na identificação de alguns sujeitos como titulares de um dever de cuidado no sentido de evitar danos para os lesados.

A este propósito, cf., uma vez mais, FLORENCE G’SSELL-MACREZ, *Recherches...* cit., p. 11. Falando da *conditio sine qua non* e da causalidade adequada, a autora aduz que estas teorias são convocadas para responder a duas questões muito distintas: explicação da emergência do dano e imputação da responsabilidade. Cf., também, p. 14, onde, tendo em conta a “dupla natureza – explicativa e atributiva – da noção de causalidade na responsabilidade civil”, considera que a primeira é uma questão de facto e a segunda uma questão de direito.

Teleológico-normativamente, sabemos que a responsabilidade civil continua pensada sob o *prima* da comutatividade, pelo que não basta afirmar a validade, impondo-se a sua conformação em termos tais que o ideário da compensação dos danos não seja relegado para um papel secundário.

No fundo, enfrentamos agora um dos pontos mais dilemáticos com que o pensamento jurídico se confronta ao longo dos tempos: a ligação entre o plano do dever ser e o do ser, ou dito de outro modo, a ligação entre a juridicidade e a realidade²²⁶². A estabelecer, afinal, a ponte com a ideia inicial deste nosso ponto expositivo. Pois que, consoante o que é o dado, assim será diferente a prova que se oferece e concomitantemente o responsável pela sua produção.

Começaremos, então, por tecer algumas considerações acerca do problema da prova da causalidade, partindo da coloração imputacional que lhe dispensámos, para chegarmos à conclusão que, na transposição para a *realitas*, há uma indagação que falha²²⁶³. A nossa análise repartir-se-á, portanto, em duas. A este ponto acrescentaremos um outro, com base no qual procuraremos determinar se faz sentido dicotomizar um plano dito factual de um outro tido por normativo²²⁶⁴, pelo que mergulharemos na problematização da condicionalidade que, as mais das vezes, antecede o juízo causal que se profere.

É tempo, pois, de lidar com questões tão díspares quanto próximas como a opção entre o *but-for test*, consentâneo com a doutrina da equivalência das condições²²⁶⁵, e o

²²⁶² Cf. FLORENCE G'SELL-MACREZ, *Recherches...* cit., p. 585, considerando que “os argumentos retirados dos factos têm um objectivo essencial: fazer com que o julgamento da causalidade reflecta melhor a realidade dos eventos passados, pela simples razão que justifica a atribuição de responsabilidade àquele que efectivamente causou o facto ilícito”. Simplesmente, como adianta, a dificuldade reside no facto de tal julgamento não permitir certezas absolutas – “jogamos com probabilidades e o que queremos é criar um grau de convicção no juiz”.

²²⁶³ Cf. MENEZES CORDEIRO, “Acidente de viação em auto-estrada. Natureza da eventual responsabilidade da concessionária. Anotação ao acórdão do STJ de 3-3-2005”, *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 65, I, p. 153 e ss., aqui p. 161, considerando que “nenhum estudo será conclusivo se não versar o tema do ónus da prova”.

²²⁶⁴ Advirta-se, porém, como parece já ter ficado suficientemente claro noutros pontos que nem sempre a divisão entre a condicionalidade e a causalidade de que falavam os autores inscritos numa visão tradicional do problema se pode confundir com a dicotomia entre questão-de-facto e questão-de-direito. Na verdade, não são raros os autores que, sobretudo no seio da *Common Law*, sustentando a cisão, acabam por entender que a dita *cause-in-fact* surge imbuída de considerações de *policy*. Sobre o ponto, cf. uma vez mais PABLO SALVADOR CODERCH, NUNO GAROUPA e CARLOS GÓMEZ-LIGÜERRE, *Scope of Liability: the vanishing distinction between negligence and strict liability*, ... cit., p. 11 (explicitando que o formalismo legal tende a conceber a causalidade como a imagem de um espelho da causalidade das ciências naturais, e que o realismo jurídico aborda o problema considerando que a causalidade integra aspectos factuais e normativos, pelo que a bifurca em duas inquirições: a *cause-in-fact* e a *proximate cause*).

²²⁶⁵ Distinguindo o *but-for test* da *conditio sine qua non*, cf. FLORENCE G'SELL-MACREZ, *Recherches...* cit., p. 161.

NESS-test, para usarmos a terminologia anglo-saxónica que a seu tempo compreenderemos. E de chamar à colação os nódulos controversos em que a condicionalidade se galvaniza, como sejam todas as questões que importem o tratamento da causalidade hipotética, antecipada, superveniente, cumulativa, alternativa²²⁶⁶.

52. O problema do ónus da prova da causalidade

A problematização do ónus da prova configura um dos temas mais candentes no domínio processual. Longe do formalismo com que poderia vir pensado a muitos ensejos, sabe-se hoje que a questão se densifica em termos materialmente cunhados, sendo “incontornável que se não reconheça uma certa incidência substantiva”^{2267 2268}.

A este propósito, vejam-se aqueles que distinguem a *conditio sine qua non* da equivalência de condições. Nesse sentido, *inter alia*, RANIERO BORDON, *Il nesso di causalità...* cit., p. 41-43.

Acerca da particularidade de não haver uma perfeita sinonímia entre a doutrina da equivalência das condições e a teoria da *conditio sine qua non*, já que esta surgiria, exactamente, como um expediente de limitação daquela, cf., sublinhado o ponto, CARLO GÓMEZ LIGÜERRE, *Solidaridad y responsabilidad...* cit., p. 254. O autor explicita, contudo, tratar-se de uma restrição tão só aparente.

²²⁶⁶ Tempo ainda de sublinhar que o tratamento do problema parece soar estranho aos quadros dogmáticos tradicionais. Diríamos mesmo que classicamente a dualização entre a questão-de-facto e a questão-de-direito levou a que os juristas, aproblematicamente, olhassem para a condicionalidade na óptica da primeira e para a causalidade sob o prisma da segunda. Do mesmo modo, e numa confluência simbiótica dos dois liames, a captação da causalidade sob a malha de cota da probabilidade estatística logrou, também aproblematicamente, dar a um tempo uma resposta aos dois segmentos indagacionais. E se o que questionamos criticamente não é a unicidade valorativa a que se alude, não podemos ficar indiferentes à transmutação de um juízo imputacional num jogo matemático espúrio à intencionalidade jurídica. No fundo, a adequação cumpriria a um tempo essa dúplice função: resolvia o problema da ligação do ser ao dever-ser, respondendo mais ou menos satisfatoriamente à questão da identificação do dano causado pelo autor, seguindo-se ou não à *conditio sine qua non*; e procuraria derramar sobre a resposta um cunho imputacional que, como vimos, acabava por se esbater de forma irremediável.

Talvez por isso os autores não tenham logrado situar alguns dos problemas a que especificamente se alude no quadro da condicionalidade. Talvez por isso, também, não tenham tematizado de forma consistente a aporética cisão a que damos eco em texto, nem se tenham preocupado sobremaneira com os testes de condicionalidade que foram pensados na *Common Law*.

Excepção feita, entre nós, a PAULO MOTA PINTO (“Sobre condição e causa na responsabilidade civil (nota a propósito do problema da causalidade da causa virtual”... cit. e *Interesse contratual negativo...* cit., p. 651 e ss.), chegando embora a conclusões diversas das que nos animam.

Saliente-se, ademais, a abordagem que, entre nós, PEREIRA COELHO apresenta do problema. Trata-se, na especificidade do tratamento da causalidade hipotética ou virtual, da busca de resposta para uma nervura problemática que entronca na condicionalidade, e portanto, na dita causalidade de facto, sem que, contudo, deixe aquela de vir imbuída da intencionalidade especificamente jurídica.

Sobre o ponto, veja-se, ainda, o que inscrevemos *infra* em nota, acompanhando, também, algumas das posições de WEX S. MALONE sobre o ponto.

²²⁶⁷ Cf. RUI MANUEL DE FREITAS RANGEL, *O ónus da prova no processo civil...* cit., p. 205. Mais concretamente, e citando PATARIN, o autor considera que “ela não é totalmente estranha à substância dos direitos em litígio, porque fixa a situação jurídica de cada uma das partes em relação à outra, ao longo do processo”.

Sobre a natureza jurídica das regras atinentes ao ónus da prova, veja-se, ainda, *inter alia*, RITA LYNCE DE FARIA, *A inversão do ónus da prova no direito civil português*, Lex, Lisboa, 2001, p. 20 e ss.; ANTUNES VARELA, MIGUEL BEZERRA, SAMPAIO E NORA, *Manual de Processo Civil*, 2ª edição, Coimbra Editora,

Sem quereremos enredar-nos por meandros espúrios ao domínio dogmático que cultivamos, sequer sem ousarmos ensaiar soluções inovadoras em sede adjectiva, sempre diremos ser nossa crença discernir-se aquela incidência em termos dúplices.

Coimbra, 1985, p. 444 e ss.; VAZ SERRA, “Provas, Direito probatório material”, *Boletim do Ministério da Justiça*, nº110, 1961, p. 55 e 95 (defendendo a doutrina da natureza material, com o que justifica a inclusão dos preceitos atinentes à repartição do encargo probatório no Código Civil de 1966).

Aderindo a uma concepção mista, muitos autores mobilizam uma miríade de argumentos que afastam a estrita pertinência das regras de que se cura ao domínio processual. Entre eles, e com especial importância para aquilo que queremos salientar, sublinhe-se o facto de “para decidir correctamente sobre a parte à qual incumbe o encargo probatório que o legislador distribui em termos genéricos, [ser] necessário interpretar e aplicar correctamente cada norma de direito material” (RITA LYNCE DE FARIA, *A inversão do ónus da prova...* cit., p. 23). Note-se que a autora, mergulhando posteriormente na análise do problema da repartição desse encargo processual, vem afirmar que se trata aí de “uma verdadeira decisão de justiça: saber qual das partes deve sucumbir pela falta de prova de determinado facto implica um juízo sobre a qual das partes é justo impor esse ónus, qual das partes se encontra em melhores condições de fornecer a prova de certos factos” (cf. p. 24). [Cf., ainda, embora de jeito incidental e não central para o nosso núcleo temático, o diálogo estabelecido entre a autora e FREITAS RANGEL a propósito da finalidade e função do ónus probatório, tendo em atenção a posição das partes e do juiz da causa – FREITAS RANGEL, *O ónus da prova...* cit., p. 102-103].

Para uma sistematização das diversas posições conflitantes a propósito desta natureza, cf. FREITAS RANGEL, *O ónus da prova...* cit., p. 206 e ss.

Note-se que mesmo aqueles que sustentam a natureza processual das normas em apreço não negam a sua incidência substantiva. Aliás, confessamente, e contrariamente a VAZ SERRA, VARELA, MIGUEL BEZERRA E SAMPAIO E NORA, ou mais recentemente RITA LYNCE DE FARIA, FREITAS RANGEL afirma a sua adesão à doutrina processualista, sem que isso importe o afastamento relativamente à conformação material de algumas soluções. Assim, a p. 210, salienta “a solução que considera o direito probatório como direito processual, posição que acolhemos, não exclui que se possam, nas regras de direito probatório, distinguir duas zonas distintas que se prendem com o direito material e com o direito formal”. Mais acutilantemente, salienta ainda que “quando se altera a distribuição do ónus da prova” se incide “no campo substantivo, ao determinar quem deve suportar o risco da falta de prova, da incerteza dos factos e quais os factos a provar” (cf. p. 211). É certo que o autor se refere, nesta passagem, especificamente à admissibilidade de pactos ou contratos probatórios pelos quais, e porque as normas em questão estão desnudadas de natureza de ordem pública, as partes acordam os termos da repartição do encargo. Mas não menos verdade é que o mesmo raciocínio pode ser expandido relativamente às diversas soluções plasmadas pelo legislador a propósito. Ou seja, e de uma forma mais directa, fica assim, na convocação da lição dogmática, atestada a refração irradiante do ónus da prova em sede substancial.

O mesmo será dizer que a resposta à indagação causal só será cabalmente percebida se nos ativermos, ainda que por breves instantes, na problemática que agora enfrentamos. Mas é dizer mais, porquanto, se as próprias regras probatórias são enervadas pela busca da justiça material, se não estranha que por essa via se tenha tentado acautelar a posição do lesado, sobretudo em domínios em que a incerteza causal passa a ser palavra de ordem e em que a efectiva tutela da parte lesada ilumina o horizonte discursivo do jurista. Donde o refluxo determinativo do peso específico que as regras probatórias assumem em sede causal é bilateral. Isto é, a resposta à *magna quaestio* acerca do sujeito processual sobre que impende o ónus de carrear as provas necessárias para a comprovação do âmbito de relevância do caso fica dependente da estrutura imputacional cogitada, e dialecticamente ela mesma irá condicionar o modo como perspectivamos essa conformação causal. Ao mesmo tempo que o enfoque causal pode conduzir a um esforço adicional no sentido de articular as regras processuais-substanciais para facultar soluções mais justas do ponto de vista material.

Saliente-se, ainda, em abono do rigor, que FREITAS RANGEL acaba por consentir, *in fine*, ponderados todos os argumentos, numa solução eclética que aponta no sentido da natureza mista das normas atinentes ao ónus probatório.

Acerca da incidência reflexa que a preocupação com a vítima comporta em sede probatória, cf. KLAUS SCHLOBACH, *Das Präventionsprinzip ...* cit., p. 237 e ss. Mais amplamente o autor debruça-se, especificamente no tocante à responsabilidade civil, sobre a relação entre a lei substantiva e aquelas regras.

²²⁶⁸ Cf., também, HANS STOLL, “Haftungsverlagerung durch beweismittelrechtliche Mittel”, ... cit., p. 145 e ss. e ROSENBERG/SCHWAB/GOTTWALD, *Zivilprozessrecht*, 16. Aufl., C.H. Beck, München, 2004, p. 787

Dito de outro modo, pensamos não errar se adiantarmos que a solução processual da questão probatória terá consequências ao nível da solução do problema de fundo, substancial²²⁶⁹, ao mesmo tempo que a conformação exacta dos critérios que orientam o decidente na resposta a esta se repercute na concretização da primeira.

O assomo dialéctico que emerge torna inequívoco um tipo de racionalidade que anda longe de uma segmentação rígida entre matéria de facto e matéria de direito e de um esquema epistemológico que, servindo-lhe de sustentação, vê na primacial actividade jurisdicional uma actividade de conhecimento, primeiro dos factos e depois do direito, com os quais opera um correspondente silogismo.

Na verdade, a partir do momento em que aproblematicamente se assuma que o julgador mais não faz do que aplicar o direito ao sucedâneo da hipótese lógica vertida na norma, à causalidade enquanto pressuposto da pretensão indemnizatória procedente corresponderia um determinado dado da realidade. E ainda que a mesma surgisse eivada pelas notas da normatividade, a assunção de que se poderia partir da conceptualização fisicista para a importar para o quadro do direito seria bastante para que, sem mais reflexões, se pudesse advogar que, enquanto elemento integrante do direito invocado

²²⁶⁹ Veja-se, quanto ao ponto, ARTHUR RIPSTEIN e BENJAMIM C. ZIPURSKY, “Corrective justice in an age of mass torts”, ... cit., p. 231 e ss. Embora afirmando uma posição não coincidente com a que expomos em texto, não deixa de ser pertinente, se não mesmo importante, acompanhar o pensamento dos autores quanto ao ponto. Na verdade, debruçando-se sobre os *mass torts*, de que são exemplo os casos DES de que partem, perguntam se eles implicam o abandono, ou pelo menos afrouxamento, do requisito causalidade, para, em seguida, responderem negativamente à questão. É que, segundo os autores, o problema coloca-se unicamente em sede processual, ao nível da prova, não contendendo com a conformação da estrutura do *tort*. De acordo com as suas próprias palavras, “o requisito de que o lesante tenha violado um dever em relação ao lesado não é um *self-executing requirement*, pelo que os Tribunais só estão aptos a responder a essa questão tendo em conta *certain evidentiary standards*”, ou seja, o lesado tem de provar a ligação entre o particular produto do lesante e a sua específica lesão, sob pena de a sua pretensão não ter provimento. Só que, acrescentam, o *ordinary evidentiary standard* não é uma decorrência lógica e insofismável do substancial requisito. E, num caso como aquele de que partem, o cerne da problemática não diz respeito propriamente à causalidade, pois que, se esta se formula por meio de duas interrogações – “o lesante violou um dever de *non-injury* ou simplesmente de *non-injuriousness* e foi a lesão um resultado da negligência do lesante?” –, elas parecem resolvidas, restando o problema dos ónus e standards de identificação desse mesmo lesante. Ora, dadas as circunstâncias peculiares que envolvem o tipo de situações em apreço, é possível estabelecer uma presunção de causalidade, porque a larga escala, marcando as suas idiossincrasias, poderia determinar, num mundo de incerteza, um resultado injusto. Sabe-se, na verdade, que há, no seio de um grupo, um lesante culpado e, entre os potenciais lesantes e um lesado inocente, o encargo deve recair sobre os primeiros. Trata-se, no fundo, (cf. p. 237) de “usar o poder do Tribunal para não permitir distorções que poderiam ser impostas pelo funcionamento das regras processuais”, estabelecendo-se, putativamente, o paralelo com as situações em que há destruição da prova. Contudo, importa sublinhar que os autores vincam o carácter ilidível da presunção e a limitam às hipóteses de comercialização em larga escala de produtos fungíveis. Ainda que outros dilemas se levantem, qual seja o da definição das fronteiras do *market-share*, confinado ou não a um mercado nacional, os autores não abdicam de colorir o tema com a nota processual, procurando deixar incólume a ideia de justa reparação do dano causado.

pelo lesado, coubesse a este, nos termos gerais da repartição do encargo de que se cura, a prova daquela.

Dois dados confluem para a cristalização da solução aceite há largo tempo. O modo como se perspectiva a realização do direito envolve-se, também dialecticamente, com o modo como a causalidade é matizada. De facto, é o papel passivo do julgador – não interveniente na constituenda constituição do direito – que determina a não refracção da intencionalidade especificamente jurídica na captação dos contornos da categoria que serve de mote às nossas cogitações, ao mesmo tempo que a relação de correlatos lógicos estabelecida entre ela e a realidade que a acompanha, sob pena de decair a pretensão da parte, torna plausível a discussão em torno da questão acerca de quem deve carrear para o processo os elementos que atestem tais factos.

A cada um dos elementos da hipótese normativa corresponderia um facto, a alegar pela parte a quem aproveitaria. Se não lograsse oferecer a devida prova, então o juiz, na aplicação do direito, teria de decidir contra a sua pretensão, constituindo as regras de repartição do *onus probandi* “uma sanção à inércia ou à insuficiente e frustrada actividade da parte em juízo”²²⁷⁰.

O enfoque parecia, pois, colocar-se numa dimensão subjectiva do encargo, tanto mais que o juiz seria o sujeito passivo que se limitaria à neutral e apodíctica aplicação do direito àqueles factos. No fundo, ou eles eram oferecidos e a solução lógica seria uma; ou eles claudicariam com a consequência também lógica da omissão processual determinar a solução inversa²²⁷¹. E, nessa medida, o ónus de que se fala comportaria, a um tempo, uma dimensão objectiva, porquanto se dirigiria ao julgador como critério de decisão^{2272 2273}.

²²⁷⁰ Cf. FREITAS RANGEL, *O ónus da prova...* cit., p., 130

²²⁷¹ Para a compreensão da distinção entre o ónus da prova subjectivo e o ónus da prova objectivo, cuja origem remonta ao trabalho de ROSENBERG, cf. FREITAS RANGEL, *O ónus da prova...* cit., p. 128 e ss.; RITA LYNCE DE FARIA, *A inversão do ónus da prova...* cit., p. 10 e ss.

Sobre a doutrina de ROSENBERG, cf., ainda, KLAUS SCHLOBACH, *Das Präventionsprinzip ...* cit., p. 237 e ss. e GERT BRÜGGEMEIER, *Haftungsrecht...* cit., p. 614 e ss.

²²⁷² Cf. RITA LYNCE DE FARIA, *A inversão do ónus da prova...* cit., p. 10: “é o facto objectivo da ausência de prova no final do processo e não o facto subjectivo de não ter sido aquela parte a efectuar a prova que lhe trará desvantagens em termos processuais”.

Cf. MENEZES CORDEIRO, “Acidente de viação em auto-estrada...”, ... cit., p. 158, explicitando a regra fundamental negativa do ónus da prova e afirmando que, “uma vez que as normas só funcionam quando se verifiquem as respectivas previsões, o juiz não poderá aplicá-las quando não constate, no domínio dos factos, a ocorrência dos pertinentes acontecimentos. A decisão será contrária a quem pretenda a aplicação da norma”.

²²⁷³ Parece estar subjacente a esta ideia a teoria processual-substancial de ROSENBERG, a apontar, como critério de repartição do ónus da prova e de densificação da distinção entre factos constitutivos, modificativos e extintivos do direito, para a análise do direito substantivo aplicável. Cf. ROSENBERG/SCHWAB/GOTTWALD, *Zivilprozessrecht, ...* cit., p. 787 e ss.

Saliente-se, neste excurso, que a dicotomia traçada entre o ónus subjectivo e o ónus objectivo não aponta para duas realidades diferentes, mas para dois segmentos de uma mesma categoria jurídica, pois que “mesmo na situação em que se esteja perante um processo em que o ónus da prova se manifeste como meramente objectivo será necessário recorrer *in limine* – isto é, no momento da sentença – ao ónus subjectivo para saber quem teria tido de efectuar a prova, uma vez que esta na foi feita”²²⁷⁴.

Ligando-se a problemática à conformação processual ancorada na articulação entre o princípio do dispositivo e no princípio do inquisitório, a repartição do ónus da prova continuaria, não obstante, refractária de uma visão normativista da realização do direito. De facto, enquanto se postulasse aproblematicamente que o direito se aplicava a factos, na sua suposta neutralidade, a dimensão objectiva que se clama mais não seria do que uma decorrência necessária do não cumprimento do encargo compreendido em termos subjectivos.

Pense-se na causalidade, afinal, nosso tema central²²⁷⁵. Vista como um dos pressupostos da responsabilidade civil, caberia ao lesado a sua prova. Ou melhor, a prova dos elementos de facto que corresponderiam à categoria jurídica, eivada do cunho naturalístico a que já nos reportámos. Se não se conseguisse tal prova, obviamente decairia a pretensão daquele, porquanto inexistiriam todos os pressupostos de que depende.

O critério de decisão surge, nessa medida, eivado pelas notas do formalismo. Sem que tal corresponda, segundo cremos, ao melhor enquadramento da temática tendo por horizonte discursivo o nosso ordenamento jurídico processual e a concepção metodológica de que partimos.

Pois que não se limita a ser o corolário daqueloutra dimensão subjectiva, antes surgindo entretecido com as notas da materialidade predicativa da juridicidade. Na verdade, se já a repartição subjectivista do encargo é norteadada por preocupações

²²⁷⁴ Cf. RITA LYNCE DE FARIA, *A inversão do ónus da prova...* cit., p. 11. Vide, igualmente, PEDRO MÚRIAS, *Por uma distribuição fundamentada do ónus da prova*, Lex, Lisboa, 2000, p. 24 e 159 (o ónus da prova objectivo é o que determina de acordo com que versão se deve decidir quando não se apura a verdade dos factos; o ónus da prova subjectivo é o que determina sobre quem recai o referido encargo probatório. O primeiro pode ser encarado numa perspectiva objectiva, traduzindo-se num critério de decisão do julgador; e numa perspectiva subjectiva, configurando-se como um privilégio da parte que o sustenta – cf. p. 24. Refira-se, contudo, que o autor considera que hoje a referência ao ónus da prova subjectiva acaba por perder sentido em face da consagração, no artigo 515º CPC, do princípio da aquisição processual.)

²²⁷⁵ A este propósito, veja-se ROSSI, “Niente risarcimento se non è provato il nesso di causalità”, ... cit., p. 777 a 785. Cf. a ideia de não ressarcimento na ausência da prova da causalidade com o que à frente se dirá a propósito da causalidade possível.

atinentes ao justo²²⁷⁶, o que se verifica na prática realização do direito é as partes oferecerem uma determinada comprovação do âmbito de relevância concreto delimitado na pressuposição do sistema que a partir daquele mobilizam e sobre o qual juiz, cuja convicção assim se erige, irá fazer derramar o juízo que se mostrar materialmente justo.

Não são os diversos elementos da hipótese da norma que têm de vir provados, mas outrossim um conflito humano-mundanal concreto que deve ser invocado e recortado na relevância jurídica que o integra. Partindo-se do caso, deixados de lado os resquícios de um normativismo inconsonante com o modo como o direito vai pensado na sua polarização no problema concreto, importa, contudo, comprovar à luz das exigências de sentido comunicadas pelo sistema no desenho apresentado os elementos que o integram.

Note-se, por um lado, que a recondução da prova à pureza factual deixa de fazer aqui sentido, posto só acederem ao estatuto de factos a carecer de comprovação aqueles que, na postulação da intencionalidade do sistema, possam ser considerados como factos juridicamente relevantes. E, por outro, que, a ser assim, a concretização interpretativa do artigo 342º CC deixa de poder ser pensada à luz da teoria da normatividade^{2277 2278}.

²²⁷⁶ A que não são estranhas as hipóteses de inversão do ónus da prova que seguidamente referiremos.

²²⁷⁷ O artigo 342º CC consagra que “àquele que invocar um direito cabe fazer a prova dos factos constitutivos do direito alegado”, cabendo “a prova dos factos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito invocado (...) àquele contra quem a invocação é feita”.

²²⁷⁸ Sobre os critérios de concretização da dicotomia plasmada no citado preceito, cf. RITA LYNCE DE FARIA, *A inversão do ónus da prova...* cit., p. 26 e ss. Em especial sobre a *Normentheorie*, vide p. 29 e ss. Diz-nos a autora, a propósito dela, que, “caso não fiquem provados os factos que integram a previsão geral e abstracta da norma e que, como tal, constituem a sua base de aplicação, esta não poderá ser aplicada, com a consequência de o pleito ser decidido contra a parte que nela baseia a sua pretensão”.

Continuando a acompanhar a teoria forjada pelo jurista germânico e facultada pela análise de RITA LYNCE DE FARIA, veremos que o primeiro distingue as normas principais ou normas base e as contranormas. As primeiras seriam constitutivas de direitos e as segundas impeditivas, modificativas ou extintivas (Cf. p. 30). Nesta medida, “a prova dos pressupostos de facto das normas base incumbe ao autor, enquanto que o ónus da prova dos pressupostos de facto das contranormas pertence ao réu. O cerne da teoria está, assim, na distinção em concreto de quais as normas principais e as contranormas, já que estas poderão não se encontrar consagradas separadamente em preceitos diversos. Segundo ROSENBERG, o réu defende-se invocando uma contranorma sempre que invoca um efeito jurídico não incompatível com o que é alegado pelo autor, ou seja, a contranorma inclui no seu tipo legal a própria norma base, constituindo um raciocínio do tipo *sim-mas*. Deste modo, quando o réu se defende perante o pedido de restituição de uma determinada quantia, alegando que esta foi efectivamente mutuada mas que já prescreveu, está a invocar uma contranorma pelo que lhe competirá a prova da prescrição. Pelo contrário, se o réu se limitar a defender-se afirmando que o contrato realizado não era de mútuo mas sim de doação pelo que não deve nada ao autor, já será a este que compete a prova de que o contrato celebrado foi de mútuo. Não funciona, neste caso, uma verdadeira contranorma uma vez que os tipos legais são incompatíveis”.

Algumas notas se impõem acerca do critério pensado pelo insigne jurista. De notar, desde logo, a densidade com que ele surge matizado. Que não é destronada com a relativização a que conduz, já que ela mais não denota do que a pertinência do juízo à concretude do caso. É, porém, nesse ponto que avultam as dúvidas acerca da bondade da doutrina. Pois que, pese embora o afastamento da abstracção, é ainda a partir da norma que se estabelece a prova. Isto é, não só a norma é assumida na sua literalidade (cf. como

É para os factos que se orienta a prova. O mesmo é dizer que são eles que devem ser provados. Cada um dos litigantes apresenta diante do julgador os meios de comprovação dos factos de que possa beneficiar e dos quais possa resultar um desenho da realidade que justifique um determinado tratamento jurídico reivindicado.

A imposição do encargo probatório ao autor da lide relativamente a todos os factos constitutivos do seu direito, acompanhada do correspondente encargo que impende sobre o réu quando em causa estejam os factos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito que se invoca, mais não traduz, portanto, do que a refração em termos processualmente cunhados da estrutura dialéctica e analógica que entretece a questão-de-facto, enquanto pólo modelar do esquema metódico que acompanha a realização do direito²²⁷⁹.

Se toda a realização judicativo-decisória do direito vai resultar do confronto analógico entre um âmbito de relevância concreto e um âmbito de relevância hipotético, e se o primeiro é recortado pela pressuposição das exigências de sentido comunicadas pelo sistema já constituído e a constituir, não podendo, contudo, redundar numa alienação da realidade, antes a tendo de espelhar, então o que as partes litigantes fazem não é mais do que oferecer ao julgador essa projecção do ser sobre a qual o dever-ser vai exercer a sua influência normativa. Do jogo de alegações e contra-alegações, devidamente comprovadas, garante-se a correspondência entre os factos e o objecto do processo. E por isso se percebe que na dialéctica assim pensada cada um venha apresentar os elementos que lhe sejam benéficos.

claro indício disso o exemplo apresentado pela autora a p. 30, nota 89), como a prova que se busca visa a comprovação dos pressupostos dessas normas, a mobilizá-las em termos subsuntivos.

No fundo, seria a própria inconcludência do método jurídico pressuposto a determinar a imprestabilidade da doutrina. Em sentido próximo, cf. BERNARDO LOBO XAVIER, “Justa causa de despedimento: conceito e ónus da prova”, *Revista de Direito e Estudos Sociais*, ano XXX, nº1, 1998, p. 1-68, aqui p. 5, nota 8.

Também em sentido próximo, embora não coincidente, porquanto se limite a apontar a dificuldade de adopção do critério num ordenamento jurídico como o nosso em que as normas legais se não caracterizam pela clareza da sua formulação, cf. RITA LYNCE DE FARIA, *A inversão do ónus da prova...* cit., p. 31.

²²⁷⁹ De certo modo, o que cada um dos litigantes, parte no processo, faz é trazer à lide a sua versão dos acontecimentos, apresentando a correspondente prova.

A anotação perfunctória insta-nos a dois tipos de considerações. Por um lado, mostra a proximidade com uma estrutura de narratividade que foi cultivada, enquanto pretensa racionalidade especificamente jurídica, por autores como DWORKIN. Por outro lado, conduz-nos à problematização da diferença entre o ónus de provar o facto e o ónus de o alegar. Veja-se, quanto ao ponto, RITA LYNCE DE FARIA, *A inversão do ónus da prova...* cit., p. 16. Sustenta, aí, a autora que, mesmo nos casos em que se pode defender a inversão do ónus da prova, a alegação dos factos deve ser feita pela parte a quem ele aproveita. São suas as palavras: “apesar de ser verdadeiro que a parte que tem o ónus da prova tem naturalmente o ónus da alegação ou afirmação quanto a esses factos, já o contrário não é necessariamente correcto”. Também no sentido da não equivalência entre os dois ónus, cf. PEDRO MÚRIAS, *Por uma distribuição fundamentada do ónus da prova, ...* cit., p. 38 e RANGEL DE FREITAS, *O ónus da prova...* cit., p. 110.

O peso normativo da regra específica a que temos vindo a aludir, no tocante ao *onus probandi*, tem, pois, mais a ver com a posição do próprio julgador. A ele se dirige, oferecendo-lhe um critério guia de orientação da solução em casos duvidosos. Isto é, em todas aquelas situações em que no seu espírito não se forme com clarividência a convicção acerca do que realmente ocorreu, cabe-lhe, não denegar justiça, mas proferir-la, tendo em conta aquele que decaiu na prova. Se o autor do pleito vier invocar o direito à indemnização, cabe-lhe aduzir argumentos que sustentem a sua pretensão e, para tanto, cabe-lhe dispensar comprovadamente o desenho de um âmbito de relevância que justifique a assimilação pelo âmbito de relevância do sistema delitual.

A contrariedade da decisão a proferir relativamente aos seus intentos não se fica, pois, a dever a uma aplicação apodíctica da norma e seus elementos aos factos, tidos como correlatos lógicos da mesma, ou à ausência deles. O não ganho de causa ancora-se exclusivamente no facto de, fixado um determinado âmbito de relevância, ele suscitar ou não um dado tratamento de direito.

Parte o legislador, nessa dialéctica assim caracterizada, da ideia de que é encargo de cada um alegar e provar os contornos que justifiquem uma posição favorável²²⁸⁰.

²²⁸⁰ Sobre o ponto, veja-se a posição de KOHLER, *apud* FREITAS RANGEL, *O ónus da prova...* cit., p. 144 e ss. Sem quereremos aprofundar a problemática, porquanto a mesma esteja longe do nosso horizonte temático, revela-se interessante dar conta de que não há unanimidade entre os autores, pelo menos estrangeiros, no que toca à edificação de um critério estrito de repartição do ónus da prova. Para KOHLER, ali citado, “a doutrina da prova faz parte de um passado já ultrapassado, como uma derivação do sistema legal. Sustenta que as considerações de equidade aproximativa que inspiram as normas gerais referentes ao ónus da prova devem ser substituídas por considerações precisas de equidade, por obra do juiz. Este autor partindo da distinção entre factos constitutivos e extintivos refere que quem reclama uma obrigação tem de prová-la e, igualmente, quem pretende libertar-se dela deve, por seu lado, provar o cumprimento da obrigação ou o facto que produziu a extinção desta”.

Refira-se, pois, que a similitude não implica identidade, pelo que, e independentemente do mérito ou demérito da posição de KOHLER, importa reter que a materialidade a que se apela não é obviada pela consagração – em termos gerais – de um critério de repartição do ónus da prova. O vício que enforma o pensamento do autor parece residir, pois, a existir, na visão cristalizadora das regras legais, como se as mesmas bastassem na sua autonomia auto-suficiente. Mais se diga que a preocupação fundamentante e não formalizante patenteada pelo jurista é consentânea com o pensamento de outros autores que se dedicam a procurar o critério aludido.

Para uma crítica da posição do autor, cf. FREITAS RANGEL, *op. cit.*, p. 145 e ss.

Saliente-se, num assomo clarificador, que o busílis da questão aqui vincado não é outro senão o que pretende discorrer acerca da bondade ou não da consagração de tal critério. Não é a sua existência que se contesta, mas outrossim a competência de quem o deve edificar, oscilando as posições entre a ancoragem legal e jurisprudencial.

Veja-se, ainda, na mesma linha GIUSEPPE CHIOVENDA, *Istituzioni di Diritto Processuale Civile*, Napoli, 1933-1936, III, p. 88 e II, p. 503. Sublinhe-se, em nome da honestidade intelectual que, porque a matéria processual acaba por só incidentalmente contender com o nosso âmbito de análise, muitas das referências bibliográficas aqui registadas se devem ao prévio apontamento de FREITAS RANGEL, cujo trabalho, pese embora não concordemos com todas as coordenadas aí plasmadas, temos vindo a acompanhar. A partir dele, seguimos uma linha de investigação própria, buscando nas fontes citadas a sedimentação das nossas ideias, mas dele colhemos também indirectamente importantes contributos sobre o tema. Entre os autores a que acedemos directamente conta-se CHIOVENDA. E não deixa de ser paradigmático do que queremos

Donde, a não se conseguir tal desiderato, dá-se, não por sanção da sua inércia, mas por simples justiça, lugar a um juízo de não assimilação de âmbitos de relevância em confronto²²⁸¹. Na dúvida, é-lhe indicado o caminho a seguir para formar a sua convicção²²⁸².

Cremos ser este o melhor entendimento que se pode derramar sobre o problema. Sem pretensões de exaustividade ou novidade, sempre se dirá que os dados do ordenamento processual pátrio parecem depor nesse sentido. Na verdade, longe de uma segmentação rígida dos termos a provar, a arquitectura do processo civil português viabiliza que a prova dos factos possa provir da contraparte e bem assim da iniciativa do próprio tribunal²²⁸³. O que se procura é alcançar a verdade material e, entroncando

demonstrar – se em domínios juridicamente cunhados algo é demonstrável – aquilo com que nos confrontamos quando olhamos para a sua obra. É que, não remetendo para o domínio da *equitas* a solução do problema, nem por isso abdica de perscrutar a materialidade que subjaz à cisão entre factos constitutivos, modificativos, impeditivos e extintivos no plano da distribuição do encargo probatório. É que, bem vistas as coisas, o autor procura inteligir a intencionalidade do critério à luz da noção materialmente cunhada do interesse. No fundo, cada uma das partes alegaria e provaria os factos que queira ver considerados pelo juiz, restando serem os factos constitutivos aqueles que produzem certos efeitos jurídicos favoráveis ao autor da lide e os factos impeditivos ou extintivos aqueles que denotam a falha dos primeiros ou impedem a sua eficácia.

Para uma crítica, cf. FREITAS RANGEL, *O ónus da prova...* cit., p. 147. Para uma leitura superadora do posicionamento, veja-se ainda do autor, a pág. seguintes, o acompanhamento de juristas como CARNELUTTI e BETTI. Para o primeiro, teria o ónus de provar o facto quem tem interesse em alegá-lo. Para o segundo o critério do interesse na afirmação da prova prestar-se-ia a equívocos (cf. FREITAS RANGEL, *O ónus da prova...* cit., p. 148), pelo que prefere falar não do interesse na afirmação mas no ónus da afirmação, porque o réu tem interesse em afirmar a inexistência dos factos alegados pelo autor, não surgindo para ele o encargo de os provar, enquanto o segundo não apresente provas concludentes dos mesmos (cf. p. 149).

²²⁸¹ Sobre o ponto, cf. FREITAS RANGEL, *O ónus da prova...* cit., p. 46-47. Em comentário crítico a REDENTI, o autor salienta que “não é exacto que cada parte tenha a sua verdade (...). Não existe a verdade do juiz. A verdade processual pressupõe disputa de interesses com base na relação material controvertida. O juiz é uma parte desinteressada no desfecho da contenda processual. A verdade determinante para o ordenamento jurídico é a verdade das provas carreadas para o processo”.

Da afirmação do autor, podemos extrair algumas conclusões, a motivar outras lucubrações. Assim, aponta para o tópico da verdade, com tudo o que de problemático, se não mesmo dilemático, ele envolve, ao mesmo tempo que, na aparência, parece atestar dogmaticamente a ideia inscrita em texto. Sem que haja, porém, coincidência: a contemplação genérica dos seus escritos acaba por mostrar que o autor recusa a visão jurisprudencialista da normatividade para se ancorar ainda num ideário positivista ou pelo menos herdeiro do normativismo que o enforma.

No que à dimensão de *veritas* tange, teremos oportunidade de *infra* tecer algumas considerações adicionais, sem pretender, uma vez mais, até porque extemporâneo relativamente ao nosso âmbito de análise, daí extrair uma tese inovadora.

²²⁸² Em sentido contrário ao que vai implícito, cf. FREITAS RANGEL, *O ónus da prova...* cit., p. 103.

²²⁸³ Conforme salienta FREITAS RANGEL, “no triângulo processual, é possível, pela actividade de um dos intervenientes, suprir a lacuna probatória do outro sem que se chegue a colocar o problema do ónus da prova e dos seus efeitos” – cf. *O ónus da prova...* cit., p. 112.

No mesmo sentido, cf. RITA LYNCE DE FARIA, *A inversão...* cit., p. 11, a sustentar que “mesmo que a parte interessada na prova de um facto, por inércia, não o prove, isso não implica necessariamente que a sua pretensão venha a ser indeferida, desde que esse facto resulte provado da actividade instrutória da outra parte ou do juiz”. A sustentar o posicionamento, vejam-se os artigos 265º, nº3; 514º, nº2 e 515º CPC.

numa visão privatística do processo, remete-se para a auto-responsabilidade das partes a mobilização dos meios que a atestem.

Naquelas situações em que a evicção da incerteza se não obtém²²⁸⁴, há que encontrar expedientes que permitam a fixação de um âmbito de relevância concreto a partir do que se profere o juízo decisório. O que as regras atinentes à repartição do encargo probatório dispensam é a indicação do sentido com que aquele surge matizado. Sem que tal implique, não obstante, uma mera formalização da decisão dita factual. Julgamos não errar se adiantarmos, e perspectivando o discurso à luz da responsabilidade civil, que, na ausência de prova bastante por parte do autor da lide, o que resulta, *in fine*, não é uma mera decisão acerca da matéria dita de facto, mas um proferimento do justo tendo em conta a conformação do âmbito de relevância fixado. Ou seja, e dito de outro modo, o juiz não se abstém de decidir a causa, mas considera que, diante dos elementos apresentados, se não desvela a ilicitude, a culpa ou a causalidade²²⁸⁵.

Dois são, pois, os pontos de materialização do sistema. Por um lado, as regras a que temos vindo a fazer referência surgem, em geral e abstracto, informadas pelas notas predicativas da juridicidade. Por outro lado, elas jogam com a modelação do sistema – e no que à responsabilidade extracontratual concerne, do sistema delitual –, fazendo jus à ideia metodologicamente cunhada do condicionamento dialéctico entre a questão de

²²⁸⁴ Refira-se que, ao lidar-se com a questão da incerteza, há quem distinga dois tipos dela: a incerteza extrínseca (patente nos casos, por exemplo, em que o médico não faz determinado exame e só tardiamente descobre que o paciente sofre de cancro, vindo posteriormente a morrer da doença); incerteza intrínseca (relativa, por exemplo, à situação em que um bilhete de lotaria não é colocado no local onde seria extraído) – cf. PATRÍCIA HELENA LEAL CORDEIRO DA COSTA, *O dano da perda de chance e a sua perspectiva no direito português*, Coimbra, 2010, policopiado, p. 75 e ss. A dicotomia passa pela impossibilidade ontológica de, no segundo caso, se determinar qual o rumo dos acontecimentos, pressupondo, assim, os autores que, no caso do erro médico, é possível determinar teoricamente se o paciente se podia ou não curar. Trata-se, em nosso entender, de uma determinação abstracta que pouco atesta sobre o caso concreto. Por isso, não cremos que haja uma cisão tão profunda entre os dois casos nesta perspectiva. Ela existe, é certo, mas sob outro prisma.

²²⁸⁵ Quer isto dizer que, se recusámos fundadamente a visão normativista estrita que olhava para a prova como uma questão de comprovação dos elementos da hipótese normativa, não vamos ao ponto de considerar, em alternativa, que o problema se queda na prova de simples factos sem qualquer pertinência com o sistema. Sendo essa a posição já denunciada de FREITAS RANGEL, sempre se dirá que a mesma, invertendo os termos da questão, mais não faz do que viver imbuída dos mesmos pré-conceitos positivistas que contaminavam a primeira.

O que em texto fica expresso mostra, afinal, que a prova se dirige a factos, mas não atomisticamente assumidos. Antes factos que se oferecem na globalidade do recorte de um âmbito de relevância que se traça, se bem que relevando as especificidades do caso concreto e partindo dele, tendo em conta a pressuposição do próprio sistema. E o que na falta dessa comprovação resulta não é mais do que a antecipação do juízo decisório, concluindo-se pela não assimilação do âmbito de relevância assim definido por aqueloutro que, em abstracto, se extrai da norma, compreendida na dupla transcendência do caso e dos princípios.

direito e a questão de facto²²⁸⁶. Mais concretamente, no que ao segundo ponto respeita, é mister perceber que a repartição do ónus da prova só é inteligível no quadro mais amplo da problematização da prova como um todo e que esta fica dependente do objecto dela. Ou seja, e de um modo mais simples, prova-se algo e se esse algo perde a sua pureza factual a partir do momento em que os factos são perspectivados na óptica da pressuposição do sistema, não se estranha que a intencionalidade predicativa do direito surja ínsita ao momento processual em debate²²⁸⁷.

²²⁸⁶ Sobre a dilemática cisão entre questão de facto e questão de direito, cf., por todos, CASTANHEIRA NEVES, *Questão de Facto e Questão de Direito...* cit. V., igualmente, a bibliografia citada no capítulo introdutório a este propósito e, referindo-se à problemática no seio da interpretação do artigo 570º CC, BRANDÃO PROENÇA, *A conduta do lesado...* cit., p. 457 (uma vez que o autor convoca, aí, a posição jurisprudencial a propósito do artigo 563º CC).

²²⁸⁷ Cf., quanto ao ponto, FREITAS RANGEL, *O ónus da prova...* cit., p. 150. Referindo-se ao critério de BETTI, à luz do qual “ao autor incumbe alegar os factos em que fundamente a acção e ao réu alegar os factos que fundamentam a excepção”, o juiz português sustenta que o mesmo deve ser considerado numa dupla perspectiva – formal e material. Se a primeira se desenvolve na dialéctica processual, “o aspecto material do critério obriga-nos a atender ao alcance jurídico dos factos em conformidade com o direito substancial, isto é, tem que se ter em atenção a função que os factos desempenham na relação jurídica em causa segundo o direito substancial”.

Algumas notas suplementarmente se impõem a este propósito. Primeiro, parece FREITAS RANGEL reconhecer a dialéctica entre o sistema e a prova dos factos, embora, no ponto preciso, se limite à consideração dos critérios de distribuição do ónus probatório, ficando-se, ainda aí, na contemplação da norma em si mesma – agora uma norma de índole adjectiva. Por outro lado, ao relacionar o critério proposto com aquela outra teoria já considerada e expandida por ROSENBERG, indicia um apego à positividade. Segundo o seu testemunho, “como o juiz não pode aplicar uma norma jurídica sem se encontrarem provados os factos que esta norma pressupõe, isto significa que quem deduz uma pretensão em juízo e invoca determinada regra de direito como suporte dela tem de fazer a prova dos factos que condicionam a aplicação dessa regra” (cf. FREITAS RANGEL, *O ónus da prova...* cit., p. 151).

Creemos não ser correcto o entendimento, uma vez que ele implica quer a assunção da possibilidade de se interpretar a norma em abstracto, quer a manutenção da consideração dela em termos normativistas, predicados no jogo entre hipótese e estatuição, sem que com isso se consiga envolver o caso concreto na sua mobilização e interpretação. Melhor caminho se seguiria, pois, se atentássemos na lição de MICHELI, autor também citado por FREITAS RANGEL. Defende na sua obra que o importante é considerar a real posição das partes no processo, a partir do efeito jurídico que pretendem obter, deixando de lado a autista contemplação da relação jurídica abstracta (cf. GIAN ANTONIO MICHELI, *L'onere della prova*, Cedam, Padova, 1942, p. 454 e ss., citado por FREITAS RANGEL, *O ónus da prova...* cit., p. 151). No fundo, e recorrendo ao verbo de FREITAS RANGEL, “em vez de se tomar como referência a hipótese normativa abstracta que é susceptível de uma visão dupla, deve atender-se à hipótese normativa tal como a concretiza a pretensão deduzida pela parte, isto é, o efeito jurídico que, no caso concreto, a parte se propõe obter” (cf. *O ónus da prova...* cit., p. 152). Desconsidera o juiz português a *nuance* que aparta um protótipo discursivo do outro, obnubilando com isso as consequências práctico-normativas que a ancoragem metodologicamente sustentada pode acarretar. No fundo, parece não dar conta que afirmar, como faz, que “o juiz não pode aplicar uma norma jurídica se as partes não fizerem a prova dos requisitos constitutivos da hipótese de facto pressuposta por essa norma para a sua aplicação” não equivale a assumir que não há assimilação de âmbitos de relevância, pela falência do desenho concreto do caso que reclama uma solução análoga à que vai pensada na norma para uma situação do mesmo tipo. Ou seja, não só em termos teóricos se não pode provar algo que é abstracto, mas apenas o problema que justifica o juízo de analogia bastante, como tal clivagem se repercutirá em termos práticos, porque uma coisa é afirmar, e no que à responsabilidade civil concerne, que o lesado deve provar todos os pressupostos de emergência da sua pretensão indemnizatória, outra diversa é assentir que ele deve comprovadamente oferecer à lide o recorte de um âmbito de relevância concreto que redunde não apodicticamente naquela decisão de fundo. O que pode parecer não mais do que um preciosismo surge aos nossos olhos como não despidendo. Na verdade, como já se intui e em texto se desenvolverá, viabiliza-se assim uma maior flexibilidade probatória, fugindo-se, concomitantemente, da quase matemática prova dos factos

E se são essas as duas notas que orientam a visão colhida da matéria probatória, importa, portanto, escarpelizá-las ou pelo menos olhar para elas mais atentamente para, com isso, logarmos perceber qual a repercussão que os critérios anteriormente firmados em matéria de causalidade têm nesta sede²²⁸⁸ e, circularmente, sem que com isto estejamos a aderir a uma racionalidade de tipo hermenêutico, qual o modo como uma tomada de posição aqui se repercute ali²²⁸⁹.

Repare-se, contudo, que, em rigor, não é exclusivo desta visão bebida das lições de CASTANHEIRA NEVES a preocupação não formalista com a posição das partes. Se isso se denota, em geral, nos desvios à regra de distribuição do *onus probandi* e nas inversões positivamente consagradas dele²²⁹⁰, no que respeita em particular à

logicamente correspondentes aos elementos constitutivos da norma, na sua abstracção. É que, redundando isso numa mera subsunção inconsonante com o modo como perspectivamos a realização judicativo-decisória do direito, sempre teremos de considerar, a aceitá-la, que o lesado há-de provar a ilicitude, mais a culpa, mais o nexo de causalidade, mais o dano. Contrariamente, situando-nos no horizonte discursivo que aqui tentamos firmar, o lesado pode conseguir projectar comprovadamente a ideia de uma ligação causal necessária sem que logre provar a causa real do dano que aflorou. E, no fundo, nada se adianta, já que, vista a causalidade como uma categoria normativa, eivada pela eticidade contaminadora de toda a responsabilidade delitual, será sempre a assimilação de que se cura determinada pelo momento da analogia judicativa a que ela não pode ser alheia. Joga-se, aí, no fundo, a possibilidade de se “inverter” o encargo probatório sem se operar, no âmbito processual concreto, uma *revolução copernicana*. Sobre o ponto, maiores reflexões se imporão em texto. Tanto mais que a mesma inversão foi ponderada por quem se manteve fiel aos quadros tradicionais de intelecção do problema da prova processual.

Na concretização do problema por referência ao ordenamento jurídico português, FREITAS RANGEL diz que “não há que esquecer a relação de instrumentalidade existente entre o direito substantivo e o direito processual, sendo com base no direito substantivo que deve ser feita a determinação dos factos constitutivos”. O que questionamos, em tom dubitativo, é que seja possível a contemplação dos factos na sua correlação lógica com uma hipótese normativa. Antes a interpretação da norma em concreto vai levar a que os factos a provar sejam aqueles que mostrem uma analogia suficiente com o âmbito de relevância fixado pela norma. Donde se avenge que, uma vez aceite a mobilidade do sistema de responsabilidade delitual, a prova da causalidade possa decorrer da prova de outros pressupostos já oferecida pelo autor da lide.

Da lição do autor, veja-se ainda o ponto escarpelizado a pág. 160 e ss. Salienta aí que a repartição do ónus da prova tem em atenção a própria estrutura particular da acção, não se impondo sempre ao mesmo sujeito a prova dos mesmos factos. Em causa está, embora não exclusivamente, a dificuldade de distinção entre os factos constitutivos e impeditivos, a impelir o jurista para a apreciação do caso em concreto (p. 162). Simplesmente a concretude a que o autor alude parece não ter outro sentido que não a concretização da repartição do encargo, não se repercutindo em sede de determinação do objecto da prova, com todas as consequências daí advenientes e por nós já salientadas.

Cf. SALVATORE PATTI, “Ripartizione dell’onere, probabilità e verosimiglianza nella prova del danno da prodotto”, *Rivista di Diritto Civile*, 1990, p. 705 e ss.

²²⁸⁸ Cf. RICARDO DE ÁNGEL YÁGÜEZ, *Responsabilidad civil por actos médicos. Problemas de prueba*, Civitas, Madrid, 1999, p. 110, considerando que a compreensão do problema da prova do nexo de causalidade fica dependente de se saber o que implica tal pressuposto da responsabilidade civil.

²²⁸⁹ Vai adiantada, neste anúncio, a importância que, em termos práticos, assume a repartição do ónus da prova. Tal pode ser facilmente atestado pela leitura atenta de alguns acórdãos dos nossos tribunais superiores onde se assiste não raras vezes à não imposição de uma obrigação indemnizatória ao pretenso lesante pelo incumprimento do ónus que sobre o lesado recaía.

²²⁹⁰ A alusão feita às inversões às regras de distribuição do *onus probandi* só logra denotar a materialidade que lhe subjaz se olharmos para a regra com a mesma lupa. Ou, se quisermos sopesar de outro modo os termos da equação, é porque a regra é informada de um determinado sentido de valor a que

responsabilidade civil, onde se assiste, há longo tempo, e mesmo no quadro de um pensamento mais ortodoxo, a tentativas várias de desoneração da posição do lesado a quem, primacialmente, se imputa o encargo de provar os diversos pressupostos de procedência da pretensão indemnizatória, torna-se clarividente.

Estando identificado o mote das nossas considerações, cingiremos o discurso ao problema da causalidade²²⁹¹.

não é alheio o modo de ser do direito que, em determinadas situações, se deve abdicar dela, encaminhando-nos para a excepção.

Não é alheia ao que aqui fica implícito a preocupação dos autores de dotarem o julgador de um critério de distinção prático-normativa entre os factos constitutivos e os factos impeditivos. Atente-se, especialmente, no pensamento de VAZ SERRA quanto ao ponto (cf. VAZ SERRA, “Provas. Direito probatório material”, ... cit., nº110, p. 122 e ss.), apelando a uma ideia de normalidade.

Do mesmo modo que não é espúria a solução predisposta pelo artigo 344º, nº2 CC.

Sobre a justificação em geral para a inversão do ónus da prova, cf. RITA LYNCE DE FARIA, *A inversão do ónus da prova...* cit., p. 59 e ss. Fala-nos a autora de *razões de natureza particular*, “através das quais se pretende alcançar uma protecção para certas situações subjectivas merecedoras de tutela”, e de *razões de ordem pública*, “na medida em que se vise alcançar, essencialmente, uma mais eficaz prossecução da justiça através de um melhor desempenho da função judicial”. Entre as primeiras considera a “natural dificuldade ou quase impossibilidade para uma das partes de efectuar a prova de determinado facto, sendo por seu lado esta prova relativamente fácil de realizar para a outra parte no processo” (cf. p. 60), colhendo aí um argumento justificador das presunções de culpa do artigo 799º CC e dos artigos 491º, 492º e 493º.

Repare-se que, na exposição do seu pensamento, indica estar em causa a “prova da existência de um determinado estado psicológico da contraparte”, ao que acrescenta “é mais fácil ao réu provar que, embora este seja um facto negativo, o dano se produziu sem culpa sua do que ao autor provar o estado psicológico com que o réu actuou. O mesmo motivo fundamenta outras presunções de culpa, nomeadamente, no domínio da responsabilidade [extra]contratual (v.g. artigos 491º, 492º, 493º)”. Aceitando como *lapsus linguae* a referência à responsabilidade contratual, por nós corrigida, que antecede o elenco dos preceitos citados, sempre se terá de discordar com a posição expandida, porque, se a preocupação com a posição do lesado pode conduzir à alteração da regra da prova, não só a culpa não se capta por um qualquer estado psicológico, como nas hipótese normativas plasmadas nos dispositivos mencionados não será o agravamento das dificuldades a ditar a solução.

Adianta RITA LYNCE DE FARIA outros motivos alicerçadores do desvio, entre os quais a especial debilidade subjectiva ou objectiva de uma das partes da lide. Seria essa debilidade objectiva que, em muitas situações, ditaria a protecção do lesado numa acção de responsabilidade civil (cf. p. 61-62).

Creemos ter sido essa, aliás, a razão suficiente, aliada à dificuldade de prova em contextos determinados, para a busca incessante – de que daremos conta – em sede delitual de pilares ancoradores de presunções de causalidade. Sem que, aos nossos olhos, seja esse o fundamento das previsões normativas constantes dos artigos citados, pois, como bem o sabemos, é outra a nossa interpretação das normas, instando o jurista a considerar, numa visão não unilateral do fenómeno ressarcitório, a posição do próprio lesante e a esfera de responsabilidade que, ligando-se a uma liberdade compreendida em termos positivos, se edifica em seu torno.

²²⁹¹ Atente-se, no entanto, que a preocupação com a posição das partes não é exclusiva dos estratos do sistema que constituem a jurisprudência e a doutrina. Pois que, se ao nível da causalidade é essa a principal via de atenuação das exigências comunicadas ao lesado, noutras matérias, como seja a culpa, antecipa-se a inversão do ónus probatório, por via do que se considera, e sempre no quadro do pensamento tradicional, serem as presunções de culpabilidade.

Estas – e ressaltamos novamente o facto de termos um entendimento diverso sobre elas – resultam da consideração da particular vulnerabilidade do lesado, na dificuldade de prova e ainda na estabilização de um dado segmento de actuação que, pela sua natureza, torna justa a inversão que se consagra. Mais se diga que, dispensando uma outra interpretação, o que vai inscrito nas presunções de culpa delitual é também uma particular percepção da responsabilidade do lesante, assim se erigindo um diferente *Tatbestand* que se aparta da modalidade básica de ilicitude aquiliana, com aproximação da *faute* napoleónica.

Situemo-nos, para o que queremos argumentar, no cerne da posição tradicional, a um tempo, contaminadora da modelação da responsabilidade delitual e do modo de realização do direito, com incidência processual.

Dir-se-á que aos diversos elementos ou pressupostos da responsabilidade civil há-de ligar-se um determinado facto que funciona como o seu correlato na realidade. Ao autor da lide, o lesado, caberia a prova de cada um deles. Provando o facto, comprovava também o requisito, quedando-se a tarefa do juiz decidente num juízo subsuntivo que, tendo ou não em conta as particularidades do caso concreto, acabava por enublar as suas coordenadas específicas.

A imposição do encargo era consentânea com a estrutura cogitada, pois que, se todos os pressupostos referidos estribavam a procedência da pretensão formulada, seriam vistos como elementos constitutivos do seu direito à indemnização. Em sintonia se encontra, portanto, a solução pensada em sede aquiliana a propósito da culpa. Ao estabelecer que compete ao lesado a prova da culpa do autor da lesão, não se afasta o artigo 487º CC da regra a que se chegaria em geral. A norma revestiria um figurino declarativo, confirmando o que já se sabia. E reforçaria um pensamento análogo em matéria de causalidade.

A este propósito, embora de forma não unânime, tendo em atenção a formulação negativa da doutrina da causalidade adequada e as potencialidades que ela encerrava, era verbo corrente a afirmação doutrinal e jurisprudencial de que caberia ao autor a prova de que o dano tinha sido causado pelo pretense lesante ou, melhor dizendo e porque a maioria dos juristas se afastou da busca de uma causa real, de que era normal e adequado que um dano daquele tipo tivesse resultado de um comportamento como o levado a cabo²²⁹².

Classicamente, poder-se-ia, pois, dizer que são duas as vias flexibilizadoras: uma legal e uma jurisprudencial.

Mais se diga que o que vem identificado como uma via flexibilizadora acaba por ser bebedora da influência de todos os autores que, debruçando-se sobre a problemática, recusam, não obstante a aceitação do critério legal de repartição do *onus probandi*, a sua automática mobilização, antes o interpretando à luz das noções de justo.

²²⁹² Recordemos, a título explicativo, a formulação negativa da doutrina da causalidade adequada. Informando-se, ainda, por uma noção de adequação, com a origem já atrás firmada, procura saber se o comportamento do lesante foi ou não irrelevante para a produção do dano. Dois são, portanto, os caminhos viáveis para operar a inversão do ónus da prova. Ou se entende que, em regra, um determinado comportamento nunca é inócuo para a produção do dano, descontada que seja a interferência de elementos perturbadores, os quais, a existirem, teriam de ser provados pelo réu, lesante, porquanto os mesmos sejam vistos como impeditivos do direito. Ou se pensa, *a contrario*, que o direito ao ressarcimento ficaria dependente da prova da não indiferença do primeiro em relação ao segundo, enredando-nos, *in fine*, na problemática da prova dos factos negativos. Saber se a comprovação prático-normativa deles compete ao autor ou ao réu do processo é matéria controversa que tem originado

Foi, pois, a regra que motivou preocupações acrescidas com a posição do lesado que, *maxime* por referência a determinados nichos problemáticos, se via diante ou de uma conspiração de silêncio impeditiva da lograda consecução da sua missão ou diante da diabólica incerteza agigantadora das dificuldades em matéria probatória^{2293 2294}. Pense-se, a título exemplificativo, na responsabilidade médica^{2295 2296 2297 2298 2299 2300}.

múltiplos escritos. Sobre o ponto, veja-se RITA LYNCE DE FARIA, *A inversão do ónus da prova...* cit., p. 63 e ss. Não podemos concordar com todos os argumentos expendidos pela autora, os quais, denotando alguns dos pré-conceitos positivistas, ainda nos levam à consideração de categorias próprias do pensamento tradicional como as lacunas ou a impossibilidade de aplicação analógica de normas excepcionais.

²²⁹³ Sobre o ponto, cf. PAOLO CENDON/PATRIZIA ZIVIZ, “L’inversione dell’onere della prova nel diritto civile”, *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, anno XLVI, 1992, p. 757 e ss. Falando da figura da inversão do ónus da prova, os autores apresentam-nos algumas finalidades do instituto: a) valorização de certos interesses (procura da verdade enquanto garantia da justiça; interesse complexo da circulação da riqueza, tendo também em conta a redução dos custos que devem ser suportados pela comunidade com o processo); b) equilíbrio através do processo de eventuais desequilíbrios existentes entre as partes conflituantes (favorecimento de uma das partes); c) salvaguarda da posição individual de um dos contendentes. No que à responsabilidade civil respeita, os autores sublinham especificamente a necessidade de protecção do interesse da vítima que esteve envolvida no ilícito. Também as dificuldades probatórias são, segundo o seu testemunho, motivo bastante para justificar a inversão de que se cura (cf. p. 784). Refira-se, *in fine*, que os autores falam, ainda, de casos de inversão do ónus da prova baseados numa adequada distribuição do risco, de que seria exemplo a presunção da igualdade de culpas na hipótese de responsabilidade solidária (cf. p. 771).

Veja-se, igualmente, PAOLO CENDON, “Circostanze incerte e responsabilità civile”, ... cit., p. 1251 e ss., referindo-se ao favorecimento da vítima como fundamento para a inversão do ónus da prova. Escalpelizando esse fundamento, o autor fala, não só da natureza do interesse lesado, como de factores inerentes à esfera do lesante, como sejam a existência de actividades arriscadas para a segurança alheia e a ideia de que o delito não deve compensar. Ora, se não se acautelasse a posição da vítima, o lesante poderia, beneficiando-se das regras probatórias, estabelecer um cálculo económico para ver se a lesão compensava. Também a defesa da integridade físico-psíquica e a tutela dos direitos de personalidade pode justificar o afrouxamento das regras em matéria probatória.

Note-se, porém, que PAOLO CENDON evidencia não ser esta uma perspectiva unívoca. Ao lado dela, coexiste uma outra de favorecimento do lesante (cf. p. 1261): trata-se de, em sede probatória, não desencorajar actividades que são meritórias, ou que devem ser aceites com relativa facilidade, como no caso de intrusões de tipo altruista.

É nesta senda que o autor relembra o critério do *best avoider*, por nós considerado quando nos detivemos, *brevi momenta*, nas lições da análise económica do direito (cf. p. 1265 e ss.) e faz repercutir em sede adjectiva a repressão do dolo e da culpa grave.

Mais do que a sistematização das vias de resolução do dilema acerca de sobre quem deve recair a incerteza processual com que tantas vezes o juiz é confrontado, as palavras de CENDON têm o mérito de nos chamar à atenção para um dado importantíssimo. Na verdade, na impossibilidade de, em abstracto, se poder optar entre a posição pretensamente mais frágil do lesado e uma posição eventualmente meritória do lesante, há-de ser à luz do fundamento último da responsabilidade que se deve iluminar a discussão. A panóplia de argumentos inconciliáveis avançados pelo autor tem a virtualidade de nos chamar à atenção para isso mesmo: para a urgência de repensar as questões colocadas pela incerteza processual à luz materialmente densificada dos fundamentos do próprio instituto com que lidamos.

A este propósito, veja-se JOACHIM P. KNOCH, *Arzthaftung, Produkthaftung, Umwelthaftung...* cit., p. 37 e ss., questionando se a atenuação das exigências probatórias tem natureza processual ou substantiva e considerando que, no segundo caso, pode e deve a formulação permanecer no quadro da respectiva área do direito material.

²²⁹⁴ Cf. HANS STOLL, “Haftungsverlagerung durch beweisrechtliche Mittel”,... cit., p. 161, considerando que devem ser ponderadas algumas soluções – interpretação do § 287 ZPO; inversão do ónus da prova; provas *prima facie* – de modo a facilitar a posição do lesado, uma vez que se mostra contrário aos fins do direito delitual um sistema que impeça na prática, pelas dificuldades de prova, a efectivação dos direitos do lesado.

Cf., também, TEIXEIRA DE SOUSA, *As partes, o objecto e a prova na acção declarativa*, Lex, Lisboa, 1995 p. 217, mostrando-se cauteloso e alertando que importa encontrar outro fundamento para a inversão do ónus da prova para além da necessidade de garantir a posição da vítima.

²²⁹⁵ Não é, de facto, estranho que seja este um dos domínios onde, com acutilância, se colocaram questões atinentes à causalidade. Sublinhe-se, porém, que as mesmas resultam ainda de uma diversa equação dos pressupostos ressarcitórios e bem assim de uma outra estrutura de acção que matiza a obrigação de indemnização a que haja lugar com contornos diferentes.

De qualquer modo, sempre haverá que reconhecer a força irradiante que o especial exerce sobre o geral, de tal modo que muitas das soluções pensadas em matéria sanitária podem ser aproveitadas – sempre que a intencionalidade predicativa da juridicidade o justifique ou até o imponha – para discorrer sobre a causalidade.

Veja-se, sobre o ponto, *inter alia*, ELENA BURGOA, “A cabeça de Jano e a negligência médica. O caso português”, *Sub iudice, Justiça e Sociedade*, nº13, 1998, p. 75 e ss., em especial p. 82, considerando que, “apesar de se verificar um aumento de cerca de 50% do número de acções de responsabilidade médica, raras foram as acções consideradas procedentes. E isto deve-se ao facto de as vítimas terem enormes dificuldades práticas em provar o nexo de causalidade entre a culpa e o dano. Essa prova também suscita dificuldades aos juízes, pois pressupõe uma apreciação técnico-científica que foge ao seu domínio porque a prova terá que revestir natureza pericial – artigo 388º CC”. Com este enquadramento, ELENA BURGOA anuncia que se começa a ponderar a hipótese de uma responsabilidade médica objectiva, onde o fundamento não é a culpa, mas o risco, o que implicaria que os profissionais de saúde estivessem obrigatoriamente cobertos por um seguro: “o essencial do modelo consistiria em transferir a competência dos tribunais para as seguradoras. Não ficaria, contudo, excluída a possibilidade de o lesado interpor nos tribunais uma acção de responsabilidade” (cf. p. 83). Sobre o ponto, veja-se a crítica que tecemos à hipótese no cap. VII.

Veja-se, ainda, RANIERO BORDON, “Il rapporto di causalità nella malpractice medica”, *Il risarcimento del danno non patrimoniale*, tomo II, Utet, 2009, cap. XLIV, e “L’aumento di rischio in un caso di responsabilità medica”, *Responsabilità civile e previdenza*, nº3, 2000; M. GRONDONA, “Responsabilità del medico, nesso di causalità, risarcimento del danno morale riflesso: la Cassazione fa il punto”, ... cit., p. 157 a 165; Schiemann, “Kausalitätsprobleme bei der Arzthaftung”, *Festschrift für Claus-Wilhelm Canaris zum 70. Geburtstag* (HELDRICH/PRÖLSS/KOLLER, Hrsg.), Band I, Beck, München, 2007, p. 1161 e ss.

²²⁹⁶ Sobre a prova ao nível da responsabilidade médica, cf., com amplo desenvolvimento, JOSÉ RIBEIRO DE FARIA, “Da prova na responsabilidade civil médica. Reflexões em torno do direito alemão”, ... cit., p. 115-195. Do autor, v., ainda, “Novamente a questão da prova na responsabilidade civil médica”, *Estudos de Direito das Obrigações e Discursos Académicos*, (MARIA PAULA RIBEIRO DE FARIA/LUÍS MIGUEL PESTANA DE VASCONCELOS, coord.) U. Porto Editora, 2009, p. 201 e ss.

Foi longo o caminho trilhado em solo germânico a propósito do tema anunciado. Numa primeira fase, recusa-se a inversão do ónus da prova ainda que em causa esteja o comportamento de um médico, ao que se seguiu uma tentativa de estender a inversão do ónus da prova da culpa às obrigações de meios (cf. p. 121).

Adverta-se que o autor inicia o seu estudo inserindo-se no âmbito contratual, considerando que o não cumprimento contratual que se traduza no não cumprimento de uma obrigação de meios redundará afinal numa violação positiva do contrato, aproximando-se paulatina e claramente da responsabilidade extracontratual e com isso colocando problemas acrescidos, designadamente em matéria de repartição do ónus da prova. Em causa está, não só o aprofundamento da querela que, dividindo os autores, incide sobre a aplicabilidade ou não da regra da inversão do encargo probatório da culpa no domínio negocial, como também problemas atinentes à causalidade que, atingindo-a profundamente, põe “a nú muitas vezes (...) a complexidade do próprio conceito” (cf. p. 118). Percebe-se, por isso, que ao longo de todo o estudo sejam variados os apelos à dicotomia aludida.

No quadro daquela segunda posição, ao paciente lesado caberia provar a ilicitude e a culpa. Só que, de acordo com a lição do insigne civilista, nem por isso os problemas ficariam solucionados porquanto, por um lado, culpa e ilicitude tendessem a convergir, excepto para quem, como os finalistas, defendesse uma concepção concreta de culpa (cf. p. 123), e por outro, àquele paciente coubesse provar a causalidade, incidindo aí a maior dificuldade (cf. p. 124).

O problema da prova ao nível da responsabilidade médica passa, pois, a confundir-se com a questão da prova da causalidade a esse nível.

Acerca do cumprimento do ónus da prova na responsabilidade médica, *vide*, ainda, *inter alia*, UTE GRAF, *Die Beweislast bei Behandlungsfehlern im Arzthaftungsprozess*, VVF, München, 2001; EUGENIO LLAMAS POMBO, *Prueba de la culpa medica en derecho español*, Salamanca, 2001 (polic.). Cf.,

igualmente, HONORÉ, “Causation and disclosure of medical risks”, *Law Quarterly Review*, n.114, 1998, p. 52 e ss., e, entre nós, MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, “Sobre o ónus da prova nas acções de responsabilidade civil médica”, *Direito da Saúde e Bioética*, Lisboa, 1996, p. 121 e ss., em especial p. 140 e ss. [segundo o autor, nas situações em que, de acordo com um critério de normalidade, o dano seja imputável à conduta negligente do médico, este deverá provar que a sua conduta não foi causa adequada dele]; MANUEL ROSÁRIO NUNES, *O ónus da prova nas acções de responsabilidade civil por actos médicos*, 2ª edição, Almedina, Coimbra, 2007, em especial p. 23 e ss., referindo-se às “propostas doutrinárias que facilitam o ónus probatório a cargo do paciente” [no que à causalidade concerne, MANUEL NUNES afirma que “a comprovação do nexa causal entre os danos e a conduta negligente assume-se como particularmente difícil quando estamos perante domínios de actividade dependentes do desenvolvimento tecnológico, como é o caso da actividade médica (...), e propõe *de iure constituendo* a inversão do ónus da prova do paciente, na esteira da solução consagrada na proposta de Directiva Comunitária sobre a responsabilidade do prestador de serviços (a propósito da directiva, veja-se CASTRONOVO, “La responsabilità del prestatore di servizi nella proposta di direttiva comunitaria”, *Foro Italiano*, V, 1994, p. 273 e ss.). Cf. p. 75 e ss. Particularmente interessante no que toca à proposta de directiva comunitária, cf. LUÍS FILIPE PIRES DE SOUSA, “O ónus da prova na responsabilidade civil médica ...”, ... cit. Trata-se da proposta de Directiva apresentada pela Comissão a 9 de Novembro de 1990. Acerca da responsabilidade do prestador de serviços, *vide*, igualmente, GIOVANNI DI ROSA, “Linee di tendenza e prospettive in tema di responsabilità del prestatore di servizi”, *Europa e diritto privato*, 3/1999, p. 687-745]; GENNARO GIANNINI, “Onere della prova e responsabilità professionale medica”, *Responsabilità civile e Previdenza*, LVII, 1992, p. 177 e ss.; RANIERO BORDON, “Una nuova causalità...”, ... cit, falando da questão da inversão do ónus da prova em especial nos casos de responsabilidade médica e olhando, a este propósito, para a jurisprudência (sentença de 11 de Janeiro de 2008, sez. Unite civile; Cass. civ. 13 de Abril de 2007; Cass. civ. 5 de Julho de 2004); GREGOR CHRISTANDL, „BHG, 12 febbraio 2008, VI ZR 221/06 (OLG Saarbrücken) – Responsabilità medica causalità e onere della prova nel diritto tedesco”, *Persona e danno*, www.personaedanno.it/cms/data/articoli/010849.aspx; LUÍS FILIPE PIRES DE SOUSA, “O ónus da prova na responsabilidade civil médica ...”, ... cit.; BERNHARD ALEXANDER KOCH, „Alternatives to full proof of causation. An overview for the biomedical research scenario“, *Liability for and Insurability of Biomedical Research with Human Subjects in a Comparative Perspective* (JOS DUTE/M. FAURE/H. KOZIOL, ed.), Wien/New York, 2004, p. 360 e ss.; LARENZ, *Lehrbuch...* cit. I, p. 517; HELMUT WEBER, *Der Kausalitätsbeweis im Zivilprozess*, Mohr, München, 1997, p. 181 e ss. e 231 e ss.; JOACHIM P. KNOCH, *Arzthaftung, Produkthaftung, Umwelthaftung...* cit., p. 23 e ss.; RUTE TEIXEIRA PEDRO, *A responsabilidade civil do médico...* cit., p. 152 e 155, considerando que, além de o jurista ter de valorar factos muitas vezes incertos, não reconhecendo “a incapacidade do juízo humano para alcançar verdades absolutas e certezas inabaláveis”, os problemas agigantam-se pelo facto de intervir a causalidade médica e patológica.

De notar que os problemas que giram em torno do ónus da prova ao nível da responsabilidade médica não são específicos da causalidade, antes contaminando a comprovação da culpa. Sobre o ponto, não esquecer o debate que tem dividido os autores a propósito das obrigações de meios e das obrigações de resultado (de que já demos conta anteriormente) e bem assim acerca da possibilidade, ou não, de aplicação de certas presunções legais, como a constante do artigo 493º CC a estas situações. Sobre o ponto, cf., *inter alia*, J.C. MOITINHO DE ALMEIDA, “A responsabilidade civil do médico e o seu seguro”, *Scientia Iuridica. Revista de Direito Comparado Português e Brasileiro*, tomo XXI, 1972, p. 327 e ss. (considerando que a maioria das relações entre médico e paciente assumem natureza contratual – com excepção das situações de intervenção sem que o doente ou parentes próximos o tenham solicitado, actuando o clínico como gestor de negócios, cuja culpa se aprecia em concreto – e que as obrigações geradas se devem qualificar como obrigações de meios – com excepção de algumas hipóteses, entre as quais conta aquelas em que “o cumprimento é alheio a uma investigação científica, limitando-se à observância de regras técnicas, como é o caso do laboratório que faz uma análise; uso de aparelhos para tratamento; transfusões de sangue –, pelo que parece que, por esta via, não se deve fazer impender sobre o profissional de saúde o ónus de provar que actuou com os cuidados exigidos). Veja-se, também e novamente, JORGE FIGUEIREDO DIAS/JORGE SINDE MONTEIRO, “Responsabilidade médica em Portugal”, ... cit., p. 45; SINDE MONTEIRO E MARIA MANUEL VELOSO, Portugal, *Cases on Medical Malpractice...* cit., p. 177; LUÍS FILIPE PIRES DE SOUSA, “O ónus da prova na responsabilidade civil médica...”, ... cit. Cf., igualmente, MAFALDA MIRANDA BARBOSA, “Notas esparsas sobre responsabilidade civil médica. Anotação ao Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 22 de Maio de 2003”, *Lex Medicinæ Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, ano 4, nº7, 2007, p. 119-150 e ÁLVARO GOMES RODRIGUES, “Reflexões em torno da responsabilidade civil dos médicos”, *Revista Direito e Justiça*, XIV, 2000, p. 209 e ss.

²²⁹⁷ A diabólica incerteza probatória a que aludimos não é, porém, exclusiva da responsabilidade médica. A este propósito, cf., uma vez mais, PAOLO CENDON, “Circostanze incerte...”, ... cit., p. 1273, considerando que um dos elementos cuja prova é mais dilemática é a causalidade e sublinhando que a dificuldade se prende, sobretudo, com o estabelecimento da causalidade jurídica, isto é, com o problema de saber se a acção ou omissão basta, de *per si*, para suportar uma imputação de responsabilidade. Ao que acresce não serem menos dilemáticos os casos de causalidade natural, ou seja, aquelas situações em que não se sabe ao certo o que aconteceu – “uma incerteza que pode resultar do comportamento do lesante, da conduta da vítima, da acção de um terceiro ou de um facto natural”.

Acerca das dificuldades de prova da causalidade em casos de omissão, *vide*, também, REALMONTE, *Il problema del rapporto di causalità* ... cit., p. 130 e ss.

Cf., também, FLORENCE G’SSELL-MACREZ, *Recherches*... cit., p. 585 e ss., considerando que a dificuldade do julgamento causal reside no facto de ele nem sempre se apresentar como certo – “como não vivemos num mundo determinista, nunca obteremos certezas absolutas; jogamos com probabilidades e o que queremos é criar um grau de convicção no juiz”; e p. 596 (referindo-se às situações complexas em que um evento preciso não pode ser estabelecido ou em que o autor do dano não pode ser identificado).

²²⁹⁸Veja-se, também, no quadro do ordenamento jurídico espanhol, RICARDO DE ÁNGEL YÁGÜEZ, *Responsabilidad civil por actos médicos*... cit., p. 109 e ss. Salienta o autor que “el Tribunal Supremo há dicho que la determinación de la existencia de nexo causal entre la acción y el daño, en cuanto perteneciente al ámbito de la *quaestio iuris*, es un juicio de valor que está reservado a los tribunales”

²²⁹⁹ Cf., também, HERMANN LANGE/GOTTFRIED SCHIEMANN, *Handbuch des Schuldrechts*... cit., p. 161. Reiterando que a regra processual nos remete para a ideia de que o lesado deve provar todos os pressupostos delituais, os autores mostram como as questões da *Rechtswidrigkeitszusammenhang* e da *Schutzzwecklehre* estão submetidas à apreciação judicial e como aquela regra é quebrada em diversas hipóteses. Entre elas, salientam a prova da responsabilidade médica (p. 164). Dizem-nos, então, que nesse nicho dogmático se assiste a uma facilitação do encargo probatório, não sendo, contudo, absolutamente claro se estamos diante de uma facilitação do ónus da prova ou se em causa está a prova do *fumus bonus iuris*. Numa situação de grave erro médico, que, pela sua natureza, é susceptível de causar o prejuízo, cabe ao médico provar que o dano primário não repousa nessa falha. Note-se que, se o tratamento da questão probatória é aqui justificado pela dificuldade de prova enfrentada pelo paciente – numa situação de défice informacional –, acaba por convergir com esta ideia o critério da culpa grosseira do médico [cf. p. 164, onde LANGE e SCHIEMANN nos explicam que a culpa é grave se, a partir de uma óptica objectiva, não é compreensível, nem razoável que tal erro não tenha sido contornado. Deve ter-se em conta a situação concreta, considerando-se, igualmente, que em causa não estão os danos que, em relação ao comportamento, se mostrem óbvios ou típicos, não sendo também suficiente que o nexo causal seja em teoria pensável – o comportamento há-de aparecer seriamente como causa. Os insignes civilistas têm, ainda, oportunidade de frisar que a solução se aplica em geral, apenas, à lesão primária, só excepcionalmente se estendendo às lesões secundárias], dado que não é imune a críticas, por se importar para o sistema de imputação momentos sancionatórios estritos.

²³⁰⁰ Pense-se, ainda, nos problemas atinentes à responsabilidade do produtor. Acerca da dificuldade da prova do nexo de causalidade no seio da responsabilidade do produtor, cf. CALVÃO DA SILVA, *Responsabilidade civil do produtor*... cit., p. 711 e ss., admitindo mesmo que, uma vez feita a prova do defeito e do produto, a referida prova se possa traduzir num mero juízo de probabilidade; DIANA MONTENEGRO DA SILVEIRA, *Responsabilidade civil por danos causados por medicamentos defeituosos*...cit., p. 165, questionando da viabilidade da admissão da prova *prima facie* desde que se prove o defeito e o dano (cf., também, p. 166, onde cita o acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 27 de Fevereiro de 2007, que vem, em sede jurisprudencial, dar acolhimento às ideias de flexibilização do ónus da prova por parte do lesado). Cf., na última obra citada, p. 183 e ss., evidenciando os problemas que o lesado enfrenta, nesta sede, quando o produto defeituoso é um medicamento. Note-se que, a par das dificuldades de determinação da origem do dano (foi ou não o medicamento o responsável pela lesão? Será que ela não se deveu a uma característica específica do lesado? A uma reacção alérgica?), neste âmbito de actuação são frequentes os problemas atinentes à identificação do autor do dano. cf. p. 189 e ss. Veja-se, ainda, no ordenamento jurídico alemão, a Lei da responsabilidade civil por produtos defeituosos de 15 de Dezembro de 1989 (*ProdHaftG*). Vigorava já a Lei do Medicamento de 24 de Agosto de 1976 (*Arzneimittelgesetz*), entretanto alterada pela Segunda Lei de modificação do direito alemão dos danos, de 19 de Julho de 2002. Com esta, introduz-se no quadro normativo germânico uma presunção de causalidade, estabelecendo-se que, quando o medicamento seja adequado, de acordo com as circunstâncias do caso, a causar o dano, se presume a causalidade. O produtor poderá, por seu turno, excluir a responsabilidade provando que não foi o seu medicamento que casou o dano ou que existe outra

Um dos caminhos trilhados passou pela busca e descoberta de presunções de causalidade que atenuassem as dificuldades probatórias com que o paciente lesado se confrontava^{2301 2302}. E nessa direcção, advogou-se a possibilidade de se lançar mão das chamadas presunções *prima facie*, *Anscheibeweis*, no direito alemão²³⁰³, que

circunstância que, em concreto, era idónea a gerar a lesão. Cf. DIANA MONTENEGRO DA SILVEIRA, *Responsabilidade civil por danos causados por medicamentos defeituosos...cit.*, p. 176 e ss.

²³⁰¹ Um dos fundamentos para o estabelecimento de presunções de causalidade passaria pela constatação da probabilidade de existência de umnexo causal. Sobre o ponto, cf. CHRISTOPHE QUÉZEL-AMBRUNAZ, *Essai sur la causalité... cit.*, p. 255.

²³⁰² Para um elenco das possíveis técnicas de facilitação probatória, para além da assunção da teoria da perda de chance, a que aludiremos *infra*, cf. PATRÍCIA HELENA LEAL CORDEIRO DA COSTA, *O dano da perda de chance... cit.*, p. 91 e ss.: a) provas por presunções admitidas no artigo 351º CC; b) regra do *id quoad plerumque accidit* (o que é evidente não necessita de demonstração, pelo que quem alega o curso normal dos acontecimentos está dispensado de provar); c) prova *prima facie*; d) regra *res ipsa loquitur* (“assenta em evidências circunstanciais, na medida em que, perante os específicos contornos do caso concreto, e à luz da experiência e conhecimentos comuns, é possível extrair uma inferência sobre a verificação de determinada factualidade”. Sobre o ponto, cf., ainda, LUÍS FILIPE PIRES DE SOUSA, “O ónus da prova na responsabilidade civil médica”, ... cit., referindo-se também à teoria do dano desproporcionado, como sinónima daquela, e explicando que, “segundo esta teoria, quando os factos, atentas as circunstâncias em que se produziram, falam por si mesmos não é necessário que fale o homem. Presume-se a negligência médica quando, na sequência da prática de um acto médico, o paciente sofre um dano que é de tal modo desproporcionado que só pode explicar-se se se entender que é o resultado de *mala praxis*. Presume-se a culpa do causador do dano quando este é um facto excepcional de acordo com o normal suceder e com as máximas da experiência, de tal modo que o dano revele indutivamente a penúria dos meios empregues ou a falta de diligência, segundo o estado da ciência e as circunstâncias de tempo e lugar em que ocorreu”. Como exemplos, o autor apresenta as seguintes situações: objectos deixados no interior do paciente após a realização de uma intervenção cirúrgica; lesão de outras áreas do corpo mais ou menos próximas da que está a ser objecto de tratamento; extracção de uma parte do organismo que não devia ser extraída; queda de dentes pelo tubo digestivo; infecções derivadas da não esterilização dos instrumentos utilizados; omissão da realização de radiografias em casos que indiciam a existência de fracturas; a ocorrência de uma hepatite como consequência de uma operação de apendicite; a ocorrência de uma infecção geral como consequência do tratamento de uma amigdalite; uma intoxicação alumínica em doente hemodializado. E adianta que, “perante a ocorrência destes factos, caberá ao médico – para eximir-se da culpa e para afastar o nexode causalidade – provar que a causa do dano esteve fora da sua esfera de acção, que não é responsável pelo nexode causal gerador do dano. Ou seja, cabe-lhe silenciar a eloquência dos factos, apresentando uma explicação razoável para os danos sofridos pelo autor, expurgada de qualquer intervenção negligente da sua parte”); e) teoria do aumento do risco (“parte do princípio de que o comportamento do agente criou objectivamente o risco de desencadeamento da lesão, suavizando o standard probatório, baixando o nível de probabilidades que normalmente seria necessário para ter por certo o facto da causalidade. É diferente da técnica presuntiva de facilitação da prova, porque esta não altera a teoria geral da causalidade”, enquanto “a primeira adopta uma correcção ou modulação pontual da conceção geral da causalidade física” – cf. p. 93); f) inversão do ónus da prova (tida pela autora como uma versão mais radical da teoria da criação ou do aumento do risco).

Cf., ainda, e novamente, LUÍS FILIPE PIRES DE SOUSA, “O ónus da prova na responsabilidade civil médica”, ... cit., referindo-se às situações de inversão do ónus da prova na sequência do extravio ou destruição da ficha clínica do paciente, que torne inviável a realização da prova por parte do lesado.

Veja-se, igualmente, a problemática da aplicação da presunção de prova do artigo 493º às situações de responsabilidade médica. A esse propósito, cf. MAFALDA MIRANDA BARBOSA, “Notas esparsas sobre responsabilidade civil médica. Anotação ao Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 22 de Maio de 2003”, ... cit., p. 119-150.

²³⁰³ Cf., sobre o ponto, GERT BRÜGGEMEIER, *Haftungsrecht... cit.*, p. 615 e ss. Veja-se, ainda, HERMANN LANGE/GOTTFRIED SCHIEMANN, *Handbuch des Schuldrechts... cit.*, p. 161 e ss., em especial p. 173 e ss. e, em geral, PAWLOWSKY, *Der prima-facie-Beweis bei Schadensersatzansprüchen aus Delikt und Vertrag*, 1966.

corresponderiam, *grosso modo*, às presunções judiciais de que se fala comumente no nosso ordenamento jurídico^{2304 2305 2306 2307 2308}.

²³⁰⁴ Cf. RIBEIRO DE FARIA, “Da prova na responsabilidade civil médica...”, ... cit., p. 125.

Para uma distinção entre as presunções legais e as presunções judiciais, cf., *inter alia*, CASTO MENDES, *Do conceito de prova em processo civil*, Edições Ática, Lisboa, 1961, p. 188 e ss.; MENEZES CORDEIRO, “Acidente de viação em auto-estrada...”, ... cit., p. 161 e 167, considerando que as presunções judiciais/*hominis/facti* “traduzem um afloramento da regra da livre apreciação da prova”, já que “o juiz, na base do *id quod plerumque accidit* (o que normalmente sucede ou *prima facie*), infere conexões normais ou sequências típicas de factos”.

²³⁰⁵ Cf. WEBER, *Der Kausalitätsbeweis...* cit., p. 240, considerando que a prova *prima facie*, introduzida no contexto da responsabilidade médica, apresentaria uma estrutura diferente da tradicional, ancorando-se na violação de um dever, pelo que se poderia considerar que ela é aplicável sempre que se constate a violação do dever.

Em sentido contrário, considerando que não se pode extrair da violação do dever de conduta a causalidade fundamentadora da responsabilidade, *vide*, JOACHIM P. KNOCH, *Arzthaftung, Produkthaftung, Umwelthaftung...* cit., p. 31 (*Pflichtverletzung ist nicht gleich Pflichtverletzung*). Sustenta KNOCH que, a prova por aparência não deve ser aceite em termos gerais, mas apenas quando existam elementos seguros que, de acordo com a experiência, permitam inferir a responsabilidade. No tocante aos deveres de conduta, como eles visam impedir um certo dano potencial ou pelo menos reduzir as probabilidades do dano, a consequência inevitável é considerar que a violação de tais regras aumenta a probabilidade do dano. Mas não se pode partir da violação do dever para fundamentar a causalidade, tendo de ponderar-se o problema por referência ao âmbito em que o mesmo se integra. Designadamente, “deve determinar-se se a violação foi de tal modo grave que justifica um afrouxamento das exigências probatórias a partir da sua constatação”. Cf, também, p. 71, onde o autor conclui que a atenuação das exigências de prova, no que respeita à causalidade, pode resultar, de facto, da violação de específicos deveres de conduta, mas alerta para o facto de a solução não ser aplicável a todo e qualquer caso de responsabilidade. Antes, “é necessário encontrar em cada âmbito de responsabilidade um fundamento material para que a referida atenuação possa residir na violação de um dever”.

²³⁰⁶ Sobre o ponto, cf., igualmente, FLORENCE G’SSELL-MACREZ, *Recherches...* cit., p. 590, falando do recurso a presunções ao nível da prova da causalidade. Aduz a autora que a causalidade constitui menos um facto a provar do que uma análise que permite extrair certas conclusões acerca de uma relação entre eventos. Como não é observado, há que fazer inferências, as quais se aproximam mais ou menos das presunções de facto. Mas adianta que, em determinados casos, podemos estar perante verdadeiras presunções de responsabilidade, justificadas por considerações de política jurídica (benefício das vítimas) e pelo facto de os eventos condicionantes do mecanismo tornarem perfeitamente plausível uma relação causal – cf. p. 591 e 594.

²³⁰⁷ Refira-se que as soluções pensadas ao longo dos tempos pela doutrina e pela jurisprudência para fazer face aos problemas de incerteza probatória que a causalidade arrasta não se esgotam na mobilização de presunções, independentemente da natureza que as mesmas assumam. Na verdade, não são poucos os remédios cogitados. Desde a edificação de teorias matizadas por uma racionalidade de índole funcionalista até à normativamente fundada defesa de uma causalidade potencial, vários são os expedientes que tentam dar resposta a casos eivados por um grau de problematicidade acrescida. Sobre eles, teceremos em momento oportuno as devidas considerações.

É também neste contexto que emergem posições que vêm questionar o grau de probabilidade exigido para se estabelecer a causalidade. Não se trataria tão só de saber sobre quem fazer impender a falta de cumprimento do ónus probatório, mas de determinar em que medida um facto pode ser considerado provado ainda que não haja certeza absoluta da sua ocorrência (ou da relação entretecida entre dois eventos).

Sem querermos, por agora, escarpelizar cada um dos tópicos a que aludimos, e sem nos embrenharmos também nos meandros do chamado dano da perda de chance, cuja compreensão implicará a chamada à colação de uma miríade de outros dados, ou na problemática dos casos de causalidade alternativa incerta, que visitaremos *infra*, ilustremos a incerteza a que se alude com um exemplo de escola, ao qual, aliás, teremos oportunidade de regressar.

Assim, cf. PAOLO CENDON, “Circostanze incerte...”, ... cit., p. 1244, referindo-se ao problema dos dois caçadores: A passeava no bosque e é ferido por uma bala; dois caçadores estavam ali presentes naquele momento. Os cartuxos de ambos eram compatíveis com a bala encontrada no corpo de A. Este, a vítima, não se recorda de nada. Cada um dos caçadores acusa o outro de ter desferido o tiro; a única conclusão fornecida pelos peritos é de que o caçador X tem 55% de probabilidades de ser o lesante e o caçador Y

Partindo-se da assunção de normalidade e de probabilidade, considerava-se que a partir do momento em que o lesado provasse a ilicitude do acto, a envolver a prova da culpa, poder-se-ia legitimar a ligação causa-efeito entre ela e o dano²³⁰⁹. Só que, como

tem 45% de probabilidades de ter produzido a lesão. Diz, então, CENDON que, “porque as normas relativas à causalidade são muito elásticas, é possível imaginar diversas hipóteses”: 1^a hipótese) o juiz segue a ideia segundo a qual o grau de probabilidade causal necessário para a condenação deve ser, em situações como esta, não inferior a 60% , e ambos são absolvidos; 2^a hipótese) influenciado por uma corrente contrária ao uso de armas em geral, o juiz adopta uma posição que se pode chamar de *linea ragionevolmente colpevolistica* e afirma que o grau de probabilidade necessária para levar a cabo uma condenação deve ser, em casos como este, não inferior a 40%, sendo ambos os caçadores condenados; 3^a hipótese) introduzem-se no processo aspectos particulares específicos, relativos à personalidade dos dois caçadores (por exemplo, descobre-se que X não é um caçador em sentido estrito, mas é uma espécie de samaritano verde, que anda pelo bosque a convencer os caçadores a abandonar a prática, e que Y é autor de inúmeros ilícitos, conduzindo-se a um juízo de verosimilhança diversa – X será condenado e Y é absolvido).

Cf., igualmente, CEES VAN DAM, *European Tort Law...* cit., p. 281, que, referindo-se ao problema do ónus da prova da causalidade no ordenamento jurídico alemão, onde se requer que o lesado prove a relação entre a conduta e a violação do direito com certeza efectiva, adianta que os tribunais alemães utilizam expedientes processuais no sentido de atenuarem as exigências de prova: presunções *prima facie*; noção de *res ipsa loquitur*; inversão do ónus da prova (se o lesado provar que o lesante actuou negligentemente ao incrementar as possibilidades de acidente e este risco se materializou, a conexão causal entre a conduta do lesado e o acidente é assumido e cabe ao lesante ilidir a presunção ou provar que o acidente teria ocorrido de igual modo se não tivesse actuado negligentemente. Nesta medida, a inversão do ónus da prova dá-se ao nível da violação das normas ou ao nível da violação dos deveres de segurança do tráfego – cf. o testemunho com a posição, já citada, de WEBER, *Der Kausalitätsbeweis...* cit., p. 240). *Vide*, igualmente, p. 283 [dando conta das formas de atenuação da prova da causalidade em França e referindo-se, nesse ensejo, à *preuve par exclusion* (prova por exclusão). Esta daria origem a uma presunção de facto refutável (no fundo, o lesado prova a inexistência de outras causas possíveis para além do evento lesivo protagonizado pelo lesante). Sobre o ponto, cf. o que expendemos no capítulo introdutório da nossa dissertação e, ainda que num outro horizonte geográfico, NADEAU, “Notes sur le lien de causalité et sa preuve dans les actions en responsabilité civile”, *Études juridiques en hommage à M. le Juge Bernard Bissonnette*, PUM, Montreal, 1963, p. 435 e ss.]; p. 284 (referindo-se à loi Badinter, naquele ordenamento jurídico, nos termos da qual é suficiente para o lesado mostrar que o veículo do lesante esteve implicado no acidente, simbolizando isto uma rejeição do requisito causal); p. 286 (dando nota de que em Inglaterra desconhecem-se regras de inversão de ónus da prova, mas acaba por ser mais favorável para a vítima ao estabelecer a causalidade o usando o teste *more likely than not*).

²³⁰⁸ A este propósito, cf., também, S. PATTI, “La responsabilità degli amministratori: il nesso causale”, *Responsabilità civil e previdenza*, n^o3, 2002, p. 601 a 697, aqui p. 604, considerando que a existência do nexo de causalidade não pode ser presumida, mas deve ser provada, pela demonstração, baseada em argumentos lógicos e estatísticos, da existência de uma ligação entre uma acção e um evento danoso. É que, verdadeiramente, o nexo causal não implica a demonstração de um facto, ao qual se pode aceder por uma presunção, mas implica a relação entre dois factos.

²³⁰⁹ Para o acompanhamento de algumas decisões do BGH na matéria, veja-se uma vez mais RIBEIRO DE FARIA, “Da prova na responsabilidade civil médica...”, ..., cit., p. 127.

Para aceder à prática jurisprudencial de outros ordenamentos jurídicos, cf. BASIL MARKESINIS, ANGUS JOHNSTON e SIMON DEAKIN, *Markesinis and Deakin's Tort Law*, ... cit., p. 319, dando conta da complexificação dos problemas atinentes à prova da causalidade em sede de responsabilidade médica. Sublinhe-se, a este propósito, que, chamando à liça alguns precedentes da *Common Law*, os autores acabam por lidar com questões contíguas à controversa problemática da relevância da causa virtual. Cf. o caso *Barnett v. Chelsea and Kensington Hospital Management Committee* [Por negligência do médico, um paciente que se dirige a uma urgência hospitalar é enviado para casa, sem que se tivesse feito o diagnóstico correcto do envenenamento com arsénico. Não se responsabilizou, porém, o clínico ou o hospital, na medida em que se veio a considerar que os representantes do lesado não tinham provado que, no balancear de probabilidades, aquele comportamento negligente tinha sido causa da morte. Na base da decisão terá estado, segundo relatam os juristas citados, a convicção do juiz de que, quando se dirigiu ao hospital, o estado do paciente era de tal modo grave que, ainda que se tivessem feito os adequados exames de diagnóstico, a sua vida não teria sido salva].

bem nota, entre nós, RIBEIRO DE FARIA, não deixa esta de estar contaminada com a fragilidade que a enforma, tanto mais que ao médico bastaria, para a afastar, “provar que em concreto existe a possibilidade de um outro encadeamento factual substitutivo ou alternativo daquele que é comum”, ainda que, e como o autor esclarece, “o BGH exig[er] hoje, dado o rigor com que rodeia a *Ansheisbeweis* (a existência de um encadeamento típico de factos ou acontecimentos), uma contraprova dotada de toda a seriedade (*ernsthaf*) de que afinal houvera um curso de acontecimentos atípicos”²³¹⁰.

Três são, portanto, os problemas patenteados pela solução aventada. A este, a que o autor alude, juntam-se outros dois. O primeiro deles comunicar-se-á à segunda solução cogitada pela jurisprudência tudesca²³¹¹, instando o jurista a debruçar-se sobre um dos tópicos já aludidos anteriormente, qual seja o da viabilidade de se acrescentarem, por iniciativa do julgador, outras presunções para lá das que o legislador consagrou. O segundo, mais do que um problema, transmuta-se na constatação do plano dialógico em que se inserem as lucubrações dos autores, posto que o que verdadeiramente parece estar em causa não é unicamente a repartição do encargo probatório, mas a admissibilidade de o dado ficar assente em termos probabilísticos. Dito de outro modo, é o grau de certeza que se questiona, a sugerir que o que aqui vai pensado não é a ideia de imputação, mas de pura causação^{2312 2313}.

Conexionado com o ponto, veja-se a interessante reflexão de RICARDO DE ÁNGEL YÁGÜEZ, *Responsabilidade civil por actos médicos...* cit., p. 130 e ss. O autor coloca um problema em concreto: no processo mental que desemboca no juízo de responsabilidade, o problema da culpa é anterior, em termos lógicos, ao relativo à relação de causalidade, ou, pelo contrário, é necessário lidar com esta segunda questão para se patentear a primeira? É esta a interrogação com que YÁGÜEZ confronta o leitor da sua obra. Adiantando que a doutrina se inclina, em geral, para entender que o juízo sobre a relação de causalidade é anterior ao da culpa – com o que trataríamos, afinal, de uma questão de autoria –, sustenta que se abrem duas hipóteses dialógicas: a) a actuação do médico é apreciada de acordo com o modelo das *leges artis* e a reflexão em torno da causalidade serve só para determinar se a culpa foi ou não causa do resultado (aqui apenas haveria que saber se pode ter ocorrido alguma outra circunstância, não imputável ao profissional, cientificamente apta para ter gerado aquela situação); b) invertem-se os termos da equação anterior e os argumentos fundados na relação de causalidade não são senão elementos de juízo encaminhados a concluir se o modo de proceder do profissional foi ou não negligente.

Sobre o ponto, cf., *supra*, as nossas reflexões acerca do modo como se articular a culpa com a causalidade.

²³¹⁰ Cf. RIBEIRO DE FARIA, “Da prova na responsabilidade civil médica...”, ... cit., p. 128, nota 17.

²³¹¹ Sobre ela teceremos adiante algumas considerações, anunciando, porém, tratar-se da aceitação de uma verdadeira presunção de causalidade.

²³¹² Como veremos, torna-se claro por esta via que, a despeito das tentativas de densificação material da categoria, designadamente através do apelo ao grau de cognição do agente, ela redundará, nas mais das vezes, no tratamento da dita causalidade naturalística.

E curiosamente o afastamento da prova de aparência parece apontar no sentido da exclusividade de uma ideia de condicionalidade, já que o que se faz é arrear a inversão do ónus probatório pelo simples inculcar da possibilidade de um encadeamento causal alternativo do que é comum.

²³¹³ Cf., a este propósito, MANUEL ROSÁRIO NUNES, *O ónus da prova...* cit., p. 29, onde, analisando os diversos trilhos seguidos para atenuar as dificuldades com que o paciente se confronta em juízo, no contexto de um pleito judicial, considera que, e perspectivando a questão sob a óptica do recurso a

Não se deteve, porém, aqui a jurisprudência alemã. O que se colhe, pelo contrário, do exaustivo trabalho que entre nós foi trazido à estampa por RIBEIRO DE FARIA é a abertura da judicatura à consagração de verdadeiras presunções judiciais de causalidade, sem que tal implique a elevação a regra, donde se intuirá claramente a imperiosa presença de requisitos mais ou menos apertados que viabilizem a sua chamada à liça²³¹⁴. O traçado das fronteiras dentro das quais a jurisprudência tudesca aceita a inversão do ónus da prova implica, sem que nos detenhamos em grandes aprofundamentos, a gravidade objectiva do erro médico²³¹⁵, exigindo-se, outro tanto, que a lesão se insira nas consequências ou efeitos abstractamente considerados pela norma de cuidado violada²³¹⁶.

presunções, “o recurso ao juízo de probabilidade através do qual se adopta (...) a prova pelas partes de um certo grau de verosimilhança ou de probabilidade de modo que o juiz considere como suficiente o grau de verosimilhança e de probabilidade estatística, tomando em consideração, no conceito de probabilidade estatística, a aplicação de cláusulas matemáticas, a utilização de técnicas estatísticas na descoberta de factos incertos, de factos não conhecidos baseados em máximas de experiência”.

Independentemente das críticas que esta formulação nos concita, na medida em que indicia um entendimento da realização do direito inconsonante com as exigências de sentido comunicadas pela juridicidade e reclamadas por cada caso concreto, vem identificar o que o autor entende ser uma presunção de facto. Melhor diríamos estar diante do apuramento da verdade material subjacente ao caso. De notar, contudo, que o discurso do autor parece apontar para a necessidade de buscar a causa real do dano e orientar-se por uma conformação estatística da causalidade, obnubilando, então, a dimensão valorativa do critério.

Distingue-a das prova *prima facie*, conforme constatamos a páginas 31 e ss.

²³¹⁴ Cf. RIBEIRO DE FARIA, “Da prova na responsabilidade civil médica...”, ... cit., p. 129, nota 18.

²³¹⁵ Cf. RIBEIRO DE FARIA, “Da prova na responsabilidade civil médica...”, ... cit., p. 130, em especial nota 21. Saliencia o autor que não será necessária uma negligência grosseira, mas uma gravidade objectivamente aferida, ou seja, uma ilicitude objectivamente intensa ou acentuada. A isto juntar-se-ia a imposição do ónus da prova da culpa sobre o lesado, sem que consubstanciasse obstáculo de monta, porquanto a própria ilicitude assim desvelada acabaria por inculcar a reprovação subjectiva ou, nas palavras do autor, “a culpa andaria implícita ou quase sempre patente” (p. 130), “dada a simbiose generalizada entre a gravidade objectiva e a gravidade subjectiva” (nota 22).

²³¹⁶ Cf. RIBEIRO DE FARIA, “Da prova na responsabilidade civil médica...”, ... cit., p. 133 e nota 29. No fundo, a violação tem de se mostrar apropriada a causar tais danos. Isto é, a inversão só opera relativamente aos danos que se insiram no âmbito de protecção da norma. Com o que se suscita outro problema, qual seja o da extensão da doutrina patenteada à generalidade das hipóteses de responsabilidade civil, porque, já o sabemos, o domínio médico caracteriza-se, a este ensejo, pela possibilidade de desvelação da ilicitude por via da violação de disposições legais de protecção, cujo âmbito de tutela parece, *a priori*, mais fácil de delimitar do que aquele que resulta do encontro entre humanos no tráfico geral do mundo.

Consoante ensina RIBEIRO DE FARIA, “provada a causalidade em abstracto e determinada a sua concretização por via do fim da norma, aparece também apurada a previsibilidade e inevitabilidade da lesão, ou seja, a culpa do lesado”, ao que acresce que “nessa ponderação o que anda contido é um juízo de adequação circunscrito pelo fim da norma” (cf. p. 134 e nota 30), pelo que, segundo a posição trazida a lume, no juízo de adequação vai implícito um juízo de culpa.

Com o depoimento transcrito percebemos mais transparentemente como interferem aqui considerações atinentes ao específico modo de dilucidação da ilicitude no caso da actuação médica.

Mais se diga que de outro modo seriam sopesados os dados em conflito naquelas situações em que apenas se verifica um erro ligeiro. A páginas 136, e continuando a acompanhar o desenvolvimento jurisprudencial alemão, RIBEIRO DE FARIA mostra que “aqui sobre o paciente impende a prova da ilicitude, quer dizer, da infracção do dever objectivo de cuidado (que também vale culpa) e da própria causalidade”, restando para estas hipóteses o recurso, mais débil, a uma presunção de aparência ou *prima*

Para afastá-la, urgiria que o médico efectuasse a contraprova exigível, debatendo os autores – e os julgadores diante dos casos concretos – a bondade de ver na invocação comprovada de uma causa virtual a satisfação do ónus assim invertido²³¹⁷.

No fundo, embora com um fundamento diverso, a fazer aflorar uma ideia imputacional, uma vez que a presunção de que se lança mão entronca agora directa e imediatamente na desvelação da ilicitude e dos contornos com que ela assoma, nem por isso se afasta por completo o dubitativo carácter do grau de certeza que deve ser oferecido ao decidente.

Donde, em menor grau, são as mesmas dúvidas que afligem o jurista. Com uma diferença, de não pequena monta, que urge sublinhar²³¹⁸. É que, como ficou implícito,

facie, pelo que também aí “ao paciente não incumbirá a prova de que o dano se não produziria se tivesse sido cumprido o dever de cuidado, tarefa ciclópica quanto se sabe difícil de provar que está arredada a relevância causal de especificidades ou particularidades concorrentes no próprio doente”.

Se quisermos ser exaustivos no acompanhamento do estudo de RIBEIRO DE FARIA, impor-se-á mais: aquele mais que leva a questionar, a propósito da causalidade no quadro da segunda modalidade de ilicitude, se há de ser estabelecida ou não a prova de que o dano causado se insere no âmbito das consequências que a norma ou o dever visam evitar. Na verdade, da argumentação do autor (cf. p. 136, nota 35) parece resultar não a resolução do problema da imputação, mas outrossim a busca da causa real, porquanto o que se aduz é que “seria praticamente sem significado se houvesse o ónus de provar a causa hipotética para a certeza do juiz” (*op. cit., loc. cit.*) e se acrescenta que “também aqui a ajuda da jurisprudência, beneficiando o paciente com a prova da aparência sempre que se possa deduzir com probabilidade um nexo de causalidade entre a violação da regra da arte e o dano verificado”. Ou seja, o que se inculca das lucubrações expendidas é sobretudo a preocupação com a correspondência entre o dever ser e o ser, a fazer assomar à lembrança a problemática dos danos subsequentes e bem assim a problemática da condicionalidade. Sobre o ponto teceremos, *infra*, maiores considerações.

Acerca da questão da prova da causalidade no quadro da segunda modalidade de ilicitude, cf. o que ficou inscrito *supra*.

²³¹⁷ Sobre as presunções *prima facie*, mostrando a sua fragilidade, cf. CALVÃO DA SILVA, *Responsabilidade Civil do Produtor*, ... cit., p. 394.

²³¹⁸ Em termos processuais, as consequências desvelar-se-ão também elas diversas. No caso das presunções *prima facie*, bastar-se-á a contraparte com a produção da contraprova. O mesmo não sucederia se estivéssemos no âmbito de uma verdadeira presunção de causalidade, que, produzindo prova plena, só poderia ser afastada mediante prova em contrário. Nesse sentido, cf. RITA LYNCE DE FARIA, *A inversão do ónus...* cit., p. 34, nota 109. Para maiores desenvolvimentos acerca das duas vias presuntivas, veja-se p. 35 e ss.

Note-se, porém, como a diferença se esbate no quadro da causalidade tal como é discutida pela doutrina e jurisprudência estrangeira: o que ali se acaba por debater é se o médico pode ou não afastar a causalidade que se presume com a prova de uma causa hipotética alternativa. Cf. RIBEIRO DE FARIA, “Da prova na responsabilidade civil médica...”, ... cit., p. 135, nota 33: “provada outrossim a adequação do comportamento nesses termos para o dano verificado, o que sucede é que praticamente está provada também a relação de causalidade em concreto. Que, todavia, apenas se presume, no pensamento da jurisprudência. Só que, sendo uma presunção teoricamente consente a prova em contrário. Mas aqui é que está. Teoricamente. Porque é óbvia a dificuldade em o conseguir. Positivamente que a jurisprudência poderia ter enveredado aqui por admitir apenas precisamente a prova em contrário. Que o acto do médico não causou o resultado. Que a transfusão de sangue não causou a sida ou determinou a sífilis. E isto é que era então praticamente impossível. É óbvio: dado o quadro de premissas exigidas ou postas. Mas agora repare-se. E essa foi a linha de pensamento jurisprudencial, não só por isso, mas também como contraponto ao desfavor representado pela própria presunção. Partindo da base de que o ilícito, vale dizer, a causalidade, anda dependente da violação do dever objectivo de cuidado, daquele, a jurisprudência veio admitir a relevância da causa virtual e dizer que o médico ainda se pode defender aqui provando que o resultado se teria ainda verificado mesmo que fosse cumprido o cuidado exigível. Que o sangue estava

se ali o que escorava a presunção era a factualidade que apresentava contornos de probabilidade suficiente, aqui é a dimensão normativa que se refracta em sede processual. O que, se devidamente assumido pela inteligência do sentido ético-axiológico

contaminado, sim, mas que nem por isso se deixaria de fazer a transfusão nessas condições porque o sangue estava nos rótulos adequados”.

Se o que daqui resulta é a invocação da irrelevância da violação do dever de cuidado em concreto preterido, aproximando-nos de uma ideia de comportamento lícito alternativo, outras situações focadas em texto por RIBEIRO DE FARIA parecem apontar no sentido da causalidade hipotética ou virtual. Assim, e sem introdução de qualquer adversativa, o autor salienta, em texto, que “ficar-lhe-á porventura só em aberto a porta de provar que o dano se teria de igual forma produzido mesmo que se tivesse observado o cuidado exigível. No caso, e apenas com essa amplitude ou alcance, que o dano tem ou teria outra causa (...). No fundo, que o dano se teria de igual forma produzido mesmo que não houvesse a ilicitude” (cf. p. 135), para daí retirar, a propósito de um caso concreto em que um erro de diagnóstico protela o início dos tratamentos no combate a um cancro, a ilação de que “o recurso à causa virtual pode funcionar em benefício do médico, nos casos em que pode não ser possível provar a indiferença do erro para o curso das coisas mas em que se poderá dizer que o resultado seria o mesmo se ele não tivesse ocorrido” (cf. p. 136, nota 34).

Donde duas conclusões são, aos nossos olhos, possíveis, cada uma das quais a convergir no sentido do não agigantamento da distinção que aqui se opera. Por um lado, em termos prático-normativos, admite-se assim a constatação – aliás levada a cabo por alguns autores – de que “a probabilidade com que opera a tese da inversão do ónus da prova quanto ao âmbito da causalidade se satisfaz com a regra de uma mera presunção judicial ou *prima facie*” (cf. p. 137); por outro, parece denotar-se a confluência das soluções forjadas no sentido da resolução de um problema de causação que não de imputação.

Aliás, parecem não se dilucidar as diferenças que separam a invocação de um comportamento lícito alternativo daqueloutra que chama à liça a causalidade virtual ou hipotética. Em suma, e se quisermos lançar mão de uma categorização tradicional, é a diferença entre a causalidade e a condicionalidade que parece não ficar espelhada. Sobre o ponto teceremos, *infra*, ulteriores pormenorizações. Por ora, acrescenta-se unicamente que a ausência de fronteiras definidas se fica a dever à falta da reflexiva fundamentação da imputação objectiva com que, a demérito da causalidade estrita, se deveria aqui lidar. É esse, aliás, o caminho traçado por uma miríade de autores germânicos que oportunamente acompanharemos, directa ou por interpostas pessoas.

Sobre a convergência prático-processual das duas vias presuntivas, veja-se RITA LYNCE DE FARIA, *A inversão do ónus...* cit., p. 36. Admite a autora serem as presunções judiciais verdadeiras inversões do ónus da prova, considerando que tal sucede “quer quando magistrado vai além das regras da experiência para considerar um facto como provado, quer quando o juiz se recusa considerar como provado um facto que todas as provas indiciam ter ocorrido. Tanto numa situação como noutra, a pretexto de simples presunções judiciais, produz-se uma inversão do ónus da prova”.

A nota processualmente cunhada acaba por nos remeter para o domínio delitual, trazendo à memória um arrimo criteriológico que foi pensado há longo tempo, com projecções significativas no problema da fixação dos contornos da causalidade condicional. Pois que, a partir do momento em que, fundadamente, chegamos à conclusão que o juiz não lida com uma simples prova de aparência mas convoca o sistema delitual para inverter o ónus da prova da causalidade que, com pilares ético-axiológicos, se firma ancorada na preterição dos deveres que entretecem a relação entre humanos, então a prova em contrário que o lesante terá de produzir afasta, por si só, a relevância da causalidade hipotética. Com o que, por seu turno, conseguimos dar um passo em frente na cisão entre esta e o comportamento lícito alternativo.

Para outros desenvolvimentos acerca das presunções *prima facie*, cf. KLAUS SCHLOBACH, *Das Präventionsprinzip...* cit., p. 239. Salienta o autor o carácter controverso da figura e sustenta não se tratar de um especial meio de prova, mas tão-só de um meio como o juiz opera com a evidência que se lhe apresenta. Não se exime, contudo, a apresentar três posições dogmáticas de inteligência das presunções *prima facie*. E dialogando com elas transpõe as suas conclusões para o domínio da responsabilidade delitual, afirmando então que, à luz de um dado entendimento acerca da admissibilidade daquela, a presunção *prima facie* cumpriria aí uma finalidade de fundamentação da própria imputação, pelo que o recurso a ela deve ser sustentado em termos de direito substantivo (cf. p. 240). Tanto mais que não hesita em afirmar que qualquer alteração em sede probatória se repercute no equilíbrio concreto da modelação sistemática delitual (cf. p. 241). Sem que tal implique, também o clarifica, a inadmissibilidade quer das presunções *prima facie*, quer das presunções judiciais.

fundamentante da responsabilidade, obviará algumas das dúvidas expostas, não obstante não elimine de imediato todas as nervuras problemáticas²³¹⁹.

O trilho de investigação desenha-se, com isto, no horizonte discursivo. No imediato são os obstáculos, do ponto de vista do ordenamento jurídico pátrio, à admissibilidade das presunções judiciais que se enfrentarão. Para logo em seguida tentarmos – esperando que logradamente – aceder à intencionalidade das soluções pensadas em termos de responsabilidade médica, nelas dilucidando as fronteiras dos problemas com que lidam, e tomarmos alguma posição que, sendo uma decorrência argumentativa, que não lógico-necessária, do entendimento sufragado *supra*, a um tempo nos projectará noutra limbo de cogitações.

São, desde logo, razões de ordem metodológica que obstam, no quadro do pensamento tradicional, à mobilização incondicional do expediente²³²⁰. E se elas, pela inconsonância com o modo como vai pensada a concreta realização do direito, a implicar um sistema aberto, onde a tematização das lacunas deixa de fazer sentido, e a postular uma racionalidade analógica que não permite excluir o tipo de pensamento da concreta mobilização de uma norma excepcional, falecem *ab initio*, o mesmo não se poderá dizer daquelas que, inculcando a índole material da juridicidade, fazem

²³¹⁹ Veja-se a este propósito JOHN C. COFFEE JR., “Causation by presumption? Why the Supreme Court should reject Phantom Losses and Reverse Brondo?”, *Columbia Law School Working Paper n°264*, 2005, www.ssrn.com/abstract=648624, analisando os perigos da eliminação do requisito causal ou da sua substituição por uma presunção. Importa, contudo, contextualizar o problema concretamente abordado pelo autor e olhar para uma das suas mais vitais conclusões, quando relevadas do nosso ponto de vista. Trata-se ali de questionar a bondade de soluções que, no âmbito de casos a envolver falsas informações com impacto no mercado, vêm sustentar que a causalidade não deve ser chamada a operar quando aquele se mostre aberto e eficaz, bastando-se o juiz, na hipótese, com a alegação e prova do *price inflation*, sem necessidade de demonstrar que *stock price subsequently fell*. Olhada a rejeição da causalidade com desconfiança pelo autor, ele vem mostrar que em causa está a ideia segundo a qual *materiality subsumes causation* e, mais acutilantemente, que os contornos decisórios se ancoram, perigosamente, na confluência simbiótica entre o direito e a economia. Donde, sem demérito para as ponderações ali vertidas, há que sublinhar que, a partir do momento em que a perspectiva e índole dialógica são outras, muitas das críticas que se apontam no estudo a uma presunção de causalidade deixam de fazer sentido quando referido à nossa proposta.

²³²⁰ Acerca da admissibilidade das presunções judiciais, cf., com relativo desenvolvimento e conforme já foi citado, RITA LYNCE DE FARIA, *A inversão do ónus da prova...* cit., p. 65 e ss.

Debruçando-se sobre o problema na óptica da prova dos factos negativos, a autora aduz que terá existido por parte do legislador pátrio uma clara intenção de restringir as hipóteses de inversão aos casos previstos no artigo 344º CC ao mesmo tempo que salienta não se poderem aplicar os preceitos que invertem o ónus da prova por analogia, em atenção à inexistência de um caso omissis e à aproblemática assunção da não aplicação analógica de regras excepcionais.

A p. 73 e ss., cf. a consideração de outros nichos problemáticos, como sejam as situações de incumprimento contratual.

apelo ao princípio da igualdade e da segurança jurídica para concitar dúvidas acerca da bondade da inversão judicial do ónus da prova^{2321 2322}.

Só que, se o peso relativo delas não deixa de apelar à ponderação, parece haver, contudo, argumentos suficientemente fortes que as afastem ou pelo menos as atenuem. Em geral, é a preocupação com a justiça do caso concreto a excluir o culto formalista da igualdade; em particular, é o desenho concreto dos modelos ressarcitórios, compaginado com o que ficou dito acerca do correcto entendimento sobre a prova, a viabilizar a solução oposta. Pois que a posição do lesado que urge tutelar pode reclamar uma sobrevalorização da materialidade subjacente ao caso relativamente à igualdade que se invoca. Ao que acresce que o modo como olhámos para o exercício prático-normativo de comprovação de um âmbito de relevância também prático nos permite reconhecer que o objecto da prova não é a soma atomística dos vários pressupostos de procedência da pretensão indemnizatória, mas o núcleo de relevância concreto que há-de ser assimilado pela norma.

O que, por seu turno, vai impor um salto em frente. Aquele salto que, repristinando o modo como compreendemos a causalidade, eivada do sentido imputacional sem o qual se torna anódina e desvaliosa, faz do juízo que a fixa um julgamento de carácter normativo-jurídico que decorrerá ou não da assimilação que se faça daquele âmbito pelo outro que hipoteticamente enforma a norma.

Provada que seja a edificação de uma esfera de responsabilidade e risco a que funcionalmente fizemos ligar a *causalidade*, ou melhor, o nexo de imputação ou nexo de ilicitude, é missão do juiz determinar se esta se verifica ou não em concreto.

E neste ponto residem duas diferenças que, se na aparência não são mais do que meras clivagens teoréticas, do ponto de vista axiológico e prático, ganham uma magnitude de gigante, ao permitirem o afastamento das dúvidas e aporias na repartição do encargo probatório com todas as consequências daí advenientes.

No plano adjectivo, a exigência de produção de prova relativamente a cada um dos pressupostos delituais e a sua localização no quadro do tratamento da matéria de facto conduzem à busca da causalidade, quando questionada na óptica probatória, como

²³²¹ No fundo, o que se aduz é que remetendo para a discricionariedade do julgador a inversão ou não do ónus da prova se correria o risco de, em situações idênticas, ser repartido de modos diversos o encargo probatório, com sacrifício da igualdade. Ao mesmo tempo que se afectaria, em detrimento da segurança, a previsibilidade por parte das partes relativamente aos factos que lhes competiria provar – cf. RITA LYNCE DE FARIA, *A inversão do ónus...* cit., p. 71.

²³²² Estaria isto na base da restrição imposta por via legislativa. Cf. artigo 351º CC.

mecanismo capaz de garantir a correspondência com o real. Donde, a inversão do encargo entroncava, as mais das vezes, na probabilidade ou nas regras da experiência.

No plano substantivo, e no quadro da referência jurisprudencial a que aludimos, o entendimento causal miscigenou a categoria, confluindo simbioticamente no mesmo resultado, ao que não é alheia a discussão em torno da possibilidade ou não de invocação de uma causa virtual para afastar a presunção de que se lançava mão²³²³.

No fundo, o que se denota é uma confusão de níveis argumentativos. Pois que, ainda que partindo da prova da ilicitude e da culpa e do âmbito de protecção do dever de cuidado violado, não se centra o julgador na definição de uma esfera de risco e responsabilidade do pretense lesante, mas na reconstrução do processo causal que desemboca no dano.

Tradicionalmente, a discussão gira em torno da probabilidade. Uma probabilidade que cumpre, ali, duas funções. Em primeiro lugar, ela é critério da própria causalidade. Em segundo lugar, é aproveitada como índice de cumprimento ou não do exigível encargo probatório^{2324 2325 2326 2327 2328 2329 2330}.

²³²³ Cf., a este propósito, a crítica de RIBEIRO DE FARIA a HANAU (cf. RIBEIRO DE FARIA, “Da prova na responsabilidade civil médica...”, ... cit., p. 141 e ss.). HANAU [cf. HANAU, *Die Kausalität der Pflichtwidrigkeit* ... cit., p. 135 e ss.] considera que, ao nível da responsabilidade médica, o que está em causa não é a prova da real causalidade, mas a causalidade das omissões proibidas, isto é, o resultado ou efeito hipotético do comportamento exigido seria o dado a ter em conta, relevando, então, que o paciente viesse provar que o acto do médico evitaria o dano ou o médico viesse provar que idêntico resultado se produziria mesmo que tivesse sido observada a diligência exigida. Assim sendo, estes casos seriam semelhantes àqueles em que é certo o nexos de causalidade e apenas duvidoso que o resultado pudesse ser evitado com a acção ou o comportamento exigido, pelo que, se nestes se imputa ao lesante a prova da causalidade virtual, a mesma solução deveria ser pensada para as hipóteses de responsabilidade médica. A crítica do jurista português entronca na ideia de que “para fazer intervir a figura da causalidade hipotética ou virtual tem de se partir de uma causalidade real – pensada ou presumida”, sendo, por isso, falho de sentido o fundamento em que HANAU procura alicerçar a inversão do ónus da prova (cf. p. 142-143).

Com o que não só confirmamos a confluência entre a causalidade e a condicionalidade, porquanto é atinente a esta última a indagação da relevância da causa virtual ou hipotética, como evidenciamos que a perda de um pilar mais fundo e mais denso de sedimentação da responsabilidade do lesante acaba por conduzir a aporias ainda que no atinente ao plano adjectivo.

Sobre o pensamento de HANAU, cf., ainda, p. 132 e ss., onde o autor se mostra crítico da resolução do problema através da chamada à colação do grau de gravidade da culpa do médico.

²³²⁴ Cf. LUIS MEDINA ALCOZ, *La teoría de la pérdida de oportunidad – Estudio Doctrinal y Jurisprudencial de Derecho de Daños Público y Privado*, Thomson Civita, Editorial Aranzadi, 2007, p. 270 e ss., falando de dois juízos de probabilidade: a) um destinado a averiguar da probabilidade de, não tendo ocorrido o acto ilícito, não se ter verificado o dano, atinente, portanto, à questão da condicionalidade; b) outro relativo à probabilidade de a causa provada ser adequada ou idónea a produzir aquele tipo de resultado.

Sobre a probabilidade e os dois modos como, no contexto europeu, ela se perspectiva, enquanto critério causal, veja-se MICHAEL FAURE, “Comparative analysis”, *Cases on medical malpractice in a comparative perspective*, Springer, Wien/New York, 2001, p. 292. Fala o autor, na sua análise comparativa, de dois grupos: um integrado por aqueles que sustentam que a causalidade só se afirma quando se puder dizer que “é mais provável do que não” (*more probable than not*) que o comportamento ilícito tenha causado o dano (51%), desembocando numa regra de *tudo ou nada*, segundo a qual, ou se prova a causalidade e o

lesado é ressarcido, ou não se consegue produzi-la e a indemnização fica excluída; um outro composto por aqueles que vêm na probabilidade uma forma de repartição do dano, entre as quais se integra a perda de chance gaulesa.

²³²⁵ É nesse sentido que se compreende a categoria alemã da *Gefahrerhöhung*, próxima da perda de chance francesa e italiana [Considerando que a reparação da perda de chance em França constitui uma figura próxima à responsabilização assente na doutrina da elevação do risco, cf. SINDE MONTEIRO, *Responsabilidade por conselhos...* cit., p. 300. Veja-se, ainda, sobre este ponto concreto, JORGE LEITE AREIAS RIBEIRO DE FARIA, “Novamente a questão da prova na responsabilidade civil médica”, ... cit., p. 287, afirmando que a doutrina da perda de chance corresponde à teoria da elevação do risco na Alemanha. Cf., também, PAULO MOTA PINTO, *Interesse contratual...* cit., p. 1103 e ss.]. No tocante ao erro médico, tinha-se em consideração que ele elevava o risco para o paciente e nesse aumento do risco ancorava-se uma presunção de causalidade. Com recurso a estatísticas e probabilidades matemáticas, estimava-se uma determinada percentagem de cura do doente caso o erro não tivesse ocorrido, restando o resultado verificado no diferencial percentual apurado.

A propósito da responsabilidade fundada no aumento material do risco de dano, cf., no ordenamento jurídico inglês, o precedente *McGhee v. National Coal Board* (in STATHIS BANAKAS, “Causalité et imputacion...”, ... cit. e já referido *supra*, cap. I)

Cf. RIBEIRO DE FARIA, “Da prova na responsabilidade civil médica...”, ... cit., p. 140. Referindo-se ao pensamento de DEUTSCH, considera que, “houvera a azada e tempestiva intervenção, as possibilidades de sobrevivência seriam da ordem dos 80%. A morte ocorrida de facto estava nos outros 20% de probabilidades. Logo, os herdeiros teriam direito a uma indemnização computada pelos quatro quintos do total”.

Com o que o diferencial percentual acaba por cumprir um outro desiderato, qual seja o do cômputo da própria indemnização, chamando a terreno o problema dos danos subsequentes por nós remetidos para um momento posterior das nossas indagações.

Note-se, porém, que nem sempre o recurso ao índice probabilístico ganhava a conotação estatística que aqui vemos agigantada. O que aqui se quantifica era tratado, sem que o cunho matemático estivesse ausente, do ponto de vista qualitativo. Como veremos, a pura referência à probabilidade, ainda que qualitativamente considerada, deixa sem ponto de apoio o jurista para a inversão a que se alude, já que é a própria probabilidade que avulta como verdade material do ponto de vista do direito.

Por isso, afastar-nos-emos desta visão das coisas a partir do momento em que fundamentalmente encontrámos um alicerce para a edificação de uma esfera de responsabilidade. A probabilidade a que aludiremos não será simples bosquejo matemático, mas possibilidade no quadro de significação axiológica que mobilizamos. Uma possibilidade normativamente cunhada, a afastar-se também de outras posições que lhe fazem apelo. E que não significa um autismo obnubilador das especificidades do caso concreto, posto que, não só estas são assumidas como o *prius* orientador da delimitação do âmbito de relevância que se procura comprovar, como a viabilidade da produção da prova em contrário por parte do lesado não fica gorada.

O que se aduz, portanto, é a fundamentação da inversão do ónus da prova no núcleo de fundamentação da própria responsabilidade e, assim também, de acordo com o esquema metodológico chamado à liça, da causalidade, à semelhança, aliás, do que ocorreu quando, perfunctoriamente, ousámos, ainda que prematuramente, tecer algumas considerações sobre o problema a propósito da violação de disposições legais de protecção de interesses alheios. É que também aí o modo como olhamos para a norma acaba por ser determinante da solução patenteada em termos adjectivos, a qual, por seu turno, se projectará condicionantemente no modo como aquela é perspectivada. Ou seja, se a norma for apenas a consagração positiva de uma hipótese à qual deva corresponder uma situação concreta, tida como seu correlato lógico, há que repetir em concreto o juízo abstracto do legislador; se ela for vista como um critério orientador do decidente que vai assimilar, analogicamente, um caso que apresente um âmbito de relevância suficientemente semelhante e justifique o tratamento jurídico que ela dispensa àqueloutro nela pensado, então aquela repetição perde sentido. Sobre o ponto, veja-se o que *supra* foi mencionado. Importa, de facto, não esquecer que, na actuação do expediente ressarcitório, a violação da norma se liga com um dano e que o que se questiona é a recondução dele à obliteração do dispositivo legal. Motivo bastante para alguns autores entenderem que avultaria exclusivamente, daquela preterição, uma probabilidade de ocorrência do dano, que, em si mesmo, funcionaria, para uns, como presunção *prima facie* da causalidade, ou, para outros, como uma verdadeira inversão do ónus da prova. O ponto em que descolamos desta visão prende-se com a consideração da edificação de uma esfera de risco que escora uma ideia de responsabilidade indissociável da liberdade positiva que predica a humanidade do agente. É nela e não noutra que radica a presunção de causalidade, sem que se tenha de fazer apelo a uma ideia probabilística estrita.

Repare-se que o problema da perda de chance contende com a própria definição de dano. Nessa perspectiva e no quadro da *common law*, cf. STEPHEN PERRY, “Risk, harm and responsibility”, ... cit., p. 330 e ss., questionando se a mera colocação em risco pode ser vista como um dano, e contribuindo para a resolução dos problemas atinentes à perda de chance com o argumento do *agent-imposed risk*, salientando que, pela mobilização de uma computação probabilística *ex ante*, se deve ver em que medida o dano pode ser pensado como causado pelo comportamento do agente, e alertando que não se deve exigir a materialização do risco num determinado dano físico. A páginas 331, individualiza, pois, uma nova forma de desvelação do dano: *risk damage*, problematizando-a. Remontando à dicotomia por si encabeçada entre uma noção objectiva e outra epistémica de risco, sustenta que, porque o *risk damage* não pode ser observado, o enfoque não pode deixar de ser o segundo. Só que, em bom rigor, se isso vem dificultar a operacionalidade do sistema que requeira um dano físico, torna imprestável a categoria no quadro de um ordenamento jurídico como o nosso em que se restringe a procedência da pretensão indemnizatória a casos em que se desvele a violação de um direito absoluto, descontadas que sejam as hipóteses de violação de disposições legais de protecção de interesses alheios e do abuso do direito. Última nota para sublinhar, tão-só, que, ao arrepio do que poderia ser pensado, a assunção do *risk damage* como uma autónoma forma de emergência da categoria juridicamente cunhada, apontando no sentido da normatização do conceito, não resulta da constatação fáctica da existência dele como dado ontológico. Na verdade, consoante esclarece o autor, trata-se antes de uma *fictio* a que se recorre, nos casos de responsabilidade médica que toma como ilustração, sempre que se afigure complexo ou impossível distinguir doenças curáveis de doenças não curáveis e haja um erro do profissional de saúde que retarda a intervenção no paciente. Razão pela qual distingue claramente, ao esmiuçar os contornos de admissibilidade do *risk damage* enquanto dano na sua autonomia valorativa, uma visão determinística de outra não determinística. E relembra que, não havendo responsabilidade civil sem a emergência de um dano, se torna controverso o problema. Pelo que propende para uma resposta negativa relativamente à questão inicial. Cf. p. 339.

Na contextura dos ordenamentos jurídicos assim chamados à liça, veja-se, ainda, RICHARD WRIGHT, “Causation in tort law”, ... cit., p. 1814 e ss.; JOSEPH KING JR., “Causation, valuation and chance in personal injury torts involving preexisting conditions and future consequences”, ... cit., p. 1353 e ss.; JANE STAPLETON, “The Gist of Negligence”, *Law Quarterly Review*, nº104, 1988, p. 389 e ss.

Sobre o problema da perda de chance, relacionada com a questão da sobredeterminação causal e a concepção de *causation in fact*, veja-se TONY HONORÉ, “Necessary and sufficient conditions in tort law”, *Philosophical Foundations of Tort Law*, DAVID G. OWEN (ed.), Clarendon Press, Oxford, p. 380.

Sobre a perda de chance, cf., ainda, em referência ao ordenamento jurídico estadunidense, BASIL MARKESINIS, ANGUS JOHNSTON e SIMON DEAKIN, *Markesinis and Deakin's Tort Law*, ... cit., p. 250. Introduzindo a temática a propósito da insuficiência do *but-for test*, a coincidir com uma ideia de equivalência condicional, os autores ilustram algumas das injustiças a que aquele conduz recorrendo a casos de responsabilidade médica. Ora, é quanto a estes que, no quadro do ordenamento jurídico norte-americano, tecem considerações acerca da *probabilistic causation* e das *lost opportunity theories*. No fundo, o que está em jogo é a impossibilidade de, em muitas situações, o lesado vir provar a causalidade de facto, optando-se, então, por uma de duas vias: uma radical, segundo a qual se considera o médico responsável quando se mostre que a sua conduta ilícita causou uma diminuição, ainda que em menos de 50%, de possibilidades de evitar o dano (*probabilistic causation*); outra menos radical, a identificar-se com a doutrina da perda de chance, que vem admitir a responsabilidade parcial de um lesante que provavelmente não causou a lesão, mas cuja conduta ilícita diminui as chances da vítima de a evitar, tratando-se, então, a *oportunidade* como um interesse valioso em si mesmo [Sobre o problema da perda de chance na doutrina norte-americana, cf., ainda, a síntese de JÚLIO GOMES, “Sobre o dano da perda de chance”, *Direito e Justiça*, vol. XIX, tomo II, 2005, p. 11 e p. 14, nota 18, evidenciando que ela é aceite apenas em alguns Estados e por referência à responsabilidade médica, enquanto noutros se continua a manter a perspectiva do «tudo-ou-nada», exigindo-se uma probabilidade médica razoável de que o dano tenha sido causado pelo agente. A meio caminho, encontramos, segundo o testemunho do autor, posições intermédias: a) *chance substantial* – *Falcon v. Memorial Hospital*, 462 N.W. 2d. 44, Mich. 1990, que considera indemnizável o dano sofrido por um paciente que, por força de um comportamento culposo do médico, fora privado de uma chance de 37,5% de se salvar de uma embolia; b) causalidade atenuada – permite ao júri decidir pela existência de causalidade mesmo que a chance de o agente ter provocado o dano seja inferior a 50%; c) *pure chance approach* – caso *Herskovits v. Group Health Co.* 664 2d., que admitiu a indemnização de uma redução de chance de sobrevivência a um cancro do pulmão de 39% para 25%, sustentando que o médico não poderia, em face da sua actuação culposa, invocar a inevitabilidade do resultado. Veja-se, igualmente, no quadro da *Common Law*, DAVID P.T. PRICE, “Causation – The Lords’ Lost Chance?”, *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 38, Part 4, 1989, p. 735 e ss.,

em especial p. 737 e ss., sistematizando as cinco possíveis perspectivas de abordagem dos casos de perda de chance: a) *traditional approach*, que trata da questão da causalidade em termos de balanço de probabilidade e indemniza os danos em termos de *all-or-nothing*; b) redução das exigências da prova da causalidade, embora os danos continuem a ser indemnizados segundo a perspectiva referida na alínea anterior, c) redução do *standard* de prova da causalidade e indemnização proporcional dos danos; d) perspectivização da perda de chance de um melhor resultado como um dano em si mesmo, atribuindo-se a indemnização com base na percentagem de chance perdida; e) inversão do ónus da prova em matéria de causalidade; e *Hoston v. East Berkshire A.H.A.* (uma criança fica ferida, enquanto brincava, sendo conduzida ao hospital. Ali, ligaram-lhe o joelho, ignorando a lesão que o mesmo apresentava na anca. Porque o seu estado não melhorou, ao fim de cinco dias, foi submetido a uma intervenção cirúrgica, tendo ficado com diversas sequelas. Estas são consequência da operação, havendo, contudo, 25% de chances de haver uma total recuperação se o atendimento tivesse sido pronto. Atribuiu-se uma indemnização correspondente a 25% do dano, mas a decisão foi depois rejeitada na *House of Lords*; *Chaplin v. Kicks*, relativo à ressarcibilidade da possibilidade frustrada de vitória num concurso de beleza, em 1911, sendo considerado o *leading case* na matéria em Inglaterra].

No fundo, e como já tínhamos constatado, a perda de oportunidades é tratada, para estes efeitos, como uma lesão, ou noutra perspectiva, como um dano, cuidando BASIL MARKESINS, ANGUS JOHNSTON e SIMON DEAKIN de distingui-lo de um outro, que próximo dele, diz respeito ao sofrimento emocional da vítima por saber que as suas possibilidades diminuam.

Sobre o ponto, cf., igualmente, W.V.H. ROGERS, *Winfiel and Jolowicz ... cit.*, p. 220. Percebe-se, aí, como o problema da *loss of chance* acaba por tocar intimamente a questão da prova da causalidade segundo uma ideia probabilística, pois que, numa determinada impositação do problema, o que se sustenta é que, pese embora se não prove aquela probabilidade, a constatação do incremento do risco de lesão permite dar como comprovada a causalidade.

Cf., ainda, oferecendo um apontamento que *infra* será retomado, CHRISTIAN VON BAR, *The Common European Law...* cit., p. 444-445. O caso ali aflorado resume-se em poucas palavras. A, estudante, é atropelado e fica impossibilitado de realizar os seus exames. Com isso, e não se provando se teria ou não obtido aprovação nas disciplinas, ele ficou impossibilitado de entrar para o mercado de trabalho naquele ano, ficando mais doze meses à espera. Considerou-se que a perda de chance em si era um dano indemnizável. Como se vê por este exemplo, nem sempre o problema lida tão directamente com a questão da prova da causalidade, mas mais proximamente com a noção de dano e o seu cômputo em concreto.

Com isto adiantamos aquela que vai ser a nossa posição em matéria de perda de chance, defendendo, em tempo devido, uma perspectiva dual de resolução das questões reconduzidas em bloco para a mesma constelação problemática. Sobre ela, atentemos, então, nas diversas nervuras com que vem sendo matizada.

²³²⁶ Para maiores desenvolvimentos, *vide, inter alia*, VICENZO ZENO-ZENCOVICH, “Il danno per la perdita della possibilità di una utilità futura”, *Rivista del Diritto Commerciale*, ano LXXXIV, 1986, p. 213 e ss. (o autor fala de uma causalidade certa que produz um dano incerto); MAURIZIO BOCCHIOLA, “Perdita di una chance e certezza del danno”, *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, anno XXX, 1976, p. 55 e ss. (considerando que a perda de chance apresenta uma certa analogia com a questão do ressarcimento do lucro cessante, devendo, para tanto, configurar-se a perda de chance como a consequência de um determinado evento, da possibilidade de obter um certo resultado útil e questionando se é possível cindir as duas realidades); FRANCESCO DONATO BUSNELLI, “Perdita di una chance e risarcimento del danno”, *Il Foro Italiano*, vol. LXXXVIII, 1965, IV, 46 e ss.; MARIA FEOLA, “Nesso di causalità e perdita di chances nella responsabilità civile del professionista forense”, *Rivista Critica del Diritto Privato*, anno XXII, 2004, p. 151 e ss.; GUIDO ALPA, *Trattato di Diritto Civile*, IV, *La Responsabilità Civile*, Giuffrè Editore, Milano, 1999, p. 514 e ss. [note-se que, no quadro do ordenamento jurídico italiano, o problema da perda de chance acaba por, à luz da ideia de *danno ingiusto*, contender com a própria categoria do ilícito]; CRISTINA SEVERI, “Perdita de chance e danno patrimoniale risarcibile”, *Responsabilità civile e previdenza*, 2003, p. 296 e ss.; V. J. BORÉ, “L’indemnisation pour les chances perdues: une forme d’appréciation quantitative de la causalité d’un fait dommageable”, *Juris-classeur Périodique (La semaine juridique)*, 1974, I, 2620 (havendo uma dúvida sobre a relação causal que deve ser estabelecida entre a culpa e a lesão, mitiga-se, pelo recurso à doutrina da perda de chance, a indemnização, em função da incerteza. O autor olha, portanto, para a figura do ponto de vista da causalidade e não do dano); I. VACARIE, “La perte d’une chance”, *Revue Recherche Juridique*, 1987, p. 903 e ss.; R. SAVATIER, “Une faute peut-elle engendrer la responsabilité d’un dommage sans l’avoir causé?”, *Recueil Dalloz*, 1970, chr., p. 123 e ss. (opondo-se à solução plasmada pela *Cour d’Appel* de Grenoble de 14 de Outubro de 1961, que veio consagrar a possibilidade de uma indemnização parcial assente no dano da perda de chance. Segundo o autor, os tribunais recorrem à figura para colmatar dúvidas relativamente ao nexo de

causalidade e por isso a teoria deve ser condenada em bloco. De acordo com os ensinamentos do autor, uma coisa é a chance, que se situa necessariamente no futuro, e que deve ser avaliada por índices indagatórios indirectos, outra inaceitável é tentar situá-la no passado. No caso da responsabilidade médica, o que se pretende é que o médico responda pela *faute* que faz afastar as chances que o paciente tinha de evitar a morte ou o agravamento da enfermidade, pelo que se lida, não verdadeiramente com chances, mas com factos. O problema que se coloca é o de saber se o prejuízo seria ou não existente na ausência da *faute* que se imputava ao médico. A incerteza refere-se aonexo causal e portanto determina, de acordo com SAVATIER, a não procedência da acção); YVES CHARTIER, *La réparation du préjudice dans la responsabilité civile*, Dalloz, Paris, 1983, p. 31 e ss.; CHABAS, “Vers un changement de nature de la responsabilité médicale”, *Juris-classeur Périodique (La semaine juridique)*, 1973, I, 2737 (considerando que a responsabilidade médica se converteria numa responsabilidade por uma obrigação de resultado em virtude do acolhimento da figura); ID., “La perte d’une chance en droit français”, *Développements récents du droit de la responsabilité civile*, Centre d’Études Européennes, Zurigo, 1991, p. 131 e ss.; ID., “La perdita di chance nel diritto francese della responsabilità civile”, *Responsabilità civile e previdenza*, vol. LXI, nº2, 1996, p. 227 e ss.; JEAN PENNEAU, “La Réforme de la Responsabilité Médicale: Responsabilité ou Assurance”, *Revue Internationale de Droit Comparé*, vol. 2, 1990, p. 525 e ss., em especial 537 e ss.; ID., “Cour de Cassation, 1^{re} Ch. Civ. 8 janvier et 27 mars 1985”, *Recueil Dalloz*, année 1986, p. 390 e ss.; ID., “Cour de Cassation 1^{re} Ch. Civ., 27 mars 1973”, *Recueil Dalloz*, année 1973, p. 595 e ss. (considera o autor que afirmar que a perda de chance funda a responsabilidade resume a posição jurisprudencial sem permitir dar conta da complexidade do problema ou sequer reflectir as controvérsias que o envolvem. Desde logo, ao condenar-se o agente a uma reparação parcial, poderíamos ser tentados a pensar que estavmos dantes de um reflexo da teoria da causalidade parcial, consagrada pela jurisprudência conforme ao acórdão Pilastre. Contudo, tal teoria terá sido abandonada pela 2^e Ch. a partir de 1969. Há que, portanto, saber se a responsabilidade médica configurará uma excepção, havendo uma repartição entre o autor do dano e a força maior. Só que ela fica circunscrita aos casos de perda de chance. Até porque, se estivermos diante de uma predisposição da vítima para a doença, não se rompendo a causalidade entre a *faute* e o agravamento, não é admitida a causalidade parcial); FRANÇOIS CHABAS, HENRI MAZEAUD, LÉON MAZEAUD, JEAN MAZEAUD, *Leçons de Droit Civil*, tomo II, 1^o vol., ... cit., p. 416 e ss.; F. DESCORPS DECLÈRE, “La cohérence de la jurisprudence de la Cour de Cassation sur la perte d’une chance consécutive à une faute du médecin”, *Recueil Dalloz*, 2005, chr., p. 742 e ss.; GENEVIÈVE VINEY/PATRICE JOURDAIN, *Traité. Les conditions de la responsabilité...* cit., p. 229 e ss.; ÁLVARO DIAS, *Dano Corporal...* cit., p. 250 e ss. (considerando que o dano da perda de chance deve ser encarado como qualquer outro dano); PATRICE JOURDAIN, “Responsabilité civile”, *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 88^e année, nº1, 1989, p. 81 e ss. (em especial p. 85 e ss., referindo-se ao uso abusivo da noção de perda de chance, transformado em paliativo útil nos casos de dúvida persistente sobre a existência do nexode causalidade. Tomando como exemplo um caso de erro de diagnóstico, que conduziu a uma evolução particularmente grave da patologia, a autora afirma que a indemnização da perda de chance ali é “aprovada simplesmente porque não havia modo de avaliar com precisão a medida do agravamento”, pelo que seria preferível investigar a incidência da predisposição ao dano que a vítima apresentava, pois essa era a única forma de evitar que o lesante fosse condenado a reparar um dano que ele não causou [A propósito dos casos de erro de diagnóstico no domínio oncológico, cf., numa perspectiva assente na causalidade, ROBERTO PUCELLA E GIOVANNI DE SANTIS, *Il nesso di causalità. Profili giuridici e scientifici*, CEDAM, 2007, p. 125]); ANNICK DORSNER-DOLIVET, “Cour de Cassation, 1^{re} Chambre Civile, 17 novembre 1982, note”, *Recueil Dalloz*, année 1984, p. 305 e ss. (ligando o recurso à doutrina da perda de chance em matéria de responsabilidade médica à extrema dificuldade probatória neste domínio e considerando as duas posições de abordagem da figura. Àquela que a vê como “uma espécie de propriedade anterior da vítima que foi definitivamente perdida pelo acto do lesante”, para o que é necessário avaliar as probabilidades da realização da chance na ausência do acto *fautif*, opõe-se aquela para a qual a perda de chance não tem uma existência autónoma, antes traduzindo a “incerteza acerca de saber se o dano apresenta ou não uma relação causal com a *faute*”. Ela constituiria, assim, um método de eliminação da relação causal clássica necessariamente certa entre a *faute* e o dano final e um método de quantificação do dano, de substituição do dano final por um diminutivo abstracto. Repare-se, contudo, que, de acordo com a posição da autora, é necessário que se comprove o nexode causalidade entre a chance perdida e a *faute* constatada); BERNHARD KOCH, „Der Verlust einer Heilungschance in Österreich“, *European Review of Private Law*, 2008, p. 1051 e ss.; CHRISTIAN LAPOUYDE DESCHAMPS, “La réparation du préjudice économique pur en droit français”, *Revue Internationale de Droit Comparé*, 50^e année, nº2, 1998, p. 367 e ss., em especial p. 372 e ss.; SINDE MONTEIRO, *Responsabilidade por conselhos...* cit., p. 291 e ss.; ID., “Aspectos particulares da responsabilidade médica”, *Direito da Saúde e da Bioética*, 1991, p. 133 e ss.; ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações...* cit., p. 546, nota 2; M.

PENNEAU, “La perte de chance. Dommage aléatoire, un préjudice aléatoire d’un dommage certain”, *Revue Française du Dommage Corporel*, 1997, p. 11 e ss.; ISABELLE SOUPLÉ, *La perte de chances dans le droit de la responsabilité médicale*, 2002, policopiado, http://edocorale74.univ-lille2.fr/fileadmin/master_recherche/T_1_chargement/memoires/medical/soupleti02.pdf; RUTE TEIXEIRA PEDRO, *A responsabilidade civil do médico...* cit., p. 179 e ss.; GERALD MÄSCH, *Chancen und Schaden. Zur Dienstleisterhaftung bei unaufklärbaren Kausalverläufen*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2004; HOLGER FLEISCHER, “Schadensersatz für verlorene Chancen im Vertrags- und Deliktsrecht”, *Juristenzeitung*, 54, Heft 15/16, 1999, p. 766 e ss. (considerando o problema da perda de chance ao nível da causalidade, depois de afirmar que, sob a sua égide, se reúnem figuras muito diferentes – método de cálculo da indemnização e modo de contornar dúvidas relativamente à causalidade. Note-se que o autor sustenta que, se a figura se antolha adequada em questões como as que são levantadas pela exclusão de concursos, não se pode defender que uma responsabilidade probabilística proporcional por perda de chance é de acolher quando haja necessidade de superar as dificuldades que a responsabilidade médica comporta, propondo, a esse respeito, uma redução do critério da prova pela violação do dever inerente às regas profissionais); HANS STOLL, “Schadensersatz für verlorene Heilungschancen vor englischen Gerichten in rechtsvergleichender Sicht”, *Festschrift für Erich Steffen zum 65. Geburtstag*, De Gruyter, Berlin, 1995, p. 465-478 e ss.; ID., *Haftungsfolgen im bürgerlichen Recht*, ... cit., p. 41-42; NILS JANSEN, “The idea of a lost chance”, *Oxford Journal of Legal Studies*, nº19, 1999, p. 271-296; KOZIOL, “Schadensersatz für den Verlust einer Chance?”, *Festschrift für Hans Stoll zum 75. Geburtstag*, Mohr Siebeck, Tübingen, p. 233-250 (referindo-se à perda de chance de cura ou de sobrevivência); HAROLD LUNTZ, “Loss of chance”, *Causation in Law and Medicine...* cit., p. 152 e ss.; ANNAMARIA PRINCIGALLI, “Quando é più si che no: perdita di chance como danno risarcibile”, *Il Foro Italiano*, 1986, p. 384 e ss.; JÚLIO GOMES, “Sobre o dano da perda de chance”, ... cit., p. 9 e ss. (opondo-se à possibilidade de indemnização da perda de chance e questionando se não será preferível rever as regras em matéria de causalidade); ID., “Em torno do dano da perda de chance – algumas reflexões”, *Studia Iuridica, Ars Iudicandi, Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor António Castanheira Neves*, vol. II, Coimbra Editora, Coimbra, 2008, p. 291 e ss. (rejeita a perda de chance se ela for entendida em sentido puramente probabilístico, embora a admita quando haja uma quase propriedade. Cf., *infra*, e com maiores desenvolvimentos o pensamento do autor sobre o ponto); CARNEIRO DA FRADA, *Direito civil...* cit., p. 103 e ss.; PAULO MOTA PINTO, *Interesse contratual negativo...* cit., p. 1103 e ss., nota 3103; MARIA LUÍSA ARCOS VIEIRA, “La pérdida de oportunidad como daño indemnizable”, *Estudios de Derecho do Consumidor*, nº7, 2005, p. 137 e ss.; ÁLVARO LUNA YERGA, “Oportunidades perdidas – La doctrina de la pérdida de oportunidad en la responsabilidad civil médico-sanitaria”, *Indret* nº288, www.indret.com; ENZO RONCHI, “Perdita di chances, nesso causale e danno alla persona risarcibile nella responsabilità per colpa professionale sanitaria: aspetti medico-legali”, *Responsabilità civile e previdenza*, vol. LXV, nº3, 2000, p. 840 e ss. (considerando três questões essenciais – quando é que a perda de chances, isto é, a probabilidade é quantitativamente tal que autoriza a admitir a subsistência de um nexos causal entre o comportamento culposos do médico e o dano?; havendo um dano actual, relativamente ao qual não conseguimos afirmar o nexos causal, e havendo culpa do médico, pode a perda de chance constituir um dano autónomo, ressarcível em si e por si?; quando o médico, por omissão ou atraso no diagnóstico, subtrai chances de cura, podemos configurar um dano futuro ressarcível? – RONCHI sustenta que o primeiro problema deve ser solucionado segundo os princípios fundamentais da causalidade, só no tocante à segunda interrogativa se colocando o problema da perda de chances em sentido técnico-jurídico. Note-se, ademais, numa nota que nos interessa particularmente o esclarecimento do autor relativamente ao grau de probabilidade exigida pela Corte Suprema, que, não se quedando em índices percentuais, opta pela qualificação daquela como séria ou notável); FLORENCE G’SSELL-MACREZ, *Recherches...* cit., p. 493 e ss. (distinguindo as situações perda de chance de um ganho e de exposição a um risco. Tradicionalmente, “a perda de chance diz respeito às situações nas quais o prejuízo resulta de ter sido privado da exposição aleatória da qual poderia resultar um ganho. A vítima foi privada da chance de um ganho ou de evitar uma perda, havendo incerteza quanto à medida do prejuízo”. Diversa é a situação de exposição a um risco. Diz-nos G’SSELL-MACREZ que “a perda de chance pode também dizer respeito à probabilidade de evitar uma perda”, como no caso do guia na montanha que se perde e leva o seu grupo para um local de avalanches”. Cf., ainda, p. 498 e ss., onde se apresentam críticas à figura); MARIANO YZQUIERDO TOLSADA, “La pérdida de oportunidades como concepto autónomo en el derecho de daños”, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, nº50, 1999, p. 537 e ss.; LUIS MEDINA ALCOZ, *La Teoría de la Pérdida de oportunidad – Estudio doctrinal y jurisprudencial de derecho de dano público y privado*, Thomson-Civitas, Editorial Aranzadi, 2007; CAROLINE RUELLAN, “La perte de chance en droit privé”, *Revue de La Recherche Juridique, Droit Prospectif*, 1999-3, n.XXIV, p. 840 e ss.; DAVID PRICE, “Causation. The Lord’s lost chance?”, ... cit., p. 735 e ss.; ALBERTO MUSY, “Sicilcasse ed il danno da perdita di una chance”, *Giurisprudenza italiana*,

1994, I, p. 235 e ss.; MASSIMILIANO FRANCO, “Tutela da professionalità e perdita di una chance”, *Giustizia Civile*, 1993, p. 2441 e ss.; GIACOMO FAZIO, “Responsabilità del legale e perdita della chance di vincere il processo”, *Responsabilità civile e previdenza*, vol. LXII, ano 1997, p. 1174 e ss.; ANNA DASSI, “Sulla lesione da perdita di chance di un corridore automobilistico”, *Responsabilità civile e previdenza*, 1993, p. 862 e ss.; GIUSEPPE CITARELLA, “Errore diagnostico e perdita di chance in Cassazione”, *Responsabilità civile e previdenza*, 2004., p. 1045 e ss.; ENRICO CAPPAGLI, “Perdita di una chance e risarcibilità del danno per ritardo nella procedura di assunzione”, *Giustizia Civile*, 1994, p. 1843 e ss.; CHRISTOPHE QUÉZEL-AMBRUNAZ, *Essai sur la causalité...* cit., p. 155 e ss.; RANIERO BORDON, *Il nesso di causalità...* cit., p. 91 e ss., relacionando o problema da perda de chance com a doutrina do aumento do risco (que, segundo o autor, terá sido protagonizada por TRIMARCHI); PATRÍCIA HELENA LEAL CORDEIRO DA COSTA, *O dano da perda de chance e a sua perspectiva no direito português*, ... cit. (integrando a perda de oportunidade não na teoria da causalidade jurídica ou da imputação objectiva, mas na teoria da causalidade física, “tanto assim que a primeira leva a um alargamento dos casos de responsabilidade, enquanto que a segunda leva a uma restrição dos mesmos”. É que “uma hipótese de perda de oportunidade apenas pode colocar-se verdadeiramente quando não se alcança a prova de que um determinado facto foi causa física de um dano final. A doutrina da perda de chances propugna (...) a concessão de uma indemnização quando fique demonstrado não o nexo causal entre o facto e o dano final, mas simplesmente que as probabilidades de obtenção de uma vantagem ou de “evitamento” de um prejuízo foram reais, sérias, consideráveis” – cf. p. 5. A autora liga a problemática da perda de chance à questão probatória e ao standard que é exigido nos diversos ordenamentos jurídicos. Acompanhem, então, o excursus argumentativo da jurista. O princípio da livre apreciação de prova pelo julgador não equivale à aceitação de uma prova arbitrária ou irracional, tendo aquela de se mostrar em conformidade com as regras da lógica e as máximas da experiência. Em determinados países, como Inglaterra, propõe-se a nossa já conhecida regra do balanço de probabilidades – “more probable than not” –, tendo-se entendido que basta uma certeza de 50%, embora muitos juízes dispensem os cálculos probabilísticos estritos. Ora, uma vez demonstrado o nexo causal, é atribuída a indemnização total do dano. Já em França, o standard de prova é mais exigente: “exige-se a demonstração certa da relação causal entre o facto e o dano, sem deixar margem para dúvida. Esta maior exigência probatória pode ter uma consequência – pode levar a que os juízes criem normas substantivas com impacto directo no resultado da demanda, em vez de os levar a alcançar tais resultados através da aplicação de regras probatórias mais flexíveis” – cf. p. 27. Do mesmo modo, em Espanha, a exigência é elevada, requerendo-se um grau de certeza que se situa entre os 50 e os 90% e se fixa, convencionalmente, nos 80%. Para a autora, a perda de chance avulta nas situações em que o grau de convicção não supera os 50% nos sistemas da *Common Law* e os 80% nos sistemas continentais. A autora fala, ainda – cf. p. 30 – em três hipóteses de perda de chance: a) perda de oportunidade genérica, imperfeita, simples ou comum, abaixo do limiar de seriedade da chance, que não dá direito a qualquer reparação; b) perda de oportunidade superespecífica, superqualificada ou perfeita, igual ou acima do limiar da certeza da causalidade, que determina a afirmação do nexo causal entre o facto e o dano final; c) perda de oportunidade específica, qualificada, situada entre os dois anteriores patamares, que pode implicar a aplicação da doutrina da perda de chance. Cf., também, p. 73. Especificando o âmbito de aplicação da perda de chance, a autora aduz que ela apresenta dois limites: a) um constituído pela probabilidade nula ou desprezível de causação do dano pelo agente; b) outro constituído pela alta probabilidade “que se converte em razoável certeza, dando lugar à reparação integral do dano”. Assim, e continuando a acompanhar os seus ensinamentos, fica de fora “o conjunto das situações genéricas de utilidade possível de que goza qualquer indivíduo – expectativas gerais não tuteladas”. A perda de chance “assume uma natureza dúplice no que à certeza respeita: exige-se a certeza da existência de uma possibilidade séria de conseguir uma vantagem ou de evitar uma desvantagem; mas está-se perante a incerteza de que tal vantagem ou evitamento da desvantagem teriam sido alcançados caso o facto do agente não tivesse ocorrido”. Para a jurista pátria, a figura “resolve de forma satisfatória as questões levantadas nas situações a que se aplica”, configurando uma “forma eficaz de tutela antecipada dos bens jurídicos protegidos” – cf. p. 100. Segundo esclarece, “a chance ou oportunidade perdida merece a tutela do direito porque, à data da lesão, integra o património jurídico do lesado, sendo susceptível de avaliação económica e jurídica. A perda de chance é ressarcível por consubstanciar a lesão da integridade daquele património. A chance tem um valor conexo a outro bem jurídico”, não sendo “uma mera expectativa de facto”, mas antes “uma das manifestações do outro bem jurídico com que está conexas” – p. 101. De acordo com esta perspectiva, a indemnização do dano da perda de chance “funciona como uma defesa de segunda linha que operará para garantir o funcionamento do instituto da responsabilidade civil”. Partindo embora das dificuldades probatórias em sede causal, PATRÍCIA CORDEIRO DA COSTA encaminha-se, *in fine*, para a compreensão da figura à luz do conceito de dano, apresentando a perda de chance como um dano autónomo, configurável por força da plasticidade

que a noção encerra – cf., p. 102); BERNHARD ALEXANDER KOCH, „Alternatives to full proof of causation. An overview for the biomedical research scenario“, ... cit., p. 360 e ss.; CHRISTOPH MÜLLER, *La perte d'une chance*, Stämpfli, Bern, 2002; RUI CARDONA FERREIRA, *Indemnização do Interesse Contratual Positivo e perda de chance (em especial, na contratação pública)*, Coimbra Editora, Coimbra, 2011 (o autor recusa conceber um dano patrimonial autónomo de perda de chance e advoga a necessidade de conceber a responsabilidade civil como um sistema limitadamente móvel e permeável a considerações normativas).

²³²⁷ Apresentando os traços gerais de caracterização dos problemas patenteados pela perda de chance, cf., entre nós, RUTE TEIXEIRA PEDRO, *A responsabilidade civil do médico*...cit., p. 198: a) resultado positivo futuro que pode vir a verificar-se, mas cuja verificação não se apresenta certa, ou seja, o resultado é aleatório, podendo consistir na obtenção de uma vantagem ou na concretização de uma desvantagem; b) a pessoa deve encontrar-se numa situação de poder vir a alcançar esse resultado, porque reúne um conjunto de condições de que depende a sua verificação, isto é, a chance tem de ser real; c) comportamento de um terceiro susceptível de gerar a sua responsabilidade que elimina de forma definitiva as excelentes possibilidades de o resultado se vir a produzir. De acordo com a sua explicação, “o problema está em que, em virtude da aleatoriedade do resultado final, não se pode afirmar que o comportamento do terceiro seja a *conditio sine qua non* da sua perda”, falhando o nexo de causalidade. Simplesmente, consoante se colhe aí “a resposta ao nexo de causalidade será distinta se mudarmos o ângulo de visão: toma-se como objecto de análise, não o resultado final, mas as possibilidades existentes de ele ser atingido”. As duas perguntas que orientam o decidente são agora: a) “a vítima tinha chances?”; b) “por culpa do agente a vítima já não tem nenhuma chance?” – cf. p. 203. Em caso afirmativo, fixar-se-ia o nexo causal, o que “originou muitas críticas à teoria”, por se entender “que ela constitui uma forma de defraudar exigências quanto ao apuramento do nexo causal”. Nessa medida, surgem dois entendimentos acerca da perda de chance. Cf. p. 206, onde a autora apresenta a sistematização delas: a) perda de chance entendida como uma espécie de dano, cuja especificidade está “no facto de o *quid* lesado – a chance – ser caracterizada por uma *alea* intrínseca”; b) perda de chance como uma construção que aligeira o nexo causal. Veja-se, a este propósito, o recente acórdão do STJ de 22 de Outubro de 2009, in www.dgsi.pt. Nesta hipótese, não estaríamos diante de uma causalidade certa que produz um dano incerto, mas de uma causalidade incerta (cf. p. 281). Conforme explica a autora, na monografia dedicada ao tema, “camufla-se a ignorância quanto à eficácia causal de um comportamento para o dano através de um artifício – inventar um prejuízo intermédio, pela individualização de uma chance que se perdeu” (p. 284). Ou mais concretamente, “face às dúvidas no apuramento do nexo causal entre o acto do médico e o resultado, o julgador presume a causalidade, diminuindo, de forma proporcional, o montante dos danos ressarcíveis, em função da intensidade das dúvidas sentidas” (p. 286). Para uma análise desenvolvida das condições de ressarcibilidade da perda de chance na responsabilidade médica, cf. RUTE TEIXEIRA PEDRO, op. cit., p. 293 e ss.: a) existência de uma chance real (de melhoria do estado de saúde) e dotada de uma certa consistência; b) exclusão do ressarcimento das chances à segunda potência (não é possível aplicar a figura quando à incerteza ínsita à chance acresce a incerteza da existência da própria chance – *second order probability*); c) verificação dos pressupostos da responsabilidade civil [Analisando a figura no quadro do ordenamento jurídico francês, onde ela remonta à decisão da *Cour de Cassation de 26 de Maio de 1932*, CHABAS apresenta os aspectos comuns dos problemas aglutinados em torno da perda de chance: conduta responsável do agente; prejuízo que é a perda das chances; ausência da prova do nexo de causalidade entre a perda e a conduta culposa, porque o resultado é aleatório, isto é, a perda é sempre possível por uma causa natural ou imputável a um terceiro de tal maneira que não se sabe se o agente pode continuar a ser visto como causador do dano; possibilidade de se estabelecer uma relação causal entre o prejuízo e a conduta do agente – cf. “La perdita di chance nel diritto francese...”, ... cit., p. 228].

Os contornos da figura continuam, entre nós e além fronteiras, pouco definidos. Nas suas reflexões sobre o tema, CHABAS aduz que a perda de chance se pode aplicar unicamente naquelas hipóteses em que a situação clínica do paciente já estava comprometida, mas não naquelas em que o doente morre, na sequência de um erro médico, sem que se conheça a causa da perda de vida – cf. “La perdita di chance...”, ... cit., p. 230 e ss., em especial, dando exemplos, p. 238 (cf., também, “La perte d'une chance en droit français...”, ... cit., p. 13 e ss. O autor distingue claramente a *alea* do risco, para evidenciar que é aquela e não esta que caracterizam o fenómeno da perda de chance. Vide, sobre o ponto, GENEVIEVE VINEY/PATRICE JOURDAIN, *Traité. Les conditions*... cit., p. 231, considerando que parte da doutrina distingue as situações em que existe uma *alea* no momento da intervenção do terceiro daquelas em que inexistente. No primeiro caso, o paciente perde as chances por *faute* do médico, havendo indemnização; na segunda hipótese, “o médico tem todas as chances de evitar o dano”, não se colocando o problema da indemnização da perda de chance, mas a de saber em que medida a *faute* do médico é causa do dano”. Em sentido contrário, as autoras não se mostram chocadas com a indemnização

da perda de chance de *guérison ou de survie*, em qualquer das constelações. Mostra-nos isto como a valoração derramada pelo autor sobre o instituto se orienta mais pela consideração do dano do que pela consideração do nexo causal problemático. Já VINEY e JOURDAIN colocam o acento tónico na virtualidade de a figura cumprir o desiderato para que foi pensada e expõem as suas dúvidas a esse propósito. Na verdade, é bom recordar que, ao abraçar a figura da perda de chance, o jurista está a legitimar apenas uma indemnização parcial do dano. E as civilistas francesas, ao debruçarem-se sobre a problemática nas situações em que não existe uma *alea* prévia, embora aceitem a mobilização da perda de chance como expediente de orientação da solução a dispensar ao caso concreto, advertem que, e porque assim se introduz a arbitrariedade, “seria melhor permitir às vítimas uma indemnização integral do seu dano, pelo alívio do ónus da prova, sempre que as circunstâncias permitam presumir razoavelmente um nexo de causalidade entre a *faute* médica e o dano”, sem que tal implique a adesão a uma concepção laxista de causalidade. Significa isto que o dado relevante para a tomada de posição na controvérsia não é a existência de uma *chance*, que se perde com a actuação do terceiro, traduzindo-se num dano, mas a dificuldade probatória que determina, num assomo protector da vítima, a tomada em consideração das hipóteses perdidas na sequência da conduta culposa do lesante. Por isso, em alternativa à flexibilização probatória assente na perda de chance, que apenas autoriza uma indemnização parcial, as autoras advogam a condenação com base na ideia de criação de um risco injustificado, a permitir o ressarcimento integral. Cf. p. 236, onde questionam se, na presença da *faute*, não é preferível fazer pesar o risco de incerteza sobre o seu autor em vez de sobre a vítima. Advertem, ainda, que esta tendência não é exclusiva da responsabilidade médica. Entre nós, mostrando dúvidas quanto ao acerto da posição de CHABAS, cf. JULIO GOMES, “Sobre o dano da perda de chance”, ... cit., p. 33, nota 79. Veja-se, igualmente, sobre o ponto, DAVID P. T. PRICE, “Causation...”, ... cit., p. 735 ess., afirmando que, “tradicionalmente, o conceito de *loss of a chance* foi empregue na situação em que a possibilidade de um resultado mais favorável foi negado pela negligência do lesante, mas onde já existia – da parte do lesado – o perigo de lesão em virtude das circunstâncias existentes ao tempo”. Distinguir-se-ia, por isso, das situações de incremento do risco em que não há uma prévia condição. Como exemplos, o autor ilustra a divisão de águas com duas situações: o caso do paciente que morre de cancro por causa de um negligente adiamento do diagnóstico e tratamento, a corresponder a uma hipótese de perda de chance; o caso da exposição a um tóxico capaz de causar uma doença oncológica, a implicar a solução do problema por via do incremento do risco. Simplesmente, o autor aduz que “se pode empregar a expressão *loss of a chance* para incluir também os casos de *increased risk of harm*”. E adianta que “nos casos de *loss of a chance*, o pressuposto problemático é a causalidade (...)”, uma vez que o lesado apenas pode apresentar evidências estatísticas, não sendo possível estabelecer o grau de incremento do risco ou da chance perdida. Nessa medida, a cisão entre as duas realidades postas em confronto seria mais terminológica do que substancial. Relativamente à posição de CHABAS, cf., igualmente, PATRICE JOURDAIN, “Responsabilité civile”, *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 91^e année, n^o1, 1992, p. 107 e ss., p. 111, considerando que a distinção proposta é difícil de concretizar, já que, “em matéria médica, qualquer intervenção apresenta uma certa dose de aleatoriedade”. Acresce que a autora se interroga sobre “porque distinguir entre o aumento do risco pré-existente à intervenção de um terceiro – perda de chance – e a criação de riscos novos a uma pessoa que não estava exposta? Não há também no segundo caso um prejuízo indemnizável? O simples facto de se encontrar exposto aos riscos de danos que não existiam é em si um dano distinto do prejuízo final. Se a *faute* do terceiro não é a causa certa dele, ela certamente desempenhou um determinado papel no sentido que favoreceu o aparecimento do dano: não se pode dizer que fez perder as chances de evitar um dano que jamais se produziria?”].

Entre nós, RUTE TEIXEIRA PEDRO, olhando para as situações de violação do dever de esclarecimento por parte do médico, com vista ao consentimento informado, sustenta que “o que está em causa não é a perda de chance, mas a frustração do exercício de uma escolha esclarecida”, considerando, por isso, duvidosa a aplicação da figura a estas constelações – cf. *A responsabilidade civil do médico...* cit., p. 314 e 318 [Sobre o ponto, cf., igualmente, *Chester v. Afshar* (2004) UKH L 41, (2005) 1 AC 134, *in Digest...* cit., p. 225. O caso aí decidido relata-se em breves palavras: A sofria de severas dores nas costas. O médico, neuro-cirurgião, recomendou a remoção cirúrgica de três discos intravertebrais, mas não informou adequadamente A do pequeno risco – na ordem de 1 ou 2% – de sérios danos neurológicos. A cirurgia teve lugar e o risco materializou-se, passando A a sofrer de uma paralisia permanente parcial. Apesar de não ter sido negligente durante a operação, o médico violou negligentemente o dever de informar o paciente acerca dos riscos que a cirurgia envolvia. Causou, assim, a lesão porque A não teria consentido na operação, tendo antes procurado outros pareceres. O Tribunal considerou que o *but-for test* estaria cumprido, mas não os outros requisitos da causalidade, já que o risco a que A ficou submetido com a violação do dever de informação não era superior àquele a que, de todo o modo, estaria sujeito. Há, no entanto, que ter em conta a diferença entre as diversas situações, designadamente há que ponderar as

circunstâncias consoante a cirurgia fosse ou não inevitável. Em comentário à decisão, K. OLIPHANT diz-nos que “não deve importar saber se num cenário hipotético alternativo os danos teriam ou não ocorrido”, pelo menos do prisma do estabelecimento da responsabilidade. A *House of Lords* terá considerado que o comportamento do médico não incrementou os riscos inerentes ao procedimento cirúrgico. Segundo o autor, o fundamento de tal solução encontrar-se-á numa ideia de escopo do dever violado – o dever do cirurgião era o de informar o paciente dos riscos conhecidos do tratamento e adoptar as medidas de cuidado na realização dele, mas não tinha o dever de salvaguardar o lesado de riscos inevitáveis associados ao procedimento que o lesado teria levado a cabo mais tarde. Cf., também, a distinção proposta por PENNEAU, *La responsabilité du médecin*, Dalloz, Paris, 1992, p. 34 e ss (defendendo diferentes soluções consoante o acto médico tenha natureza imprescindível ou não) e, entre nós, acolhida por SINDE MONTEIRO E MARIA MANUEL VELOSO (*in Cases on Medical Malpractice in a Comparative Perspective, Tort and Insurance Law*, vol. I, Springer, Wien, New York, 2001, (MICHAEL FAURE e HELMUT KOZIOL, eds.), p. 173 e ss., em especial 178 e ss.). V., ainda, KOZIOL, *Österreichisches Haftpflichtrecht*, ... cit., p. 278, distinguindo as violações graves e leves do dever de informação por parte do médico. Acerca do precedente *Chester v. Afshar*, cf. ainda, BANAKAS, “Causalité et imputation...”, ... cit., p. 10 (olhando, a este propósito, para a causalidade como um instrumento de defesa dos direitos fundamentais no domínio do direito médico. Em causa está a imputação de uma paralisia a um médico, quando não se detecta nenhuma negligência da parte dele, só porque, antes da operação cirúrgica, omitiu o risco de tal acontecer. O autor entende, porém, que esta solução tem de ser ponderada com cautela nos países onde o Estado oferece gratuitamente o serviço de saúde aos cidadãos. Não cremos, contudo, que esta ressalva, que apela necessariamente a uma lógica consequencialista de consideração dos resultados da decisão, possa ser sufragada).

No fundo, a doutrina da perda de chance seria chamada a depor quando estivesse em causa um dano que resulte da violação do dever de informação por parte do profissional de saúde. V., igualmente, GUILHERME DE OLIVEIRA, “O fim da arte silenciosa”, *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, nº3854, p. 103 (cf., também, do autor, a propósito do dever de informação do médico, “Estrutura jurídica do acto médico, consentimento informado e responsabilidade médica”, *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, ano 125º, nº3815, p. 33-34; nº3816, p. 72-73; nº3819, p. 167 a 170) e ANDRÉ PEREIRA, *O consentimento informado...* cit., p. 487, nota 132; STÉPHANIE PORCHY, “Lien causal, préjudices réparables et non-respect de la volonté du patient”, *Recueil Dalloz*, année 1998, p. 379 e ss. (evidencia a autora que a omissão do clínico nunca pode ser tida como causa do dano corporal. Acresce que persistirá sempre uma incerteza, já que nunca se poderá dizer com absoluta certeza qual teria sido a opção do paciente diante das informações completas fornecidas pelo especialista [a este propósito, questiona-se nos Estados Unidos se se deve privilegiar uma posição subjectiva – considera-se que há nexo de causalidade se o doente provar que, se ele tivesse toda a informação, não teria consentido na intervenção; ou uma posição objectiva – que nos manda olhar não para o que aquele doente teria feito, mas para o que um paciente razoável teria ou não permitido. À mesma discussão se assiste na Alemanha a propósito da prova do comportamento lícito alternativo em casos de violação do dever de esclarecimento por parte do médico, ou seja, problematiza-se se o padrão de valoração, que nos indica se o paciente, portador de toda a informação, teria ou não recusado a intervenção, se deve basear na razoabilidade do não consentimento ou nas idiosincrasias daquele doente em concreto. Segundo EISNER – *apud* ANDRÉ DIAS PEREIRA, “Responsabilidade médica e consentimento informado. O ónus da prova e o nexo de causalidade”, *Conferência apresentada no Centro de Estudos Jurídicos e Judiciários da Região Administrativa Especial de Macau*, p. 28 – exige-se que haja a fundada presunção de que o paciente não teria recusado o tratamento, que a intervenção fosse medicamente indicada no sentido de conduzir a uma melhoria do estado de saúde, e que a recusa do paciente não teria sido irrazoável, embora se olhe para o doente concreto.]. O dano a que a demanda se refere é aqui outro e faz entrar em cena, por vezes, a ideia de perda de chance: “o paciente tinha uma chance para recusar a intervenção e escapar ao dano que foi por ela causado”. Cf., também, p. 384, falando da doutrina da aceitação dos riscos, que não atenderia à causalidade, mas à natureza da *faute*, e teria sido aplicada pelo *Tribunal de Grande Instance de Bordeaux du 3 mars 1965*, e afirmando que a mesma, sendo uma construção habilidosa, acaba por levantar problemas de difícil resolução. Pese embora o consentimento implique a aceitação dos riscos e não a aceitação do dano, fazendo com que o médico não fique desonerado das suas obrigações técnicas, torna-se muito difícil justificar a proposta, uma vez que “o não respeito por uma obrigação ética implicaria uma alteração na qualificação da obrigação técnica médica”. Não cremos, contudo, que a argumentação da autora proceda, porquanto em causa não esteja nenhuma obrigação ética, mas uma verdadeira obrigação legal, embora com alicerce axiológico inegável); LUIS MEDINA ALCOZ, *La teoría...* cit., p. 104 e ss., nota 184 e 265 e ss.; PATRÍCIA HELENA LEAL CORDEIRO DA COSTA, *O dano da perda de chance...* cit., p.35 (considerando que os elementos de incerteza, aí, não resultam da imprevisibilidade dos resultados da

ciência médica, mas da imprevisibilidade da conduta do lesado. Refira-se que, no quadro da perda de oportunidade de cura e sobrevivência, a autora trata, ainda, das situações de atraso no diagnóstico oncológico ou outros) e, novamente, RUTE TEIXEIRA PEDRO, *op.cit.*

Repare-se que a solução não colhe unanimidade. Não raras são as tentativas de resolver o problema de modo a arbitrar uma indemnização que atenda à globalidade do dano corporal sofrido. *Vide*, entre nós, novamente, ANDRÉ DIAS PEREIRA, *O consentimento informado na relação médico-paciente. ... cit.*, p. 73, considerando que o consentimento importa a transferência dos riscos para o lesado titular do direito, no que concerne ao acto médico levado a cabo sem violação das *leges artis*, pelo que, havendo omissão no tocante ao dever de informar, a distribuição daquele operaria de forma diversa, e p. 487, nota 132 (onde foca a questão da perda de chance). Para outras considerações, cf., do autor, “Responsabilidade médica e consentimento informado. O ónus da prova e o nexó de causalidade”, *Conferência apresentada no Centro de Estudos Jurídicos e Judiciários da Região Administrativa Especial de Macau*.

Os testemunhos anteriormente colhidos – aos quais se poderiam associar outros – mostram-nos a ambivalência que ainda caracteriza o instituto da perda de chance, ora analisada do ponto de vista do nexó de causalidade, ora inserida no campo temático atinente ao dano. Múltiplas são, aliás, as potencialidades que vão sendo reconhecidas à figura. No que tange à responsabilidade médica, cf., uma vez mais, RUTE TEIXEIRA PEDRO, *A responsabilidade civil do médico... cit.*, p. 262 e ss. (falando de perda de chance de cura ou sobrevivência, perda de chance de recusa de intervenção, perda de chance de evitar a dor moral infligida pela morte ou lesão da vítima directa, perda de chance nas *wrongful life actions* e nas *wrongful birth actions*, perda de chance da prova frustrada). Em termos mais gerais, veja-se a sistematização de HOLGER FLEISCHER, “Schadensersatz für verlorene Chancen...”, ... cit., p. 767 e ss., acolhida pela autora nacional citada a págs. 187 e ss.: perda de chance de um ganho; perda de chances processuais [sobre estas, cf., especificamente, OLAF RISS, “Hypothetische Kausalität, objektive Berechnung bloßer Vermögensschaden und Ersatz verlorener Prozesschancen”, *Juristische Blätter*, 2004, p. 423-441]; perda de chance de cura ou de sobrevivência [Note-se que o autor entende que só no primeiro grupo estaríamos, de facto, diante de um problema autónomo, respeitante à perda de chance. Sobre o ponto, *vide* PATRICE JOURDAIN, “Responsabilité civile”, *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 91^e année, n^o1, 1992, p. 107 e ss, referindo-se à situação em que a vítima perde a possibilidade de obter um ganho no futuro e distinguindo-a daqueloutra, como a que acontece nos casos de erro médico, em que, havendo também uma situação de aleatoriedade, as chances são de evitar um dano futuro, para aventar a ideia de que nesta derradeira hipótese se está, no fundo, a lidar com o requisito da causalidade]. Quer isto dizer que, não só a figura contende com domínios muito diversificados, como se estende a âmbitos onde a presença de um direito subjectivo de tipo absoluto não é certa. Pense-se no caso em que A, advogado, não interpõe recurso de uma decisão ou não propõe, no tempo devido, uma acção, impedindo que o seu constituinte obtenha ganho de causa. Estamos aí no domínio contratual e o dano que se verifica, face à incerteza da procedência do pedido judicial, é, de facto, a perda de uma chance de ganho, que pode ou não integrar-se entre os interesses protegidos pela economia negocial edificada *inter partes* [cf., para uma breve consideração do problema ao nível do direito contratual, entre nós, PAULO MOTA PINTO, *Interesse contratual negativo... cit.*, p. 1103 e ss., mostrando as dificuldades de compatibilizar a figura com a limitação da indemnização ao interesse contratual negativo, no caso da responsabilidade pré-contratual, mas admitindo que se pode colocar o problema de um eventual ressarcimento de uma perda de chances de obtenção de oportunidades alternativas. Veja-se, também, quanto ao ponto, que qualifica como perda de oportunidade comercial, PATRÍCIA HELENA LEAL CORDEIRO DA COSTA, *O dano da perda de chance... cit.*, p. 36]. Mas pense-se também naquela hipótese em que A, estudante, é ferido num acidente de viação e não faz um exame, perdendo a possibilidade de ser aprovado. Ou naqueloutra em que o médico A retarda um diagnóstico de uma doença cancerosa, reduzindo as possibilidades de cura numa percentagem considerável. As situações são colhidos no estudo de RUTE TEIXEIRA PEDRO, mas configuram exemplos de escola. Um olhar, ainda que perfunctório, sobre elas ditará uma conclusão simples: a trilogia categorial apresentada justifica-se não só por uma questão de arrumação temática das matérias, mas também, e de forma mais importante para a análise dogmática que encetamos, por uma ancoragem problemática distinta, tendo em conta os diversos pressupostos delituais e a modelação do sistema aquiliano com que lidamos. Assim, se o caso do advogado, determinando a hipotética assimilação da sua intencionalidade problemática pela intencionalidade problemática do regime contratual, pode ser pensado na óptica do dano, e se o mesmo se passa na segunda hipótese, importa, contudo, frisar que, na hipótese do médico que retarda o diagnóstico, a recondução do dano à conduta do agente é, para quem, como nós, aceite a ideia de *causalidade fundamentadora da responsabilidade*, mediada pela prévia integração dele na esfera de protecção do bem jurídico preterido. Essa presença obrigatória da ilicitude implica que, na derradeira alternativa considerada, o dano não possa ser configurado como a perda de chance de cura ou de sobrevivência [Veja-se, a este propósito, KOZIOL, “Schadensersatz für den Verlust einer Chance?”, ...cit.,

p. 245; HANS STOLL, “Schadensersatz für verlorene Heilungschancen...”, ... cit., p. 475 e ss.; MAURIZIO BOCCHIOLA, “Perdita di una chance...”, ... cit., p. 63, sustentando que, se a chance é vista como uma mero interesse de facto, a possibilidade do seu ressarcimento pode estar seriamente comprometida, tudo dependendo da interpretação que se dê ao artigo 2043º CC italiano nomeadamente ao requisito da injustiça do dano; PAULO MOTA PINTO, *Interesse contratual negativo*... cit., p. 1105, mostrando que, se o ordenamento jurídico exige a ofensa de um bem jurídico, não se pode depois contentar com a violação de uma chance de salvaguarda desse bem; BUSNELLI, “Perdita di una chance e risarcimento del danno”, ...cit., p. 47 e ss., em especial p. 49, considerando que se alargaria, com a indemnização do dano da perda de chance, a responsabilidade civil para além da violação de direitos subjectivos; CHRISTIAN LAPOYADE DESCHAMPS, “La réparation du préjudice économique pur en droit français”, ... cit., p. 372, considerando que, deste modo, se pode encontrar um expediente para o ressarcimento dos danos puramente patrimoniais; ADRIANO DE CUPIS, “Il risarcimento della perdita di chance”, *Giurisprudenza italiana*, 1986, I, sez. I, cols. 1181 e ss. (considerando que as expectativas de facto não são indemnizáveis, mas são-no as expectativas jurídicas, pelo que em determinadas situações, como as que envolvem a participação num concurso, se pode colocar o problema da indemnização da perda de chance). Cf, igualmente, NILS JANSEN, *Die Struktur des Haftungsrecht*... cit., p. 129 e ss., também citado por PAULO MOTA PINTO – *ob. cit., loc. cit.* – considerando-se que não está em debate um novo objecto de tutela, mas o alargamento do âmbito de protecção. Simplesmente, essa antecipação da protecção não implica, necessariamente, a perspectivação do problema à luz do pressuposto dano; RUTE TEIXEIRA PEDRO, *A responsabilidade civil do médico*...cit., p. 377 e ss., admitindo que “há uma dificuldade de considerar a chance de cura como um verdadeiro bem distinto da saúde e da vida”, porquanto não apresentem “consistência jurídica autónoma”, pelo que, para muitos, a transposição da figura para o âmbito da responsabilidade médica configuraria uma distorção dela, que passaria a pertencer ao requisito causal, mas considerando, a partir da conformação do direito geral de personalidade, que “a autónoma tutela reparatória das chances traduz, apenas, a extensão da protecção jurídico-civilística a outras camadas que densificam o conteúdo de específicos bem jurídicos pessoais, derivados de e incluídos naquele direito geral. Representará uma defesa de segunda linha, que operará para garantir o fundamento do instituto da responsabilidade civil que, se reportado aos bens jurídicos vida e saúde, se revela inoperativo” – cf. p. 383 (sobre o ponto, veja-se, também, MARIE- PIERRE LAMOUR, “Des cas où l’on répare les dommages que l’on n’a pas causés”, *Revue de la Recherche Juridique. Droit Prospectif*, 2002, p. 1237 e ss., em especial p. 1243 e ss., considerando que se lida com um binómio certeza-incerteza, a segunda respeitando ao dano final; a primeira referente ao dano intermédio, pelo que a indemnização não deve corresponder ao montante do prejuízo final, mas deverá ser proporcional à chance que se perdeu). Adverte, porém, que “nos casos em que o nexos causal entre o acto médico e o dano final se apresenta demonstrado, a noção de perda de chance é proscribida porque desnecessária. Um entendimento diverso, para além de atraiçoar a natureza instrumental das chances, importaria um duplo ressarcimento e um consequente enriquecimento indevido do lesado” – cf. 384. No fundo, “a chance perdida é vista como um valor conexo a um bem do lesado; não se exige que a chance, em si mesma, seja susceptível de ser judicialmente accionada, sendo suficiente que ela respeite a um direito susceptível de se fazer valer judicialmente” – cf. p. 385. Mas, se assim é, o que releva é ainda a saúde, a integridade física ou a vida e o que se está a dizer é que ela foi lesada pelo médico, embora numa linha avançada. De outro modo, não haveria ilicitude. Donde, o que parece relevar, contra o sustentado por RUTE TEIXEIRA PEDRO, é exactamente a necessidade de salvaguardar aquele filtro objectivo de procedência da pretensão indemnizatória. E, ao fazê-lo, acaba por nos mostrar a relação que se estabelece entre a lesão e a conduta do lesante através de um nexos de ilicitude. Donde se questiona se, verdadeiramente, o que releva a este ensejo não será a própria dificuldade de firmar o que tradicionalmente se designa por nexos de causalidade. Veja-se, para uma adequada compreensão da proximidade entre o problema e a ilicitude, entre nós, JÚLIO GOMES, “Sobre o dano da perda de chance”, ... cit., p. 9 e ss. e p. 23 – o jurista português parece lidar mal com a ideia de perda de chance, porque ela parece “brigar com a afirmação generalizada de que a mera perda de expectativas não representa um dano indemnizável”, e, além fronteiras, UMBERTO VIOLANTE, “La chance di un giro di valzer (sul danno biologico dell’aspirante ballerino)”, *Danno e responsabilità*, 1999, p. 534 e ss., sublinhando que a perda de chance pode levar a uma confluência entre ilicitude e dano]. Na verdade, se, pese embora a negligência médica a impedir o diagnóstico precoce da doença, o paciente sobreviver, deixa de haver um bem jurídico lesado e, portanto, deixa de haver ilicitude, não fazendo sentido aventar-se a possibilidade do ressarcimento. A pretensa autonomização do dano, centrado na obliteração da chance, deixa de fazer sentido [cf., a este propósito, JÚLIO GOMES, “Sobre o dano da perda de chance”, ... cit., p. 31 (dando o exemplo do bilhete de lotaria destruído e considerando que os detractores da doutrina da indemnização do dano da perda de chance adiantam que, sendo visto como um dano autónomo, os defensores da teoria deveriam defender que a chance foi destruída e, portanto, advogar a indemnização

dela, mesmo quando, no momento do julgamento, já se sabia que o bilhete não tinha sido premiado). Veja-se, igualmente, p. 32, onde o autor esclarece que não existe independência absoluta entre os dois danos – dano final e perda de chance – já que “não há perda de chances de cura, a não ser que o doente morra ou permaneça doente”. Donde se conclui que, aí, a perda de chance apenas pode ser encarada sob o prisma da causalidade [cf. NILS JANSEN, “The idea of a lost chance...”, ...cit, p. 283, admitindo que o conceito é útil para alijar as dificuldades probatórias ao nível da causalidade, ainda que possa ser encarado sob a óptica do dano]. Aqui chegados, importa tecer algumas considerações adicionais. Na verdade, se o móbil da construção dogmática passa pela flexibilização do ónus probatório, então a perda de chance deixa de ser pensada como uma categoria dotada de uma intencionalidade específica para ser vista como um remédio ao serviço da protecção da vítima. Simplesmente, se assim é, parece-nos terem razão VINEY e JOURDAIN. Vamos, contudo, mais longe. Como sublinharemos em texto, a compreensão do requisito imputacional e o desenho processual com que nos confrontamos determinam que olhemos para a excepção outrora admitida como estando situada no plano da regra. Ou seja, e adiantando algumas das nossas conclusões, se a inversão do ónus da prova era advogada no seio da responsabilidade médica atentos os especiais deveres dos profissionais de saúde, cremos que sempre que se possa erigir uma esfera de responsabilidade assente em deveres para com o outro é viável estender a solução [sobre a inversão do ónus da prova quando em causa está a actuação de um profissional, cf. VAZ SERRA, “Provas, Direito probatório material”, *Boletim do Ministério da Justiça*, nº110, 1961, p. 55 e ss., p. 160 e ss., considerando que se deveria formular um princípio segundo o qual o ónus da prova se inverteria, quando, de acordo com a razoabilidade, não seja exigível a demonstração do facto pelo onerado, de que é expressão o artigo 344º/2 CC, e defendendo que, no caso de responsabilidade profissional, a inversão do ónus da prova da causalidade, quando “tenham, mediante actuação culposa, exposto a outra parte a um perigo que poderia ter causado o dano, o qual também poderia ser produzido por outra causa”] [Acerca do que aqui ficou dito, cf., ainda, ANNICK DORSNER-DOLIVET, “Cour de Cassation...”, ... cit., p. 306, considerando que, ao admitir-se a indemnização da perda de chance e ao olharmos para o problema sob a óptica da causalidade, corre-se o risco de, no tocante à responsabilidade médica, se estender a solução a toda e qualquer actividade do profissional de saúde, já que toda a *faute* implica uma perda de chances de sobrevivência e de cura]. Donde, e porque a responsabilidade, indissociável da liberdade positivamente conformada, não se compreende sem a referência ao dever, encontramos a *ratio* da proposta que apresentamos a este ensejo. É claro que nada garante, em absoluto, que o dano tenha sido efectivamente gerado pelo pretense lesante. No entanto, ele pode vir apresentar a exigível contraprova; além disso, do que se trata é de saber quem deve, numa insuperável situação de incerteza, suportar o desconhecimento do que realmente aconteceu. Acresce que, e como bem nota PAULO MOTA PINTO – *Interesse contratual negativo...* cit., p. 1104 –, “em termos matemáticos é igualmente arbitrário conceder a indemnização quando a probabilidade é de 90% ou de 10%”. Isto evidencia como o juízo jurídico assente em parâmetros probabilísticos acaba por se mostrar falho de sustentação. Não só nada garante, ainda que a probabilidade de produção do dano seja de 90%, que ele não se integre naqueles 10% restantes, como a transição entre a área de ressarcibilidade e a de não ressarcibilidade se pode mostrar problemática. Curiosamente, foi a consciência dessa dificuldade que suscitou, por parte de alguns pensadores, um forte entusiasmo relativamente ao dano da perda de chance, viabilizando a defesa de ressarcimentos parciais, proporcionais à chance que se perdeu. Não se pense, contudo, estarmos, aqui, a lidar com um magma uniforme de soluções. Se têm a uni-las a redução da indemnização a que se aludiu, bipartem-se na dupla perspectivação a que já aludimos. Na verdade, a par das posições que, centrando-se no dano, autonomizam um novo pólo de referência da responsabilidade – a chance – e arbitram uma responsabilidade correspondente à perda gerada, encontramos outras que graduam o requisito causal, fazendo-lhe corresponder, porque não certo, mas apenas possível, uma responsabilidade diminuída em termos proporcionais.

Para uma crítica das posições gradualistas, cf. PAULO MOTA PINTO, *Interesse contratual negativo...* cit., p. 1106, considerando que elas “pagam a solução mais equilibrada com a dispensa da consumação do bem”, conduzem a um “excesso de responsabilidade e insegurança” e transformam “o lesante em garante da probabilidade de sucesso de cada titular da chance quando esta não oferecia nada garantido”. Entende, por isso, o autor que “fundamental não é o enquadramento, mas saber se o âmbito de protecção garantida pela norma ou pelo bem afectado inclui igualmente a mera elevação do risco de lesão, bastando essa mera elevação do risco para que se imponha o dever de indemnizar”. E acrescenta que “nunca se poderá considerar relevante qualquer elevação do risco (ou diminuição das chances), ainda antes do resultado lesivo final como dano ressarcível. Mesmo depois do desfecho, se este for negativo, também não poderia considerar-se que qualquer elevação do risco, só por si, levará a uma indemnização proporcional, tendo de haver um limiar mínimo de relevância”. Sustentando que não existe hoje qualquer base jurídico-positiva para apoiar a indemnização da perda de chances, a melhor via é seguir o caminho da inversão do

ónus da prova e depois diminuir a indemnização por aplicação do artigo 494º CC [veja-se, igualmente, no tocante à responsabilidade médica, SINDE MONTEIRO, “Aspectos particulares da responsabilidade médica”, ... cit., p. 150 e ss.].

Divergimos do autor relativamente às razões da desconfiança apontadas. Não é um excesso de responsabilidade que tememos. Antes nos movemos pela convicção da ancoragem de muitas das situações pensadas no tópico causal, a determinar que a melhor solução passe pela correcta compreensão do ónus da prova (cf., nesse sentido, JÚLIO GOMES, “Sobre o dano da perda de chance”, ... cit., p. 46 e ss.; GENEVIÈVE VINEY/PATRICE JOURDAIN, *Traité. Les conditions...* cit., p. 202). A opção por aquilo que vem conhecido por solução do «tudo ou nada» parece-nos, pois, preferível (o que não significa que não haja situações em que, por outra via, se reduza a indemnização). Simplesmente, em vez de negarmos o ressarcimento nessas hipóteses – por não verificação do requisito – ou de nos quedarmos na busca de uma probabilidade superior a 50%, sem a qual a causalidade se não verificaria, olhamos para a elevação do risco entendido sob o prisma da assunção de uma esfera de responsabilidade e respondemos ao problema da prova da relação dita causal em sentido diverso do tradicionalmente cogitado [Sobre o ponto, vejamo-se, contudo, as dúvidas patenteadas por parte da doutrina, designadamente aquelas que vêm aduzir que este posicionamento conduz a uma “sobreposição entre a causalidade e a culpa”, introduzindo-se no direito civil uma regra contrária ao princípio *in dubio pro reo* do direito penal – cf. RUTE TEIXEIRA PEDRO, *A responsabilidade civil do médico...* cit., p. 414. Note-se que a autora trata do problema, não em geral, mas a propósito da relevância da perda de chance decorrente de um acto culposo, para o que, segundo a posição por si defendida, seria necessário a prova da genérica chance que a estatística comprova. Trata-se, para a civilista, de uma “simples interpenetração entre dois pressupostos e polivalência funcional da causalidade jurídica”, ou seja, se bem que o desvalor de conduta não seja suficiente para gerar uma obrigação de indemnizar, “o carácter desvalioso da conduta e a intensidade desse desvalor poderão ter interferência na solução das hipóteses em que a causalidade é incerta ou de difícil estimação” (cf. p. 416). Para a autora, a hipótese é legitimada pela “função repressiva da responsabilidade civil comunicada acessoriamente pelo artigo 494º CC”, ao ponto de se poder sustentar que a formulação negativa da causalidade adequada – menos onerosa para o lesado em termos probatórios – deve ser adoptada quando em causa esteja um acto ilícito. Importa, a este propósito, tecer dois esclarecimentos. Em primeiro lugar, e como bem sabemos, não aderimos a uma visão sancionatória estrita da responsabilidade civil, antes ancorando a solução a que fazemos referência nesta nota numa perspectiva eticamente cunhada da responsabilidade civil. Em segundo lugar, convém referir que a pretensa confusão entre a culpa e a causalidade fica arredada do nosso horizonte discursivo pelos motivos atrás expostos, para os quais remetemos]. Importa, no entanto, referir que *infra* ponderaremos se não é possível, num caso concreto, verificar-se um concurso entre uma esfera de risco assumida pelo lesante e uma esfera de risco natural, a ser ponderada com recurso a outros critérios. Não está aí em causa, contudo, uma mera análise probabilística dos dados jurídicos.

Cf., a este ensejo, JÚLIO GOMES, “Sobre o dano da perda de chance”, ... cit., p. 36 e ss. Considerando a duplicidade de perspectivas, a que já aludimos, a propósito da perda de chance, JÚLIO GOMES interroga-se se “o recurso à perda de chance dissimula uma responsabilidade parcial por causalidade possível”. Nesse sentido, aduz que “o problema da perda de chance só pode colocar-se se a chance pré-existe, sem qualquer certeza do resultado favorável ou desfavorável”. Além disso, com a figura “confunde-se o dano com a violação do dever de diligência exigível ou parece utilizar-se a responsabilidade para prevenir e punir a criação de situações de perigo”, ao que acresce a dificuldade de separar os planos da causalidade e do dano. Conclui, portanto, que a “doutrina da perda de chance constitui uma ruptura mais ou menos camuflada com a concepção clássica da causalidade” e “não se [nos] afigura adequado introduzir, de maneira tão dissimulada, um reconhecimento da causalidade probabilística”, até porque, segundo esclarece, o artigo 563º CC consagra a doutrina da causalidade adequada. Para ulteriores críticas que o autor dirige à doutrina, veja-se p. 44 e ss.: não só implica uma nova visão da causalidade como convoca uma função preventiva da responsabilidade (evita, por exemplo, que o “médico possa invocar um desenrolar hipotético que ele próprio com a sua conduta inviabilizou”). Admite, no entanto, um “espaço ou dimensão da perda de chance no direito português: situações pontuais, tais como as situações em que ocorre a perda de um bilhete de lotaria ou em que se é ilicitamente afastado de um concurso. Aqui a chance já se densificou o suficiente para se poder falar de quase propriedade de um bem” (cf., novamente, p. 44). Em suma, “resta saber se a melhor forma de resolver alguns problemas é o reconhecimento de um dano da perda de chance ou se não deverá ser antes motivo para rever as regras em matéria de causalidade, ou reconhecendo a relevância da causalidade probabilística, como pretende um sector da análise económica do direito, ou revendo as regras sobre a causalidade alternativa” – p. 46.

Remetemos para a exposição do nosso texto para a cabal compreensão dos fundamentos que escoram a posição aqui plasmada. Refira-se unicamente que, como veremos aí, uma acabada consideração do

problema implicaria saber se, em relação à perda de chance, não se exclui o ressarcimento por falta da condicionalidade *sine qua non* [Relembre-se, apenas, a lição de JACQUES BORÉ, “L’indemnisation pour les chances perdues...”, ... cit., 2620, considerando que só é possível pensar na indemnização da perda de chance se se abdicar de uma ligação à física abstracta que é comum à doutrina da causalidade adequada e à equivalência das condições e que passa pela afirmação da condicionalidade *sine qua non*; entre nós, vide JÚLIO GOMES, “Sobre o dano da perda de chance”, ... cit., p. 41, considerando que a doutrina da equivalência das condições se situa nos antípodas da perda de chance. Veja-se, também, p. 42, onde, em relação à teoria da causalidade adequada, JÚLIO GOMES adianta que “a teoria da causalidade adequada também tem em conta a probabilidade; no entanto, esta é tratada como um meio de aceder a uma certeza que se tem por indispensável, quanto à existência do nexo de causalidade. Já na teoria da perda de chance, a presença de factores aleatórios importantes não permite ultrapassar a distância que separa a probabilidade da certeza”. Em suma, para JÚLIO GOMES, não só no tocante à condicionalidade *sine qua non*, como também no que tange à adequação, a adopção da figura do dano da perda de chance constitui “uma ruptura significativa com a noção de causalidade comumente aceite”. Cf., igualmente, ZENO-ZENCOVICH, *La sorte del paciente: la responsabilità del médico per l’errore diagnostico*, CEDAM, Padova, 1994, p. 76, considerando que a perda de chance afasta o requisito causal e introduz no julgamento jurídico um elemento estatístico. Percebemos, portanto, que para quem, como nós, se situe longe dos quadros dogmáticos mais ortodoxos na matéria, o fenómeno em causa não seja acolhido, não porque ele contenda com o *status quo* normativo vigente, mas porque deixa, simplesmente, de ser problematizável do ponto de vista causal. Já por referência ao dano, sabemos que são outros os problemas colocados, sem que nos possamos ocupar do problema, excepto naquele segmento já tratado. Para outras considerações, vide RUTE TEIXEIRA PEDRO, *A responsabilidade civil do médico...* cit., p. 397 e ss., levantando a hipótese heurística de a adesão à figura da perda de chance implicar uma alteração das regras de aferição do nexo causal que valem para o ilícito em geral. Para a autora, a perda de chance não constitui uma excepção à regra em matéria de causalidade, uma vez que o objecto do ressarcimento não é o dano final. Mais enfaticamente, RUTE TEIXEIRA PEDRO aduz – cf. p. 403 – que a perda de chance pode funcionar mesmo como “um instrumento de adaptação do esquema jurídico à específica natureza da matéria regulada”. Segundo a autora, enquanto todas as ciências se abrem a uma perspectiva probabilística, a disciplina jurídica permanece alheia a esse movimento e exige um juízo de condicionalidade. Ora, o direito deve “reconhecer a debilidade dos seus quadros de raciocínio tradicional e procurar encontrar formas de as colmatar, sem se desviar dos vectores orientadores”. Mais informa que com isto não se abre a porta a uma responsabilidade virtual. Apesar de haver uma margem de incerteza, ela é “omnipresente na operação de estabelecimento do nexo causal” – cf. p. 412]. Furtamo-nos à abordagem da questão, não porque não reconheçamos a sua importância prática e teórica, mas porque ela só fará sentido se, previamente ao juízo dito causal, se autonomizar uma ponderação condicional. Importa, portanto, analisar o tópico, tarefa que abraçaremos *infra*.

Maiores são os problemas suscitados pela figura do dano da perda de chance. Desde logo, para quem o considere à luz do dano, importa saber se estamos diante de um lucro cessante ou de um dano emergente, não concitando a questão unanimidade por parte da doutrina. Para um mero apontamento sobre ela, vide PAULO MOTA PINTO, *Interesse contratual negativo...* cit., p. 687 e ss.; RUTE TEIXEIRA PEDRO, *A responsabilidade civil do médico...* cit., p. 221; JÚLIO GOMES, “Sobre o dano da perda de chance”, ... cit., p. 25 e ss.; BUSNELLI, “Perdita di una chance...”, ... cit., p. 47 e ss. (considerando que o lucro cessante resultaria de uma lesão de um direito subjectivo, enquanto que ao nível da perda de chance se tutelariam interesses de facto); RENATO PARTISANI, “Lesione di un interesse legittimo e danno risarcibile: la perdita della chance”, *Responsabilità civile e Previdenza*, 2000, p. 566 e ss., aqui p. 582, nota 48; HELMUT KOZIOL, “Schadensersatz für den Verlust einer Chance?”, ... cit., aqui 240; MAURIZIO BOCCHIOLA, “Perdita di una chance e certeza del danno”, ... cit., p. 60 e ss. (questionando se é possível cindir o dano da perda de chance do lucro cessante, para concluir que o critério distintivo só se pode encontrar na certeza do dano, e referindo que a perda de chance, a ser indemnizada, deve sê-lo como dano emergente e não como lucro cessante).

Veja-se, ainda, para um elenco de outras nervuras dogmáticas acerca do dano da perda de chance, RUTE TEIXEIRA PEDRO, *op. cit.*, p. 386 e ss.

Cf., também, PATRICE JOURDAIN, “Responsabilité civile”, *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 95^e année, n^o4, 1996, p. 912 e ss. (abordando o problema da perda de chance e relacionando-o com a questão dos danos por ricochete. Em apreço o prejuízo moral consecutivo à perda de chance de sobrevivência da vítima inicial – *préjudice d’affection* que resulta da morte de um ente querido. Este dano, a existir, não pode ser indemnizado, de acordo com a posição da autora, pela falta de nexo de causalidade entre a *faute* e a morte, mostrando que a perda de chance é um prejuízo da própria vítima directa). Vide, ainda, FRANCESCO DONATO BUSNELLI, “Perdita di una chance...”, ... cit., c. 50.

Entre nós, cf. Ac. STJ de 29 de Abril de 2010, in www.dgsi.pt; Ac. STJ de 22 de Outubro de 2009, in *Colectânea de Jurisprudência – Acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça*, tomo III, 2009, p. 152 e ss. (rejeitando a doutrina da perda de chance e entendendo que o não ganho de um concurso se inscreve numa *alea* que não pode ser imputada ao lesante, por entender que só esta solução é compatível com a causalidade adequada); Ac. Tribunal da Relação de Coimbra de 29 Janeiro de 2008 (sustentando que a perda de chance não encontra acolhimento no nosso direito positivo, na medida em que apenas são ressarcíveis os danos futuros previsíveis, noção que apela a uma ideia de adequação entre o facto e o dano. Porque a chance não é razoavelmente previsível e expectável, entende-se que a perda dela não configura um dano indemnizável. Simplesmente, no caso concreto submetido à apreciação do tribunal, o colectivo considerou que, uma vez que o lesado se vê, pela incapacidade física de que passa a sofrer, impossibilitado de progredir na carreira profissional submetendo-se a provas físicas, não se deve enquadrar a hipótese *sub iudice* na perda de chance, antes se devendo pensar que estamos diante de um dano patrimonial – houve um não incremento do património do lesado. Cf., a este propósito, PATRÍCIA HELENA LEAL CORDEIRO DA COSTA, *O dano da perda de chance...* cit., p. 65, defendendo que se trata de uma situação de perda de chance, com o que se distancia do entendimento jurisprudencial. Não cremos, porém, que se deva subscrever o entendimento da autora. Na verdade, não se trata aqui de indemnizar a não promoção concreta de que se cura, mas de ressarcir a impossibilidade permanente – atentas as condições de subida profissional – de tal se concretizar).

Veja-se, para um elenco sistemático das hipóteses de perda de chance, PATRÍCIA HELENA LEAL CORDEIRO DA COSTA, *O dano da perda de chance...* cit., p. 31 e ss.: oportunidade de vitória em jogos de sorte ou azar; oportunidade de vitória em competições desportivas; oportunidade de vitória em processos judiciais, procedimentos administrativos ou concursos privados; oportunidade de cura ou de sobrevivência; perda de oportunidade comercial. Tendo em conta a natureza do dano final, a autora fala (p. 36) de oportunidade económica, oportunidade pessoal, oportunidade de captação de um lucro, oportunidade de evitar uma perda, oportunidade perdida directamente, oportunidade perdida indirectamente, oportunidade passada e oportunidade futura.

Referência actual, a este ensejo, aos problemas dos *wrongful births* e dos *wrongful lifes*, a que já noutro ponto aludimos. Sobre o tópico, cf. RUTE TEIXEIRA PEDRO, *Responsabilidade médica...* cit., p. 310 e ss.; PATRÍCIA HELENA LEAL CORDEIRO DA COSTA, *O dano da perda de chance...* cit., p. 84.

²³²⁸ Cf., ainda a propósito da perda de chance, JOSEPH H. KING, “Causation, Valuation and Chance in Personal Injury Torts Involving preexisting conditions and future consequences”, *The Yale Law Journal*, vol. 90, number 6, 1981, p. 1353 e ss. O autor põe em confronto dois conceitos distintos, embora próximos: a *causation* (referida à relação de causa-efeito que se deve estabelecer entre a acção e o dano) e a *valuation* (que diz respeito ao processo de identificação e medida do dano que foi causado pela conduta ilícita), e afirma que a apreciação da dicotomia é “o primeiro passo para lidar racionalmente com os problemas das condições pré-existentes e as consequências futuras” (p. 1354). Em geral, “uma condição pré-existente pode ser definida como uma doença, uma condição ou força que se torna suficientemente associada com a vítima para ser tida em conta quando se avalia o interesse destruído”. Ela pode operar como uma *contributing cause* e como uma condição pré-existente. Os problemas agigantam-se quando “uma força pré-existente e um tort operam activamente durante um curto espaço de tempo para causar um resultado final e este se mostra indivisível”. Ambas as forças podem ser causa do dano, nenhuma sendo, portanto, condição pré-existente. Mas, (cf. p. 1360), o lesante deve apenas ser sujeito à responsabilidade até ao limite do seu contributo ao permitir que a condição pré-existente progredisse. Explicitando o raciocínio do autor com um exemplo por si oferecido, podemos dizer que, se A mata B, doente terminal, a conduta de A é causa do dano, mas o facto de B já ter poucos dias de vida não pode deixar de influir na indemnização a estimar. É neste contexto que o autor pondera o problema do ressarcimento do dano da perda de chance. Cf. p. 1363 e o caso aí colhido: o médico A não faz o diagnóstico atempado de um cancro que, por isso, se torna inoperável. Mesmo com o diagnóstico correcto, o paciente só teria 30% de hipóteses de cura. Segundo uma abordagem tradicional, “o dano não é indemnizável porque não parece ser mais provável do que não que o paciente teria sobrevivido com o cuidado apropriado”; de acordo com uma abordagem racional, como ele ficou privado de 30% de chances de cura, o dano da perda dessas hipóteses deve ser ressarcido. Embora não concordando com a perspectiva defendida pelo autor – que abre a defesa de uma causalidade analisada em termos percentuais e parece olhar para a perda de chance sob a óptica do dano –, importa colher da sua lição que a relevância dada às condições pré-existentes – a viabilizar, segundo alguns autores que tivemos oportunidade de acompanhar, a tematização das chances e da sua perda – pode ser diversa consoante nos situemos num momento imputacional ou nos ocupemos do cálculo da indemnização.

²³²⁹ A propósito da plausibilidade da doutrina da perda de chance, cf. os argumentos de direito positivo invocados por PATRÍCIA HELENA LEAL CORDEIRO DA COSTA, *O dano da perda de chance...* cit., p. 39 e

Nisto apartamo-nos da lição tradicional: a perspectivação da responsabilidade civil, não só à luz da comutatividade anunciada preteritamente, como do princípio normativo da responsabilidade, a fazer-nos olhar para o lesante e não só para a posição do lesado, permite cobrir de outro modo a questão processual com que lidamos.

ss., citando o artigo 2º/7 Directiva 92/13/CEE: “Quando uma pessoa introduza um pedido de indemnização por perdas e danos relativo aos custos incorridos com a preparação de uma proposta ou apresentação de um procedimento de celebração de um contrato, apenas terá de provar que houve violação do direito comunitário em matéria de celebração dos contratos ou das normas nacionais de transposição desse direito e que teria tido uma possibilidade real de lhe ser atribuído o contrato que foi prejudicado por essa violação” e o artigo 3.106 dos *Princípios do Direito Europeu da Responsabilidade Civil*, a propósito das causas incertas na esfera do lesado (este deverá suportar o prejuízo na medida correspondente à probabilidade de este ter sido causado por uma actividade, ocorrência ou qualquer outra circunstância que se situe no âmbito da sua própria esfera, incluindo eventos naturais). No que ao último preceito concerne, importa ter em conta que o facto de estarmos diante de um juízo probabilístico não nos remete necessariamente para a doutrina da perda de chance. Mais se refira que a solução proposta ao nível europeu parece falhar em múltiplos aspectos. Desde logo, parte-se do pressuposto – nem sempre seguro – de que é possível determinar o grau de probabilidade de ocorrência de um evento e o grau de probabilidade de polarização da sua origem na esfera do lesado. Por outro lado, parece indiciar-se que a imputação se vai basear exclusivamente nessa ponderação probabilística, mesmo sabendo que a regularidade estatística está longe de nos transmitir certezas e apenas nos indica o grau de frequência na ocorrência dos acontecimentos. Na verdade, a pertença do dano à esfera do lesado, mesmo assentando em índices probabilísticos, não pode senão ser determinada por critérios normativos, como sublinhámos anteriormente. Nessa medida, o argumento da autora parece falhar na defesa da perda de chance. Outros argumentos por si aduzidos passam pela consideração da existência de casos de divisibilidade causal nos termos do artigo 506º/2 e 570ºCC.

²³³⁰ Cf., no quadro da *Common Law*, *Hoston v. East Berkshire Area Health Authority*, onde se recusa que a pessoa ilicitamente exposta ao risco de lesão, reduzindo-se as suas chances de permanecer incólume, seja indemnizada.

Ainda sobre a perda de chance em Inglaterra, cf. ARIEL PORAT e ALEX STEIN, “Indeterminate causation and apportionment of damage: an essay on *Holtby*, Allen and Fairchild”, *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 23, nº4, 2003, p. 667-702, p. 680, dando conta do precedente *Thigh*: caso de perda de chance de recuperação de um problema de saúde em virtude de um errado diagnóstico médico. O lesado tinha 25% de hipóteses de recuperar se tivesse sido detectado o problema e considerou-se que, em aplicação do precedente *Hoston*, não há direito à indemnização.

Em comparação, os autores ponderam um *lost-income case* (cf. p. 680): o lesado foi ferido num acidente de automóvel provocado pela negligência de B. Isso diminuiu a sua capacidade para o trabalho. Se antes do evento lesivo, ele tinha 30% de probabilidades de obter um melhor trabalho e passar a auferir mais salarialmente, a incapacidade de que passa a padecer torna tal desiderato impossível. Aqui deve ser indemnizada a perda de capacidade para o trabalho: o lesante privou a vítima de uma oportunidade de ganho e esta tem repercussão patrimonial. Não se confunde, portanto, com as situações de perda de chance: “dizer que a vítima sofre um dano de 25% [como no caso *Hoston*] é artificial”, porque ou o dano existe ou ele inexistente.

Cf., igualmente, p. 685, que aqui traremos à colação: A requereu uma cirurgia urgente, que lhe teria dado 75% de hipóteses de recuperar. O médico, negligentemente, adiou a operação, que, mesmo tendo sido conduzida com todo o cuidado, apenas garantiu 25% de hipóteses de recuperação. O lesado não recuperou, colocando-se a dúvida acerca da qualificação da situação como *malpractice* ou *misfortune*. A primeira transfere o lesado de um grupo de pacientes que foram prontamente operados para um grupo de outros cuja operação foi adiada. A probabilidade causal será sempre maior que o risco de lesão. Assim, tomando como amostra exemplificativa 100 pessoas, podemos distinguir dois grupos: a) grupo 1, composto por 75 pessoas que recuperam e 25 que não recuperam; b) grupo 2, composto por 75 pessoas que não recuperam e 25 que recuperam. O lesado pertence ao sub-grupo 1 do grupo 2, que se divide em duas categorias: a) 25 pacientes que estavam condenados a não recuperar e não são afectados pelo erro médico; b) 50 pacientes que teriam recuperado se a operação tivesse sido tempestiva. Há, por isso, 67% de hipóteses de o lesado pertencer à categoria b).

Tal repercute-se noutros planos. Na verdade, à luz da posição que afastamos, enredam-se os autores na definição do grau de probabilidade suficiente, a confundir-se com a verdade juridicamente relevante, enquanto nós, como ficou claro, garantimos o acerto judicial com a mera possibilidade.

Duas notas urgem, portanto.

Uma para denunciar o que implicitamente criticámos *supra*, já que agora se torna evidente o sentido causal puro da causalidade, ainda que conformada pelas doutrinas da adequação. Outra para evidenciar que, se ali o problema pode confluir com o da condicionalidade, aqui se denota uma cisão, pelo que, e porque a afirmação da eticidade não pode obnubilar a dimensão de justiça comutativa que informa o sistema delitual e bem assim a eficácia, não efficientista, que integra a vigência enquanto modo de ser do direito, importará, subsequentemente, lidar com esse nódulo problemático que se cinde^{2331 2332}. Sublinha-se, apenas, *avant la lettre*, que a solução a ensaiar a esse

²³³¹ Cf. STEPHEN PERRY, “Tort law”, ... cit., p. 73.

²³³² Cf. WEX S. MALONE, “Ruminations on cause-in-fact”,... cit., p. 65, onde o autor parece apresentar dois importantes argumentos para se considerar a *cause-in-fact* ao nível delitual. Por um lado, importa garantir o acerto do ajuizamento que se faça. Partindo-se da ideia de que tradicionalmente os autores se orientavam por uma noção fisicista de causalidade, tratando o requisito, pelo menos num dos seus segmentos de problematidade, como pura matéria de facto, urgia encontrar um critério que permitisse, para lá da pura sequência temporal de eventos, estabelecer com segurança a condicionalidade dos pólos a relacionar. Por outro lado, afigurava-se contrário ao ideal de justiça responsabilizar uma pessoa cujo comportamento não tivesse desempenhado qualquer papel na emergência da lesão (cf. p. 66).

MALONE, por seu turno, recusando o sentido puramente factual da *cause-in-fact*, entende-a de modo normativo e conceptualiza expedientes de limitação da responsabilidade – v.g. os que se colimam na ponderação do escopo da norma violada – como resultado da interdependência entre *factual and policy considerations* (cf. p. 73).

Tal é bastante para podermos, animados pelo pensamento do autor, tecer algumas considerações adicionais e esclarecer o sentido da cisão que deixámos inscrita em texto.

Na verdade, também nós, como MALONE, contestamos o pendor estanque da dicotomia traçada entre facto e direito. Se o fazemos em geral, fazemo-lo com mais propriedade ao nível da causalidade, ainda que perspectivada sob a óptica da condicionalidade. Na verdade, tal como o autor adverte, mesmo para quem queira ser fiel a uma ideia de *conditio sine qua non*, ou, para nos mantermos no quadro da linguagem anglo-saxónica, ao *but-for test*, há que reconhecer a natureza não *self-executing* do critério, o qual implica que “o julgador determine o que teria acontecido se o agente não tivesse actuado de forma ilícita e culposa”, o que abre a porta a uma infinidade de conjecturas ou, para as evitar, impõe a orientação por pontos de vista valorativos, a chamar à liça uma actuação consistente com a intencionalidade normativa da controvérsia e portante conforme ao direito.

Por isso mesmo, se nos mantivessemos atidos ao modelo tradicional de tratamento do pressuposto – entre nós dominado por uma lógica de adequação – teríamos de perceber que, não obstante se poderem, aí, distinguir dois patamares de resolução do problema (*conditio sine qua non* + causalidade adequada), com o primeiro se procurava aporeticamente definir o facto e com o segundo estabelecer, do ponto de vista do justo, a qualificação da condição, fazendo-a ascender a verdadeira causa. Ora, no primeiro plano, estaríamos contaminados pela intencionalidade normativa da indagação; e, no segundo segmento, ainda que totalmente dominados pela normatividade, deixaríamos, contudo, de levar até às últimas consequências as exigências de sentido por ela comunicadas. A meio termo, perdíamos a dimensão imputacional para resvalarmos num ajuizamento probabilístico que, apresentando uma índole estatística ou não, mais não parece fazer do que cumprir a missão já confiada ao *but-for test* e por ele deixada incompleta. Nessa medida, a unidade afirma-se, para lá da dualidade, pelo menos em termos funcionais.

ensejo será determinada, não obstante o afastamento da lógica apofântica do discurso juridicamente cunhado, pelo sentido que aqui ficou firmado, já que, ao afirmar-se a presunção de causalidade com os contornos axiológicos e responsabilizantes que aqui evidenciamos, serão depois as notas adjectivas a confluir na definição de uma solução que materialmente não podia também ser outra.

Antes, porém, algumas precisões. Sobretudo para salientar que não caminhamos sozinhos nesta conformação do problema causal ligado agora intrinsecamente à *vexata quaestio* da transposição entre o plano do dever ser e o plano do ser.

É, porém, outra a nossa perspectiva. Sabemos desde o início ser nossa preocupação vincar o sentido ético-axiológico que, segundo o esquema metódico por nós abraçado, deve também entretecer o pressuposto *causalidade*. Não perdendo de vista o ser que reclama a actuação do dever-ser, quebramos, não obstante, a unidade funcional para cindirmos as duas finalidades que ao pressuposto causal são cometidas. Ao sentido maior – imputacional – associa-se um outro, de conformação entre o plano do ser e do dever-ser, percebendo-se, então, a referência que fizemos *supra* à *cisão* que se anuncia. A qual deve ser compreendida de forma cautelosa. De facto, contra o que se poderia supor, ela não pode jamais ser entendida em termos epistémicos, nem sequer corresponde a uma dicotomia entre matéria de facto e matéria de direito. Quanto ao ponto, que aliás não é equivalente à perspectiva tradicional do problema, porquanto classicamente se denotam posições num e noutro sentido, afirmámos inequivocamente o sentido da dialéctica interdependência que se estabelece entre um e outro. Onde o que queremos significar com a *cisão* apenas pode ser encarado em termos didáctico-expositivos, por um lado, e simplesmente quer identificar o não confinamento do requisito causalidade a uma indagação puramente causal (seja ela factual, seja ela matizada pelas notas da juridicidade). Ela não apaga, pelo contrário, o sentido dialéctico que entretece o modelo por nós proposto.

Retomando a exposição de MALONE, cf., no estudo citado, p. 73 e ss. Sempre preocupado em demonstrar que a resolução do problema da *cause-in-fact* coenvolve aspectos normativos não despidendos, o autor atreve-se a evidenciar como o recurso à consideração do escopo da norma violada enquanto critério guia do julgador diante da controvérsia conduz a uma absoluta interdependência entre o facto e o direito. São suas as palavras: “the process of risk sorting and of estimating factual likelihood are sometimes only different facets of a single indivisible inquiry”.

Em suma, e se quisermos ensaiar uma sistematização comparativa com o pensamento tradicional, neste, a maioria dos autores mostrava-se fiel ao dicotómico tratamento da condicionalidade e da causalidade, divisória que podia ou não corresponder à distinção entre matéria de facto e matéria de direito. Outros, não autonomizando o primeiro segmento da indagação causal, estabeleciam um juízo unitário. Em qualquer dos casos, a tónica era a da unidade funcional. Por nós convertida em bipolaridade. Ou seja, em termos funcionais, distinguimos uma ideia de imputação e uma ideia de adequação ao real (com a qual se visa, ainda e sempre, na perspectiva dialéctica nunca abandonada, também o cumprimento de finalidades de justiça, salvaguardando o desenho comutativo do instituto). Aquela é cumprida por uma valoração ético-axiológica que, conformando a intencionalidade predicativa da juridicidade, se derrama pelos critérios predispostos legal e doutrinalmente para orientar o decidente em face de uma pretensão indemnizatória. A segunda resulta, adjectivamente, do processo dialéctico de comprovação de um âmbito de relevância concreto do caso, *a priori* recortado. Mas, como bem se verá, muitas das questões autonomizadas por motivos didáctico-expositivos no ponto que se segue encontram resposta no cotejo de esferas de risco que edificámos como projecção de um princípio com que abordámos o problema da causalidade.

Retomamos, *in fine*, o estudo de MALONE. Com ele, pretendemos sublinhar um último ponto, tido como fulcral na impostação do problema pelo autor. Assim, cf. p. 97 e ss. Lidando agora com a relação entre a *cause in fact* e a *proximate cause*, MALONE salienta que, embora aquela só possa ser solucionada com apelo a critérios normativos, nem por isso se deve abandonar a divisória entre os dois planos. Contudo, a diferença que os separa prende-se mais com aspectos atinentes ao grau do que à natureza de cada uma. Mais especificamente, é uma diversa luz, óptica ou perspectiva de abordagem de um mesmo fenómeno que viabiliza a separação.

Outros antes de nós tentaram ensaiar, em termos gerais, e com apelo ao risco, um critério de repartição do ónus da prova. A posição de PRÖLSS é disso exemplo fiel, dando origem à *Beweisverteilung nach Gefahrenkreisen* (doutrina das zonas de risco), segundo a qual o *onus probandi* impenderia sobre quem dominasse a zona de risco de onde provém o dano^{2333 2334}. Aduz como argumentos o facto de o lesado não ter acesso àquela ao que acresceria um desiderato preventivo que se almejava alcançar^{2335 2336}.

²³³³ PRÖLSS, *Beweiserleichterungen ...* cit., p. 72

²³³⁴ Veja-se, a este propósito, embora orientada pela questão da responsabilidade médica, a solução aventada por RUTE TEIXEIRA PEDRO, *A responsabilidade civil do médico...* cit., p. 450, considerando que “o afastamento do padrão de comportamento exigido comporta riscos, que devem ser corridos por aquele que assume uma conduta antinormativa. Um desses riscos é o da responsabilidade pelos chamados *evidential damages*, aqueles danos que derivam da impossibilidade de, através da actividade probatória desenvolvida em juízo, se atingir um conhecimento certo sobre determinados factos com importância determinante para a resolução de uma controvérsia submetida à apreciação do Tribunal”.

Acerca dos *evidential damages* ou danos probatórios, cf. ARIEL PORAT/ALEX STEIN, *Tort liability under uncertainty*, Oxford University Press, New York, 2001, em especial p. 160 e ss.; ID., “Indeterminate causation and apportionment of damage: ...”, ... cit., p. 667-702; ID., „Liability for uncertainty: Making evidential damage actionable“, *Cardozo Law Review*, nº18, 1997, p. 1891 e ss.

Segundo os autores, a *evidential damage doctrine* vem considerar que o lesante é responsável pela indeterminação factual do caso e imputa-lhe essa incerteza fáctica. Ultrapassam-se as soluções que visam dar resposta aos problemas da responsabilidade em cenários de incerteza para se se impor uma responsabilidade pela própria incerteza (cf. *Tort liability...* cit., p. 1). A doutrina em apreço distingue dois tipos de casos: a) situações em que a incerteza não pode ser imputada a qualquer sujeito; b) situações em que a incerteza e a conseqüente impossibilidade para determinar os factos relevantes resulta de um acto ilícito de um sujeito; e restringe a sua aplicação à segunda factualidade hipotética. Justificando-se do ponto de vista da prevenção (aumentam os incentivos para que se diminua o dano directo) e do ponto de vista da justiça comutativa (os danos probatórios violam a autonomia da vítima, restringindo o direito de demandar judicialmente o autor de um acto ilícito e danoso), a teoria impõe que a pessoa assuma a responsabilidade pela incerteza e faz do *evidential damage* um autónomo dano a ressarcir – cf. *ult. ob. cit.*, p. 160. Assim, “o lesante é responsável pelo dano probatório se a sua conduta diminui as chances de o lesado estabelecer os factos necessários para fazer prevalecer uma demanda por danos directos”, sendo o *evidential damage* um dano indirecto ou dano adjectivo (situado a meio termo entre o dano físico e o dano puramente patrimonial – cf. p. 172), cuja existência depende da ocorrência – suficientemente provável – de um dano directo accionável.

Para a formulação primitiva da doutrina, cf. ARIEL PORAT/ALEX STEIN, “Liability for uncertainty...”, cit., p. 1891 e ss.; para uma crítica à proposta, veja-se, no mesmo número da publicação, R.D. FRIEDMAN, “Dealing with evidentiary damage”, *Cardozo Law Review*, nº18, 1997, p. 1961 e ss. De acordo com o entendimento dos autores cujo pensamento aqui acompanhamos, a teoria pode ser aplicada a uma panóplia de situações de incerteza factual: a) duas acções não concertadas de dois agentes geram um dano, não podendo ser estabelecida adequadamente a quota parte de cada um na produção daquele dano. Pense-se no caso ali relatado, no qual dois cães, cada um pertencente a um proprietário distinto, atacam A em simultâneo, não sendo possível estabelecer a quota de lesão ao real lesante; b) casos em que não se consegue estabelecer a identidade do lesante (dois caçadores disparam ao mesmo tempo, atingindo A, mas não se consegue determinar de qual revolver foi projectada a bala mortífera); c) casos em que não se sabe se a conduta ilícita causou ou não o dano (pedindo de empréstimo o exemplo oferecido pelos autores: há cinquenta anos, emigrantes em Israel foram submetidos a uma série de tratamentos, incluindo terapia radioactiva. Esta causou inúmeras doenças, sendo, todavia, impossível, em alguns casos, determinar em que medida a doença foi induzida pela radiação ou desenvolvida independentemente. Se tiver havido ilicitude do acto, então estaremos diante de um *evidential damage*); d) casos em que não é possível identificar o lesado (uma fábrica emite radiações que podem causar doenças cancerígenas, havendo uma probabilidade estatística de a incidência do cancro aumentar em 25%. Mas não se consegue dilucidar se as pessoas que ficam doentes pertencem ou não ao grupo daquelas que, sem a radiação, não teriam desenvolvido a patologia maligna); e) casos de concurso entre o comportamento do agente e uma

causa estranha, não sendo possível determinar o grau de contribuição individual de cada um – cf. p. 162-162.

Continuando a olhar para os ensinamentos do autor, chegamos à conclusão que, no seio da doutrina do dano probatório, podemos ser confrontados com duas estruturas típicas de acção. Assim, o *evidential damage* pode ser o resultado do mesmo acto ilícito que causou ou pode ter causado o dano directo; ou pode ser produto de um distinto acto ilícito, que pode, inclusivamente, não ser concomitante – cf. p. 163-164: um carro é conduzido pelo lesado; uma carrinha aproxima-se na direcção oposta. Soltando-se um pneu, que vai embater no primeiro veículo, este fica profundamente danificado, tendo de ser arranjado numa garagem especializada para o efeito. Os mecânicos deitam, então, fora algumas peças que eram essenciais à produção da prova em juízo, causando deste modo um *evidential damage*, que é igual, em magnitude, ao dano físico do lesado (cf. p. 165).

Diante destas situações, e conscientes do que é um dano probatório, PORAT e STEIN admitem, em teoria, duas soluções possíveis. Uma, que se joga ao nível processual, passa pela alteração das regras probatórias, impondo-se ao lesante o ónus da prova sempre que ele tenha dado azo a um *evidential damage*. Outra, talvez mais audaciosa, que nos convida a indemnizar autonomamente o dano probatório. Simplesmente, se em teoria a alternativa dialógica é perfeita, no plano prático ela afunila-se, sendo impossível, em determinadas situações, aplicar indistintamente um dos remédios pensados. Na verdade, conforme esclarecem, a primeira opção não é viável quando o dano probatório e o dano directo não são causados pela mesma pessoa, nem tão-pouco quando a insusceptibilidade de prova é severa por serem as probabilidades causais inferiores a 50% - cf. p. 166. Já se, na ponderação probabilística, as hipóteses de causação do dano pelo lesante rondarem os 50%, entende-se que, sempre que este tenha causado ilicitamente tal dano probatório, é justo que venha a sofrer com a incerteza do caso. Segundo PORAT e STEIN, “cada litigante expõe-se ao risco de erro. Este risco é aceitável porque é recíproco. Mas se o lesante infligiu um dano probatório, então ele expõe o lesado a um risco não recíproco”. Já no que concerne ao remédio ressarcitório, se em muitas situações é aceitável, pode conduzir a outros problemas, quais sejam os atinentes ao cálculo do dano (cf. p. 167-169): o problema não é omnipresente. Se, em algumas hipóteses, o dano probatório equivale ao montante do dano directo (como no caso dos dois caçadores ou no caso dos cães), devendo ser compensado na totalidade deste, outras haverá em que, porque não é seguro o que o lesado obteria se o comportamento do lesante não tivesse tido lugar, o dano probatório é menor do que o dano directo. Assim, propõem os autores que o dano directo seja multiplicado pela probabilidade de o lesante ter, de facto, gerado aquele dano (sobre o ponto, cf., também, p. 175: A emitiu radiações cancerígenas. Na área afectada pela radiação, a incidência de cancro aumentou em 25%. Antes da abertura da fábrica, 80 pessoas em 100.000 tinham desenvolvido tumores malignos; depois passaram a ser 100. Não há nenhuma evidência que permita identificar as pessoas que ficaram doentes como resultado da exposição à radiação, em oposição àquelas que apenas tiveram azar. Num outro exemplo, oferecido a págs. 176, os autores consideram a lesão perpetrada por dois cães, sendo que um deles é vadio. Se se fizesse o proprietário de um dos cães suportar todo o dano, ele ficaria colocado numa posição melhor do que aquela em que estaria se não existisse o cenário de um dano existencial. Porque a justiça correctiva também sairia frustrada se ele se exonerasse de qualquer responsabilidade, conclui-se que a melhor solução deve ser a de ressarcir o lesado de acordo com a probabilidade de o dano ter sido causado pelo lesante).

Note-se, ademais, que as duas acções devem ser distinguidas. Continuando a acompanhar, nesta já longa nota, a proposta dos autores, vemos que, no caso dos dois cães ou dos dois caçadores, “a simples acção ilícita que expôs o lesado ao risco de suportar o dano directo também infligiu o dano probatório. Analiticamente, esta acção pode ser entendida como duas acções que se superam uma à outra”. Noutros casos, “as duas acções podem ser separadas, distinguindo-se facilmente uma da outra. O ponto que já tinha sido abordado anteriormente leva STEIN e PORAT a considerar que “a acção que gera o dano probatório pode ser ilícita, enquanto que a acção que gerou o risco de o lesado suportar o dano directo pode ser inocente”, sendo, ainda assim, a pessoa responsável pelo dano probatório: voltando a pensar – convidados pelos juristas – em dois caçadores, imaginemos, agora, que apenas um disparou contra o lesado, tendo ficado o outro a assistir à cena. Depois do tiro, cada um deles remove, por dolo ou negligência, as provas que poderiam identificar o lesante, pelo que ambos devem ser tidos como responsáveis nos termos propostos pelos pensadores. Já assim não seria se aquele que não disparou se tivesse limitado a assistir, sem nada fazer subsequentemente – cf. p. 170. De sublinhar, ainda, que o dano pode ser causado por omissão, como no caso dos médicos que não mantêm os registos clínicos devidamente actualizados. Para os autores, o mesmíssimo dever de prevenir os *evidential damages* existe quando se impõe um risco de lesão e a acção que comporta o perigo se relaciona com outras forças causais que importam riscos análogos (p. 171).

Não são, porém, raras as críticas que, de forma mais ou menos acutilante, ferem quase de morte a doutrina. Não as acompanharemos passo a passo, seja porque as mesmas se polarizam em nichos problemáticos muito específicos, seja porque respeitam ao âmbito contratual, espúrio ao nosso leque de tematização, mas sempre daremos conta

Considerando que a doutrina do *evidential damage* não pode ser transposta para o nosso ordenamento jurídico por constituir uma “extensão dificilmente justificável da responsabilidade”, dado não ser possível aplicar a estas situações o artigo 344º/2 CC, cf. PATRÍCIA HELENA LEAL CORDEIRO DA COSTA, *O dano da perda de chance...* cit., p. 99.

Em sentido oposto, embora referindo-se ao ordenamento jurídico estadunidense, cf. ADAM L. FLETCHER, “Alternative Liability and deprivation of remedy: teaching old tort law new tricks”, ... cit., p. 1029 e ss., aqui p. 1050, falando da *spoliation of evidence* (em causa a destruição de provas depois de a acção lesiva ter ocorrido) e da *obfuscation of evidence*, que surge com a própria acção lesiva em si mesmo (porque inerente àquela), mas considerando que não é problemática a descontinuidade que se possa descortinar entre as duas situações. Tratar-se-ia, em qualquer dos casos, de um dever judicialmente reconhecido que impunha a abstenção de condutas que previsivelmente possam privar a parte lesada dos remédios a que tem direito na sequência das lesões sofridas, ao confundir a determinação da *cause-in-fact* (p. 1049). Mais refere o autor que é possível aventar a possibilidade de se fundar constitucionalmente o direito ao ressarcimento pelos danos sofridos. Em *Collins v. Eli Lilly Co.*, em que os juristas se confrontaram com um caso de indeterminação do lesante, a *Wisconsin Supreme Court* justificou a adopção do *market-share liability* na garantia constitucional de reparação do prejuízo. No desenvolvimento desta ideia, FLETCHER sustenta que “as normas constitucionais que prevejam tal garantia tornam inconstitucionais as normas infraconstitucionais que imponham condições impossíveis ao lesado para aceder a Tribunal” (cf. p. 1045). Fazendo notar que se trata de uma garantia constitucional e não se um direito, coloca-se o problema de saber se apenas pode ser invocado perante o Estado (“impossibilitando normas que obstruam o acesso aos mecanismos judiciários”) ou se pode também ser “invocado quando o lesado é privado do seu *legal remedy* por uma conduta privada”, ao que FLETCHER considera que há poucas diferenças entre os obstáculos legislativos e as dificuldades de prova criadas pela indeterminação do sujeito.

Veja-se, porém, o precedente *Temple Cmty. Hosp. v. Superior Court*, no qual o Supremo Tribunal da Califórnia concluiu que não existe uma *action* por *intencional spoliation of evidence* por um terceiro.

Cf., também, a este propósito, WILLIAM LLOYD PROSSER, *Handbook* ... cit., p. 239 e ss., relatando o caso *Saunders System Birmingham Co. v. Adams*, no qual o lesante A aluga negligentemente um automóvel sem travões para o lesante B que falha no momento da travagem e atropela C. Considera PROSSER que nestes casos de *overdetermined multiple-omission* cada um deve ser responsável por ter destruído a *cause of action*. Vide, igualmente, WILLIAM LLOYD PROSSER, W. PAGE KEETON, DAN B. DOBBS, ROBERT E. KEETON, DAVID G. OWEN, *Prosser and Keeton on the Law of Torts*, ... cit., onde se apela ao *substantial factor test* para dar resposta aos mesmos problemas.

Sobre o ponto, cf., ainda, I. E. POSTACIOGLU, “Faits simultanés et le problème de la responsabilité collective”, *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 1954, p. 438 e ss. (referindo-se aos tradicionais casos dos caçadores, entende-se neste estudo que o segundo tiro concorre para uma destruição dos meios de prova que a vítima teria à sua disposição. Seria isto a justificar a obrigação *in solidum* nestes casos).

Uma última nota para sublinhar que as hipóteses práticas relevadas pelo pensamento dos autores chamados à colação contendem com situações de sobredeterminação causal, pelo que maiores desenvolvimentos sobre o ponto só serão tecidos *infra*, no momento em que nos debruçarmos sobre a problemática. Tempo, pois, para salientar que, não obstante a ideia de risco de suportar um dos *evidential damages*, estamos longe da intencionalidade abraçada em texto. Teremos oportunidade de o explicitar melhor, bem como de criticar o posicionamento e de dialogar, novamente, com os autores a que aqui apelámos.

²³³⁵ Cf. PRÖLSS, *Beweiserleichterungen...* cit., p. 94.

²³³⁶ Para o acompanhamento de alguns casos decididos pelo BGH nos quais se denota a aplicação da doutrina das zonas de risco como critério de repartição do encargo probatório, cf. RIBEIRO DE FARIA, “Da prova na responsabilidade civil médica...”, ... cit., p. 156 e ss. Veja-se especificamente p. 159, dando conta da extensão dela à prova da causalidade. Saliente-se, ainda, o sincretismo com que o autor trata a problemática ao nível da responsabilidade delitual e contratual. É, aliás, neste âmbito que se inserem as críticas a que aí se aludem, quais sejam as de autores como LARENZ, MUSIELAK (cf. p. 162 e ss.)

daquelas que, dialogicamente, viabilizem uma sustentação clara do que pretendemos sedimentar.

Se bem se vir, um dos pontos fulcrais da questão com que lidamos não é já, ao contrário do horizonte de preocupações do capítulo precedente, a edificação de um modelo justo de imputação de danos, mas aquela outra da comprovação de um âmbito de relevância que justifique a assimilação do caso, assim oferecido, pelo relevo hipotético desse arrimo criteriológico.

Ou seja, e dito de uma forma mais directa, não pretendemos dar resposta ao problema de quem deve suportar o dano, mas outrossim saber quem deve provar o quê no processo que tenha como objecto a pretensão indemnizatória. Ora, bem se entende que, tendo como ponto de ancoragem uma esfera de riscos, não é possível chegar à certeza, sem a adição de outras provas, da causa do dano. E se a obtenção do conhecimento do que realmente aconteceu é, as mais das vezes, uma miragem, com base na esfera de risco não se logra obter o grau de probabilidade suficiente em que se converte, na pressuposição da falha daquela, a certeza prático-normativa que se procura comprovar.

Já sabemos que, processualmente, a causalidade se transmuta, para certos pontos de vista, numa ponderação probabilística. De tal modo que, procurando atenuar-se a posição do lesado, se sustentou não raramente a atenuação do grau de probabilidade exigida²³³⁷.

²³³⁷ O dado é patente em ordenamentos jurídicos com uma matriz diversa da do nosso. A prova que se procura baseia-se não na procura da “certeza” caracterizada por um grau de probabilidade elevada, que garanta o convencimento do julgador, mas na obtenção de um grau de verosimilhança suficiente. Ora, em determinados contextos além-fronteiras prescindiu-se desse grau de probabilidade elevada, em nome da tutela do lesado. É o que se verifica, aliás, em matéria de responsabilidade ambiental. Não é outro, embora muitas vezes matizado pelas notas eficientistas, o sentido ínsito a posições como o *market-share liability*.

Veja-se, ainda, com uma índole processualmente cunhada, FREITAS DE RANGEL, *O ónus da prova...* cit., p. 122-123.

Sobre a causalidade probabilística, cf., também, CHRISTOPHER HITCHCOCK, “Probabilistic causation”, *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, 2002, www.plato.stanford.edu/entries/causation-probabilistic. Segundo o autor, a causalidade probabilística designa um grupo de autores que caracterizam a relação entre a causa e o efeito usando os conceitos da doutrina probabilística. A causa é, pois, aquela que potencia as probabilidades dos efeitos, quando tudo se mantém idêntico. Acrescenta que a grande dificuldade com que lidam os seus defensores passa pelo facto de, na maioria das vezes, as causas não serem invariavelmente seguidas pelos seus efeitos. Exemplo evidente, oferecido por HITCHCOCK, é o da relação entre o fumo e o cancro: fumar causa cancro, mas nem todos os fumadores desenvolvem a doença, além de que há não fumadores que podem desenvolvê-la. Ou seja, e evidenciando o que o autor pretende explicitar, “há regularidades imperfeitas”.

Tal terá estado na base da disputa entre as doutrinas probabilísticas da causalidade e aquelas que, de um modo ou outro, pretendem salvaguardar o desenho de regularidade causal com que o fenómeno foi percebido na senda de HUME.

Um grau de probabilidade que passa, assim, a desempenhar uma dupla função. De um lado, é critério causal, porquanto a adequação que imbuí a causalidade se não revela senão num juízo de normalidade vertido em dados probabilísticos; de outro lado, é índice de aferição da existência dela no mundo real²³³⁸. Percebe-se, então, pela contemplação da dimensão adjectiva do problema, quer o carácter anódino da causalidade adequada, quer a sua correspondência, pese embora a normativização de que se parte, designadamente pela consideração dos índices cognitivos do lesante, com a fisicidade do mundo real²³³⁹.

Sobre o ponto, veja-se, *infra*, o debate em torno das doutrinas contrafactuais que procuram captar o sentido da condicionalidade.

Cf., ainda, THIMOTHY DYLAN REEVES, “Tort liability for manufacturers of violent video games: a situation discussion of the caution calamity”, *Alabama Law Review*, vol. 60, 2009, p. 541 e ss., p. 543 e ss. e a referência, por si feita, no âmbito da análise da causalidade probabilística, ao precedente *Dillon v. Evanston Hospital*: A demanda o hospital x por uma lesão ocorrida por causa do seu tratamento contra o cancro da mama. Durante as sessões de quimioterapia, foi introduzido um catéter central no peito, tendo o mesmo sido removido quando se completou o ciclo de químicos. Simplesmente, não foi totalmente removido, tendo-se, posteriormente, num raio-x, detectado que parte dele, remanescente, tinha migrado e se tinha alojado no coração de A. O Tribunal considerou que o lesado pode obter compensação por uma lesão futura que não é razoavelmente certo que venha a acontecer, devendo a compensação reflectir a baixa probabilidade de ocorrência.

²³³⁸ Cf., quanto ao ponto, CHRISTIAN VON BAR, *The Common European Law... cit.*, p. 416, considerando que “the reversal of the burden of proof regarding causation is no more than a reduction of the probability required for attribution”.

Advirta-se, ainda, e já que mergulhámos incidentalmente no pensamento do autor acerca da prestabilidade da doutrina da *conditio sine qua non*, que VON BAR sustenta serem algumas das soluções que a este nível se firmam e se afiguram justas incompatíveis com o cumprimento do teste da condicionalidade. Assim, sustenta que algumas delas seriam melhor compreendidas se perspectivadas sob o prisma do incremento do risco e daquele que estivesse melhor posicionado para o suportar (cf. 418).

²³³⁹ Considerando que os critérios probabilísticos são fundamentais ao nível da teoria da causalidade adequada, quer na sua versão objectivista, quer na sua versão subjectivista, cf. RANIERO BORDON, *Il nesso di causalità... cit.*, p. 103 e ss. O autor distingue a probabilidade *ex ante*, que constitui uma probabilidade abstracta e tem natureza meramente estatística, da probabilidade *ex post*, que surge como uma probabilidade específica, que tem em conta as particularidades do caso concreto; e a probabilidade científica, isto é, uma probabilidade estatística fundada numa determinada percentagem, e a probabilidade lógica, entendida como credibilidade racional de que o facto possa ter resultado daquele evento. Embora não se identifique com ela, a probabilidade científica é análoga à probabilidade *ex ante* e a mesma afinidade subsiste entre a probabilidade *ex post* e a probabilidade lógica. Ora, a probabilidade estatística não nos consegue dizer verdadeiramente o que ocorreu – p. 104. A este propósito, cf. QUÉZEL-AMBRUNAZ, “Definition de la causalité...”, ... cit., p. 18, considerando a diferença entre a incerteza do nexos de causalidade geral e a incerteza do nexos de causalidade particular.

Atenção, ainda, ao que surge inscrito a p. 106 e ss., onde dá conta que a constatação da impossibilidade de se aportar, nesta sede, a uma certeza de tipo matemático determinou o recurso a um raciocínio de índole probabilística que terá aberto as portas para alguns autores defenderem soluções intermédias, de gradual responsabilidade. Nesse sentido, CAPECCHI, *Il nesso di causalità... cit.*, p. 289, também citado por BORDON.

Note-se também que a probabilidade não é só chamada à liça na determinação da própria causalidade. Pelo contrário, ela depará, igualmente, ao nível da prova do requisito imputacional. Cf., com grande importância, p. 212 e ss. Diz-nos o autor que grande parte da doutrina faz reentrar a valoração da probabilidade no domínio probatório. O que se pergunta, então, no quadro desse pensamento, é em que medida deve ser cumprido tal encargo probatório. O mesmo é questionar, como faz BORDON, se a prova se há-de traduzir numa prova estatística ou numa prova concreta. Cf. p. 210, considerando as dificuldades de se basear a prova do nexos causal em dados estatísticos, designadamente quando a probabilidade é assumida *ex ante*, uma vez que os dados dificilmente nos fornecerão uma prova acerca da efectiva

verificação do específico facto histórico. Mas, segundo os ensinamentos do autor, nem mesmo a probabilidade *ex post* é suficiente para afirmar a responsabilidade. Saber que em 90% dos casos Y se segue a X não nos garante que no caso específico X seja seguido por Y.

A este ensejo, tenha-se, ainda, presente a controvérsia acerca da prova que é requerida: certeza processual quase absoluta, regra da alta probabilidade lógica, regra do mais provável que não (probabilidade superior a 50%).

Sobre a diferença entre a probabilidade estatística e a probabilidade lógica, cf. Cass. pen. 23.1.2002, *apud* p. 186 (a probabilidade lógica envolve um juízo complexo do qual a probabilidade estatística é apenas uma componente e que se resolve numa afirmação de elevada credibilidade racional do resultado da operação lógica levada a cabo pelo juiz).

Veja-se, ainda, do autor “Una nuova causalità...”, ... cit., considerando as diferenças inultrapassáveis entre o processo civil e o processo penal, e sustentando que no processo civil é possível aplicar a regra do *più probabile che non*, que leva muitos a afirmarem que basta uma probabilidade de 50% para se estabelecer a responsabilidade, tendo a *Sezione Unite* (cf. *sentenza* n.581/2008) entendido que o nexo causal era *più probabile che non* pelo simples facto de o agente ter violado a norma cujo escopo era evitar um dano como aquele que se verificou. No fundo, e como explica BORDON, aplicou-se o critério da alta probabilidade normativa (mais do que lógica), “com o que se aplicou” – acrescenta – “um dos três elementos na base de um sistema de causalità funzionale”: inversão do ónus da prova da *conditio sine qua non*, regra da prevalência jurídica e interpretação teleológica da regra da alta probabilidade lógica. Alerta, ainda, BORDON para o facto de a regra da prevalência jurídica não ter conhecido, até ao momento, acolhimento na doutrina. Segundo ele, entre os diversos antecedentes do evento atribui-se relevância ao antecedente que constitua uma violação de uma norma de protecção, se o tipo verificado era do tipo daquele que a norma visa evitar.

Veja-se, também, PAOLO PITTARO, “Il nesso di causalità tra civile e penale, com influenze esterofile”, *Persona e danno*, 2007, www.personaedanno.it/cms/data/articoli/008670.aspx, ensinando que, se durante muito tempo o nexo causal devia ser assumido segundo leis científicas e estatísticas, no quadro do direito civil, começa a aplicar-se a regra do mais provável do que não, que já dominava o espectro do ordenamento jurídico estadunidense. Mais adverte não estarmos diante de um diferente entendimento acerca do que é o nexo causal, mas de um enquadramento do problema em sistemas processuais cujas índoles são diversas; e MIRIAM CONZUTTI, “Il criterio scientifico e il nesso di causalità...”, ... cit., sustentando que a causalidade científica se baseia numa ideia de subsunção de leis científicas que são de dois tipos – universais e estatísticas –, não podendo o recurso a uma explicação causal de tipo estatístico deixar de responder a certos requisitos. Explica CONZUTTI que a lei científica de referência é idónea a fornecer apenas a frequência com a qual se verifica uma sucessão de eventos (probabilidade estatística), sendo da competência do julgador a verificação da credibilidade da mobilização de tal lei no caso concreto, excluindo a intervenção de factores causais externos, que possam ter causado o evento em alternativa à conduta do pretense lesante. Defende, por isso, que se deve repudiar o automatismo entre o nível de probabilidade estatística e a prova processual (no exemplo oferecido pelo autor, A, infectado com o vírus do HIV, teve relações sexuais não protegidas com B, havendo a possibilidade de contágio. Contudo, este nem sempre ocorre, além de que há que ter em conta as próprias condições imunitárias do paciente. O caso em análise permite-nos, independentemente das considerações do autor que temos vindo a acompanhar, tecer alguns esclarecimentos adicionais. Na verdade, não nos parece despiendo que A tenha ou não conhecimento da infecção de que é portador. Mas isso, aos nossos olhos, releva exclusivamente porque, ao sabê-lo, avoca uma esfera de responsabilidade, que, de outro modo, é partilhada pelo sujeito B, lesado, podendo considerar-se um risco inerente a uma vida sexual activa. Volta a assaltar-nos, contudo, a dúvida já anteriormente aflorada: será que com isto não se confunde a causalidade com a culpa? Insistimos, porém, para que a confluência não é perfeita. Pode haver culpa, sem que haja imputação objectiva. Imagine-se que B insiste com A para ter relações sexuais não protegidas com ele. Nesta hipótese, haverá culpa – continua a ser possível um juízo de censura, porque o homem razoável teria negado aquele comportamento –, perdendo-se, não obstante, o nexo de imputação, ou pelo menos, repartindo-se o mesmo entre os dois sujeitos. Em concreto, haveria de determinar se essa repartição era ou não de molde a consumir a esfera de responsabilidade do pretense lesante).

No plano jurisprudencial, atenção para a sentença de *Cass. sez. III civ., 16 de Outubro de 2007*, na qual somos confrontados com a distinção entre a causalidade penal e a civil, a causalidade ordinária e a causalidade da perda de chance, e onde o Tribunal se desvincula do critério da alta probabilidade lógica. Para uma análise crítica do acórdão, cf. MAURO DI MARZIO, “Terramoto nella giurisprudenza sul nesso di causalità”, *Cass. sez. III, 16 ottobre 2007, n.21619*, *Persona e danno*, www.personaedanno.it/cms/data/articoli/008360.aspx. Sustenta o autor, em comentário à supra mencionada sentença que determina a aplicação da regra *più probabile che non*, que tal imposição

A primeira conclusão torna-a desvaliosa; a segunda aprisiona o juízo do julgador num normativismo vertido em pura subsunção. Como se o único dado acrescido que tivesse de se ponderar fosse a possibilidade de, atento o que o agente conhecia ou devia conhecer, aquela causalidade se oferecer num juízo de prognose póstuma.

Não se estranha, por isso, neste quadro, que a causalidade adequada surja como índice correctivo da própria condicionalidade, substituindo-a ou complementando-a²³⁴⁰.

corresponde à opinião expressa de MARCO CAPECCHI (*Il nesso di causalità. Da elemento della fattispecie fatto illecito a criterio di limitazione del risarcimento del danno*, Cedam, Padova, 2005), que defende que o nexo de causalidade deve ser referido ao risco e não ao dano, pelo que reduz a indemnização na proporção da percentagem de probabilidade de subsistência do referido liame (se a probabilidade causal for de 51%, então o lesado recebe o equivalente a 51% do dano sofrido). DI MARZIO mostra-se particularmente crítico da solução, já que ela transforma a responsabilidade civil num instrumento de protecção social.

Ainda no plano jurisprudencial, regresse-se a RANIERO BORDON, “La perdita di chances di guarigione”, *Persona e danno*, www.personaedanno.it/cms/data/articoli/files/012179_resource1_orig.pdf. O autor analisa a regra da “alta probabilidade lógica”, assumindo-a como um critério menos elástico que a regra do “mais provável do que não” e sustenta que, para a assunção desta última, terá contribuído a noção de *perdita di chances di guarigione*, introduzida na sentença 4400/2004. A sentença define a chance perdida como “concreta e efectiva ocasião favorável de conseguir um determinado bem ou resultado e não uma mera expectativa de facto”, pelo que “a perda da possibilidade de conseguir um resultado útil configura um dano concreto e actual”. Ora, quando a regra da alta probabilidade lógica não permite afirmar a responsabilidade do médico, o paciente pode obter o ressarcimento através da *perdita delle chances di guarigione*, levando BORDON a questionar se, com a utilização do critério do “mais provável do que não”, continuará a ter utilidade a figura, para, contrariamente ao que é sustentado pela *Cassazione*, responder negativamente. Diz-nos o jurista que “indemnizar a perda de chance significa dar satisfação ao lesado mesmo no caso em que seja mais improvável que não que a acção omitida teria gerado o resultado desejado. Esta solução resolve uma injustiça: se num caso como este o ressarcimento fosse negado, um lesado que não tivesse concorrido para a produção do dano seria colocado numa posição mais desfavorável do que aquele que havia contribuído culposamente para o dano com a aplicação do artigo 1227º/2 CC e consequente redução do ressarcimento. No entanto, tudo fica dependente do significado atribuído ao princípio mais provável que não e isso não é certo”. Na verdade, BORDON apresenta-nos duas versões para a regra. A uma versão forte, que exige a prova particular da causalidade individual, opõe-se outra – débil – para a qual é suficiente a demonstração de um apreciável aumento do risco. Ora, neste caso “parece que a perda de chance se tende a confundir com o próprio estabelecimento da causalidade”

²³⁴⁰ Na prática judicial não é outro o caminho calcorreado pelos tribunais.

Veja-se, a título ilustrativo, o exemplo chamado à colação por FREITAS RANGEL, *O ónus da prova... cit.*, p. 122, nota 174. O caso remonta a uma situação em que ocorreram danos provocados por uma indústria poluente. Diz-nos o autor “é preciso comparar os níveis de poluição com a taxa de incidência da doença e criar pontos de análise comparativa com outros locais onde uma indústria análoga se encontra instalada. É importante, nesta actividade, analisar as zonas afectadas e o número de pessoas vítimas deste mal e estabelecer a relação causal. Se daqui resultar que o mínimo de pessoas afectadas por essa doença é aproximado daquele que se encontra na região em questão e que, nos locais em que não se deu esta contaminação, a taxa de incidência é inferior, então, podemos concluir com alguma segurança e baseados em critérios de normalidade, que o grau de probabilidade é elevado, quanto a considerar-se como causadora do dano, a indústria poluente. Ainda para se estabelecer a relação causal entre o acto da indústria poluente e as doenças verificadas pode-se atender a outros factores exógenos, como seja, a existência de filtros despoluentes e ventos existentes num caso e não noutra, que podem ter contribuído para alastrar os níveis de contaminação ou para limpar rapidamente a atmosfera que paira numa dessas zonas. Este exercício é feito com recurso a critérios estatísticos que, neste caso, podem ser determinados na avaliação e ponderação da matéria de facto. São as tais situações exógenas da prova de que atrás já falámos (...). Mas a estatística pode ser um instrumento de grande utilidade nas acções de apuramento de responsabilidade civil por acidente de viação que são muito frequentes nos tribunais. Existem factores exógenos que podem ser decisivos para se avaliar o grau de responsabilidade ou de culpa de um condutor (...).”

Nem gera espanto que, redundando o juízo num índice de verosimilhança causal, se recorra a índices estatísticos de ponderação²³⁴¹.

Assim sendo, obviamente que a invocação da proximidade do dano com uma determinada esfera de riscos não poderia conduzir, em termos processuais, à inversão do ónus da prova, desencadeando, quanto muito, a aparência de causalidade, com toda a problematicidade que lhe anda associada. O próprio PRÖLSS parece reconhecer a necessidade de o lesado vir comprovadamente expurgar previamente os factos estranhos ao dano, pela prova da não pertinência dele quer à sua esfera de riscos, quer à esfera de riscos de um terceiro. Com o que recairia sobre ela, no fundo, o encargo probatório negativo, desonerando-se contudo da prova da relação de causa-efeito²³⁴².

²³⁴¹ A diferença entre o nosso sistema e outros residiria, aí, na questão atinente à luz que se derrama sobre o conceito de probabilidade. No fundo, não negamos que a possibilidade de que curamos se venha também ela a traduzir em termos probabilísticos. O risco a que se alude, como porta-estandarte da aferição da causalidade, parece, de facto, vir imbuído da visão que aqui renegamos. Simplesmente, descortinam-se diferenças suficientes que tornam uma posição desvaliosa e a outra merecedora de acolhimento. De um lado, temos a redução da significação do juízo a um jogo estatístico, ainda que a intenção primeira do jurista fosse díspar. De outro lado, aquele em que nos inserimos, assistimos ao apelo probabilístico não como fundamento, mas como expediente instrumental que alicerça a noção de risco. Acresce que a própria ideia de probabilidade, como já vimos, perde os contornos exigentes que assume em determinadas latitudes do pensamento, convolvendo-se as mais das vezes num juízo de possibilidade. Em tudo isto, relembramos de certo modo a lição de STEPHEN PERRY, “Risk, harm and responsibility”, ... cit., p. 322 e ss. Fala o autor de diversos modos de captação da probabilidade. Macroscopicamente, traça a fronteira entre uma visão objectiva e uma visão epistémica da probabilidade e do risco. Do ponto de vista objectivo, apela-se a uma ideia de frequência dos acontecimentos (*so-called relative-frequency theory of probability*), definindo-se o conceito como “as the limit of a frequency within an infinite sequence” e transformando-se a probabilidade numa espécie de facto empírico. Ao mesmo tempo, alerta o autor para o facto de se conexionar a perspectiva com a querela que divide uma visão determinista a uma visão indeterminista do mundo real [cf. p. 323-324. Na verdade, PERRY sustenta que a probabilidade objectiva num sentido não determinístico é um caso especial da probabilidade objectiva no sentido da relativa frequência dos acontecimentos. Mas não esconde que a mesma probabilidade objectiva pode existir num universo determinístico. No fundo, “não tem de ser visto como um fenómeno epistémico que emerge unicamente porque não podemos ter o total e absoluto conhecimento dos processos determinísticos”. A clivagem marcante passa, portanto, pelas diferentes interpretações que podem ser derramadas sobre a categoria. Tomada como um fenómeno moral, ela passa a dever ser olhada segundo o que o autor designa por *reasonableness account* – cf. p. 325. O salto em frente decorre de, segundo este prisma, a “*epistemic probability involves (...) a relation between evidentiary premises, on the one hand, and a conclusion about the way the world is, on the other*”, sem que se deixe de, para a construção das *evidentiary premises*, recorrer a técnicas várias, entre as quais podemos encontrar o próprio recurso estatístico. E se diferentes caracterizações podem ser levadas a cabo para cumprir diversos propósitos (cf. p. 325), admite, em tom de conselho ou instrução, o autor que pode ser mais apropriado para determinar a responsabilidade do sujeito o apelo ao julgamento do homem razoável, deixando de lado métodos específicos de indagações científica, cuja racionalidade se aparta daqueloutra especificamente jurídica. Colorida com os contornos éticos a que se alude, a probabilidade caminha paulatinamente para a contaminação com notas de subjectivismo. Sem que tal, frise-se, redunde necessariamente num subjectivismo radical, que, polarizando-se no individualismo, conduza à afirmação da coerência como conformidade com os cálculos pessoais (cf. p. 326). Mas sem que redunde no entendimento lógico do problema, porque este obnubila definitivamente uma dimensão intersubjectiva que deve entretecer o juízo ético, ao mesmo tempo que se mostra longínquo da compreensão do comum sujeito (cf. p. 329).

²³⁴² Cf. PRÖLSS, *Beweiserleichterungen...* cit., p. 72.

Denunciam-se aí as fragilidades de um incorrecto entendimento da teoria a que dá voz. Pois se a zona de risco de que se fala não se alicerçar na responsabilidade indissociável da liberdade positiva, não se traduzindo no encabeçamento do que na linguagem anglo-saxónica é conhecido por *role responsibility*, mas na pertinência material do dano àquela, então, obviamente, que a simples invocação da proximidade entre os dois não é de molde a fixar a *causalidade*. Simplesmente, se virmos no juízo a firmar pelo julgador um juízo de imputação, talqualmente ele foi pensado, então é a nota do valor que informa a decisão. Com a agravante de, sendo edificada aquela esfera a partir da ideia de actualização da responsabilidade e portanto do desvio ao que era exigível no encontro do *eu* com o *tu*, isto é a partir da ideia de liberdade, se tornar justo sobrecarregar a posição do lesante com o afastamento da presunção cujo véu se faz assim sobre si recair.

Ao lesado compete provar os contornos daquela. Contornos esses que não são, já o sabemos, fixos, mas de geometria variável. Donde se vem, afinal, recuperar aquilo que dissemos neste ponto expositivo: não se afirma a necessidade de o lesado provar a causalidade, mas sim de oferecer provas bastantes de uma tecitura que uma vez desenhada justifique a assimilação do seu âmbito de relevância pelo do sistema.

Dir-se-á, e bem, que tal não é bastante para se considerar firmada a causalidade, ainda que nos termos imputacionais com que a colorimos. Só que, em vez de nos assombrar o reparo, tal reforça o nosso posicionamento. E fá-lo a vários níveis. Assim, o lesado tem de provar a edificação de uma esfera de risco e a existência do evento lesivo. O juízo acerca da pertença deste àquela esfera traduzir-se-á numa dimensão normativa da realização judicativo decisória do direito²³⁴³.

Pensando, pois, no cotejo com outras esferas de responsabilidade e de risco, afastamo-nos aí de PRÖLSS, abrindo as portas ao entendimento de que elas, uma vez invocadas, configuram o que em termos processuais constitui um facto impeditivo do direito, a provar pelo réu. Não o fazemos, porém, pela mobilização de um critério atinente à repartição do encargo probatório em geral, mas pela consciência da justiça que deve predicar o processo de realização do direito. A edificação da esfera de responsabilidade, a montante do exigível cotejo com outras, é de molde a fazer operar o

²³⁴³ Não se exige a prova da relação causa-efeito, mas tão só a da possibilidade de o dano resultar da assunção ou incremento de um risco.

O lesante tem depois a possibilidade de provar que o seu comportamento não causou o dano. Cf., sobre o ponto, o que se disse *supra*. V., igualmente, a este propósito M. JEAN LARGUIER, « La preuve d'un fait négatif », *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 1953, tome cinquante-et-unième, p. 1 a 48.

juízo imputacional, ao mesmo tempo que sobrecarrega o pretense lesante com o ónus de excluir a sua responsabilidade. E o que aqui vai inscrito não se confunde com uma presunção de causalidade decorrente da culpabilidade, já que esta não é suficiente para se estabelecer a imputação objectiva de que se cura. Além disso, pode haver uma esfera de risco que não se edifique com base na culpabilidade.

O que vai, no fundo, implícito é o afastamento da noção de probabilidade como pólo de ancoragem da inversão que se propugna. Ou dito de outro modo, é a exigibilidade e não aquela que fundamenta a contaminação adjectiva com as notas imputacionais que modelam o sistema substantivamente. A repartição do *onus probandi* resulta, pois, de um critério a que se acede na pressuposição da intencionalidade mãe do sistema delitual²³⁴⁴.

E se dela se abdica a este propósito, sempre haverá que reconhecer que tal redundará na sua postergação enquanto nódulo central da própria causalidade. Que não só deixa de correr o risco do aprisionamento estatístico e da visão matemática, como acaba por ser suficiente, porque complementada com outros índices indagatórios, a ideia de possibilidade, a fazer lembrar a lição de BYDLINSKI^{2345 2346}.

BYDLINSKI fala, na verdade, de uma causalidade possível para fundamentar a responsabilidade. Positivamente sustentada em preceitos como o § 830 BGB, que, naqueles casos em que, existindo mais do que um pretense autor, não se consegue

²³⁴⁴ Já não seria a verosimilhança a ditar a inversão do encargo probatório, mas exigências de justiça, radicadas na intencionalidade predicativa da responsabilidade.

Cf., a este propósito, ADELAIDE MENEZES LEITÃO, *Normas de protecção...* cit., p. 739: “facilidades de prova são deslocções de responsabilidade. Por esta razão, têm de ser fundamentadas na sua área jurídica. Nesta função, inversões do ónus da prova e numerosos deveres do tráfego concordam. Esta consideração sugere o facto de aproveitar as razões do nascimento dos deveres do tráfego também para as considerações do ónus da prova, designadamente o aumento do risco, a possibilidade do domínio da fonte de perigo e de tirar dela vantagem”. Acrescenta, ainda, que “o domínio do facto surge como critério importante em termos de prova jurídica, mas também o princípio da utilidade e do aumento do risco. O conteúdo de certos deveres do tráfego baseia-se num resultado devido pelo seu titular, ou numa medida de segurança que é de garantir. Neles, o ónus da prova da causalidade inverte-se. Sem a inversão do ónus da prova da causalidade que fundamenta a responsabilidade, a fixação dos objectivos nos standards destes tipos de deveres seriam inúteis”.

²³⁴⁵ Cf. FRANZ BYDLINSKI, *Probleme der Schadensverursachung ...* cit., p. 89 e ss. Teremos oportunidade de, *infra*, aprofundar o diálogo com o pensamento do autor.

²³⁴⁶ Com isto cremos afastar algumas das aporias com que somos confrontados se pensarmos no critério do risco atomisticamente, como forma de determinar a imputação de um dano relativamente ao qual não é possível estabelecer mecanicistamente a prova da causalidade. Veja-se, quanto ao ponto, as interrogações de CLAIRE FINKELSTEIN, “Is risk a harm?”, *University of Pennsylvania Law Review Pennumbra*, 151, 2003, p. 963 e ss., considerando que a vítima pode ser ressarcida se tiver sido exposta ao risco de dano, mesmo que não possa provar que o acto de um lesante em particular provocou aquele dano. Estendendo as suas considerações até ao problema do dano da perda de chance, CLAIRE FINKELSTEIN acaba por apresentar o problema orientando-se pelo dano, pelo que importa referir que, no que a nós respeita, não é a defesa da responsabilidade *per se*, independente da materialização do dano, que está em causa, mas um sentido imputacional da causalidade que nos leva a inverter os dados como tradicionalmente o problema era colocado.

discernir a real autoria, estabelece a responsabilidade com base numa causalidade presumida, é vista pelo autor a possibilidade de que se fala como suficiente para fundar a imputação, desde que se verifiquem em concreto dois requisitos, quais sejam a perigosidade e gravidade²³⁴⁷.

Mas, no fundo, pareceria recuperar-se de certo modo a probabilidade que momentaneamente afastámos do horizonte discursivo. A possibilidade com que nos confrontamos na lição do mestre não é uma possibilidade remota ou inverosímil, mas uma possibilidade que nasce da constatação de uma gravidade objectiva que, em atenção ao grau de culpa ou a outros índices de edificação de uma esfera de responsabilidade/risco, se torna no dínamo propulsor de funcionamento do sistema²³⁴⁸.

²³⁴⁷ Seria, ademais, a responsabilidade escorada nesta causalidade possível e não provada que permitiria, no confronto com uma grandeza do mesmo nível, reduzir a indemnização em caso de concurso de culpas do lesado. A lição colhia-se do § 254 BGB e vinha pôr em causa a regra do tudo ou nada.

Cf. BYDLINSKI, *Probleme der Schadensverursachung...* cit., p. 90.

²³⁴⁸ Sobre o ponto vejam-se as considerações de CASTANHEIRA NEVES acerca da verdade juridicamente relevante. Cf. *Questão de facto – Questão de direito...* cit., p. 467 e ss. Entrando em diálogo com BINDING, para quem “o próprio critério de certeza, no momento da determinação dos factos relevantes, não poderia deixar de ser um critério jurídico, a definir em função da sua específica índole prática”, isto é, “aquele conceito jurídico de certeza a situar entre a certeza matemática e a certeza moral da possibilidade ou da probabilidade”, e MEZGER, que “reconhece que a fixação processual dos factos não se traduz numa pura actividade do conhecimento, nem é um mero problema científico, já que nele interviria, ao lado da investigação da verdade, uma jurídica ponderação de interesses”, o filósofo do direito português salienta que, “quando se diz que um juízo de certeza histórico-social não ultrapassa um grau limitado de probabilidade, suficiente para fins práticos, mas distante de um juízo de verdade teórica, não se está a dizer que a um resultado determinativo tido por insuficiente se adicione um segundo juízo de recuperação orientando por pontos de vista menos exigentes”, mas antes que “o facto é originariamente tido por certo na base dos critérios que presidem à sua fixação, que não podem deixar de ser prático-normativos”. De uma forma mais impressiva e continuando a recorrer à formulação do autor, “na vida prática, o homem encontra-se envolvido em situações perante as quais não pode deixar de tomar decisão, de agir (...). E este decidir não se segue ao puro conhecimento; nem pode estar por ele condicionado. Antes pelo contrário, as determinações objectivas pressupostas pela acção são sempre elas próprias funções da intencionalidade prática do agir. E também no direito, o decidir mostra que é o *prius*. A sua função prático-normativa é a realização axiológica e não a determinação teórica. Em certos casos, a simples verosimilhança pode ser bastante perante a urgência de realização de certos princípios. A verdade que se procura é prático-normativa e não teórica”. (cf. p. 469 a 471). E se o autor argumenta chamando à liça o princípio *in dubio pro reo*, não menos certo parece ser o depoimento se o quisermos transpor para o domínio da responsabilidade civil. Pois que a dimensão pessoalizante dessa responsabilidade, ancorada no princípio do direito enquanto direito, a fazer apelo ao sentido ético do agir humano, e a compreender-se enquanto actualização da liberdade positiva, irradia a sua influência em termos processuais.

A refracção irradiante a que aludimos pode ser captada em duas vias. Por um lado, o risco que erige a esfera de responsabilidade não pode senão ir pensado no sentido de fazer impender sobre o sujeito que o abraça o próprio risco processual, única forma de garantir, na mobilização prático-prudencial do direito, a efectiva actualização da liberdade que se clama. Por outro lado, a preocupação com a protecção da vítima parece depor no mesmo sentido.

Das duas cremos, contudo, ser a primeira que consubstancia o arrimo mais seguro para se escorar o nosso entendimento. Não só a reparação do prejuízo daquela fica limitado pelo desenho comutativo, exigindo um *plus* para a solução da aporia que, não nos desviando substancialmente dessa conformação teleológica, justifique o seu putativo sacrifício, sendo que aquele o encontramos no sentido teleonomológico do instituto, embora não colimado num desiderato punitivo estrito, como a pretensa transposição da ideia de protecção da parte mais fraca para o domínio delitual pode não corresponder ao

Importa, contudo e para já²³⁴⁹, constatar que o que, de acordo com a doutrina das zonas de risco, se galvanizava em sede adjectiva não é, aos nossos olhos, mais do que uma decorrência do modo como fundamos normativo-axiologicamente a responsabilidade. Com isso afastamos algumas das críticas que se verteram sobre a teoria. É que, em bom rigor, não se trata de processualmente imputar a falta de prova ao pretense lesante, ainda que pela invocação do mais justo, mas de fazer irradiar o lustro do pilar de ancoragem da imputação objectiva no modo como o direito à indemnização se exerce²³⁵⁰.

Com isto ousamos discordar da posição de RIBEIRO DE FARIA: o autor acaba por admitir, num equilíbrio de interesses, e quedando-se na análise da responsabilidade do médico pelo erro grosseiro cometido, o afastamento dela pela invocação da causalidade virtual²³⁵¹. O ponto, controverso, abre duas vias interpretativas. Ou bem que a causalidade virtual a que se alude tem o sentido de invocação de uma possível causa alternativa, suscitando com isso dúvidas bastantes no espírito do julgador, capazes de elidir a presunção de que se parte, que assim não ascende a mais do que uma mera prova

recorte exacto da realidade que se nos oferece e sobre a qual o sistema derrama a sua intencionalidade valorativa.

Pelo que, também por esta via, metodológica e filosoficamente comprometida, secundamos o que ficou inscrito em texto, designadamente no tocante à percepção do problema da prova à luz das consequências que, em homenagem à coerência interna do modelo por nós proposto, decorrem dele.

Cf., sobre o ponto, KLAUS SCHLOBACH, *Das Präventionsprinzip...* cit., p. 237. Duas notas são aí salientadas pelo autor. De um lado, a influência que o direito subjectivo exerce no direito adjectivo no tocante à distribuição do ónus da prova; do outro, a constatação da influência que a protecção do lesado derrama sobre a temática. Veja-se, ainda, p. 238, onde, a propósito do grau de certeza exigido em processo, se refere à probabilidade.

²³⁴⁹ Como já referimos, posteriormente, teremos oportunidade de dialogar com BYDLINSKI, tornando operatória a doutrina de que, agora, não referimos mais do que os contornos gerais.

²³⁵⁰ RIBEIRO DE FARIA, a propósito do ponto, refere, citando DIEDERICHSEN, que “não se trata de responder por uma possível causalidade mas pela imputação da falta de clareza do caso”. Cf. RIBEIRO DE FARIA, “Da prova na responsabilidade civil médica...”, ... cit., p. 171, nota 122. Radica o autor a sua posição no facto de, por esta via, não se eliminar a possibilidade de más decisões. Acontece que nisto denota RIBEIRO DE FARIA a orientação pela busca da causa real do dano, ao mesmo tempo que torna translúcida a unilateral polarização da posição por si comentada, no modo como a interpreta, na preocupação cimeira com a posição do lesado.

Ora, o que pensamos que ficou suficientemente claro na nossa exposição foi a bilateralidade da fundamentação que, acompanhando a tensão que classicamente perpassa o instituto, nos leva a olhar não só para o lesado, mas teleonomologicamente para o lesante e para a necessária actualização da sua liberdade que por esta via se prossegue.

²³⁵¹ Cf. RIBEIRO DE FARIA, “Da prova na responsabilidade civil médica...”, ... cit., p. 171 e 173. Saliente-se uma vez mais que o autor acaba por se dirigir, preferencialmente, ao domínio contratual. A partir dele constrói uma argumentação acerca da proximidade do dano a uma zona de risco que se delimita na pressuposição das obrigações que impendem sobre cada um dos contraentes, pelo que releva no seu discurso a diferenciação entre as obrigações de meios e de resultado.

De notar, ainda, que tece considerações no tocante a uma aproximação das posições que comenta com uma eventual responsabilidade objectiva.

de aparência²³⁵², ou bem que ela é assumida na sua específica autonomia dogmática, importando considerações de outra índole^{2353 2354}.

²³⁵² Veja-se, a este propósito, ZENO-ZENCOVICH, *La sorte del paciente...* cit., p. 98, sustentando que o doente tem de provar a culpa e a causalidade possível, cabendo ao médico lesante o ónus da contra-prova. Ele eximir-se-ia da responsabilidade se provasse um caso fortuito, uma situação de força maior ou a efectiva origem causal do dano.

Aproxima-se, portanto, mais da visão a que nos referimos no capítulo anterior quando aventámos a hipótese de relevância da invocação de um comportamento lícito alternativo, que aí nada ficava a dever a uma ideia de condicionalidade, nem a um juízo de tipo contrafactual.

²³⁵³ Verdadeiramente, em face de certos circunstancialismos práticos, ter-se-ão de questionar – como parece também ficar claro pela anterior chamada à colação do pensamento de BYDLINSKI – aspectos atinentes à sobredeterminação causal, não só virtual, como também real. Remetemos, contudo, o tratamento do(s) problema(s) para o ponto expositivo subsequente. Para já, e sem embargo de ulteriores desenvolvimentos, cf., *inter alia*, sem que, com isso, pretendamos sequer apresentar em traços largos os contornos de abordagem do fenómeno [na verdade, pretende-se com esta nota dar conta de casos concretos onde o problema da identificação da causa do dano não é segura], a noção de *duplicated harm*, corrente no ordenamento jurídico estadunidense. Vide DAVID A. FISCHER, “Successive causes and the enigma of duplicated harm”, *Tennessee Law Review*, nº66, 1999, p. 1127 e ss., aqui p. 1155. A causa um acidente de automóvel a B, que fica permanentemente incapacitado da sua perna. Um segundo lesante, anos mais tarde, dá um tiro na perna de B, que tem de a amputar. O segundo lesante não pode ser responsabilizado pela incapacidade do membro inferior, porque ele não pode ter causado uma lesão que já existia. Assim, apenas A pode ser responsável pelo dano (*duplicated harm*), tendo-se generalizado na jurisprudência a ideia de que o lesante não pode eximir-se da responsabilidade invocando que o dano, com toda a probabilidade, teria ocorrido de igual modo no futuro.

Cf., ainda, MARK A. GEISTFELD, “The doctrinal unity of alternative liability and market-share liability”, ... cit., p. 447 e ss., falando, no quadro da tentativa de justificação da *alternative liability* pela noção de *evidential grouping*, a que aludiremos *infra*, dos *duplicative-harm cases*, e sustentando que o segundo lesante exclui a responsabilidade devido à negligência do primeiro, havendo uma diferença importante entre os dois sujeitos: enquanto a conduta do primeiro agente é um elemento necessário de um conjunto de suficientes condições causais que operou no momento da conduta, tornando-a uma causa do dano, uma vez ocorrida a lesão, a segunda conduta deixa de ser necessária – cf. p. 465.

Cf., também, DAVID W. ROBERTSON, “Causation in the Restatement (Third) of Torts: three arguable mistakes”, *Wake Forest Law Review*, vol. 44, p. 1007 e ss., em especial p. 1014 e ss., referindo-se ao precedente *Maddux v. Donaldson*: um acidente de trânsito envolve três veículos. O lesado ficou ferido na perna direita, braço direito, joelho esquerdo, face e sofreu lesões internas. Donaldson embateu no carro de Maddux, provocando uma segunda colisão no carro de Bryie. As duas colisões foram separadas por 30 segundos de diferença. Cada um dos impactos foi suficientemente grave para ter causado todas as lesões a Maddux, mas ninguém duvida que o impacto de Bryie desempenhou um *significant role*. O Supremo Tribunal do Michigan considerou Bryie responsável pela totalidade das lesões: se não for possível estabelecer com razoabilidade a divisão da responsabilidade entre os lesantes, teremos uma lesão indivisível e o ónus da indivisibilidade deve ser suportado pelo lesante. Bryie é considerado responsável pelas lesões que ele casou e pelas que já existiam quando o seu carro embateu na vítima, criando-se, assim, uma excepção à regra relativa às lesões pré-existentes.

Veja-se, ainda, p. 1026, onde, a propósito do *duplicate harm*, o autor aduz que, se D atinge P com um tiro, condenando P a uma vida de sofrimento e incapacidade, pela qual o primeiro é responsável, a responsabilidade deste é diminuída, se: a) no momento do tiro, a vida de P é curta porque, por exemplo, sofre de uma doença; b) se no dia seguinte, encontrando-se em casa, é morto por um tornado; c) se no momento do tiro estava a fazer paraquedismo e caiu porque o paraquedas não abriu; e p. 1028, sublinhando pontos de descontinuidade entre a doutrina plasmada no precedente *Anderson v. Minneapolis, St. Paul & S.S.M. Railway Co* (caso em que um fogo deflagra e vem a combinar-se com outro fogo já existente, provocando a destruição da propriedade do lesado) e as soluções mais comuns para os fenómenos de *duplicate harm*.

²³⁵⁴ O problema da causalidade virtual será analisado de forma mais pormenorizada nos pontos expositivos subsequentes. Refira-se, contudo, que perpassa, em toda a problemática, uma ideia de contrafactualidade. Esta estará presente em diversos nichos temáticos a propósito da causalidade.

Em qualquer delas, é a probabilidade desencarnada, sustentadora por si só da imputação que avulta e bem assim a ideia de condicionalidade, que acaba por ser chamada à liça, sobretudo no tocante à segunda via heurísticamente aventada²³⁵⁵.

Ainda que se tenha dado um passo em frente na determinação do modelo imputacional que pretendemos edificar, o compromisso com a dimensão probatória não nos desonera de continuar o nosso caminho. E são duas as razões que nos projectam noutra sede de considerações. De um lado, é o esclarecimento da ligação entre o plano do dever ser, ou da validade que assim se afirma, e do ser, ou da eficácia que também polariza a vigência enquanto modo de ser do direito, que ficou ainda nebuloso, restando saber, para lá da questão imputacional, se há ou não um patamar prévio de condicionalidade – aquilo que tradicionalmente vai conhecido pelo cumprimento do requisito da *conditio sine qua non* – que deve ser cumprido^{2356 2357}; do outro, é a problematização dos nichos dogmáticos que nesta entroncam, como seja a causalidade virtual a que se aludiu, uma vez que resta dubitativa a viabilidade de, numa interpretação que a afaste da contraprova, dela se lançar mão com o desiderato de se dar cumprimento ao recorte comutativo que foi firmado preteritamente.

São, pois, dois os pontos de investigação que agora se abrem²³⁵⁸.

53. A condicionalidade como juízo prévio ou simultâneo da causalidade?

Não raras são as vezes em que os tribunais se dispõem a analisar não propriamente a questão da causalidade, mas da condicionalidade. Se primitivamente as

²³⁵⁵A contrafactualidade com que se haverá de lidar ao nível da condicionalidade está, também ela, imbuída de uma nota probabilística. Ora, é exactamente esse juízo contrafactual condicional que importa a problematização da causalidade hipotética.

Cf. PAULO MOTA PINTO, “Sobre condição e causa na responsabilidade civil (nota a propósito do problema da causalidade da causa virtual)”, ... cit., p. 2 e *Interesse contratual negativo*... cit., p. 651: “pode dizer-se que o problema de causalidade da relevância negativa da causa virtual é expressão da insuficiência do critério da condição *sine qua non* entre a lesão e os danos como critério da causalidade – se não mesmo, como alguns sustentam, de qualquer critério que substitui a relação de causalidade histórica, real, pela de dependência contrafactual ou contrafáctica”.

²³⁵⁶Veja-se, quanto ao ponto, RUTE TEIXEIRA PEDRO, *A responsabilidade civil do médico*...cit., p. 150-151, considerando que a prova da condicionalidade é a que levanta maiores problemas.

²³⁵⁷Relembre-se o que se disse a outro ensejo a propósito do modo como deve ser concebido este requisito da condicionalidade. Na verdade, cf. HANAU, *Die Kausalität der Pflichtwidrigkeit* ... cit., p. 83, considerando que a questão da condicionalidade *sine qua non* se relaciona com a violação do dever.

²³⁵⁸Há, porém, outros motivos que justificam a urgência da tematização da condicionalidade neste ponto do nosso percurso de investigação. Na verdade, e no tocante à questão probatória, não se pode ignorar que grande parte, se não a maioria, das situações dilemáticas com que os tribunais lidam se prendem com a comprovação da condicionalidade e não da adequação. Por outro lado, é o próprio sentido desta no esquema imputacional por nós delineado que deve ser reflectido.

duas categorias mobilizáveis para o quadro da juridicidade tendiam a coincidir, pelo tratamento dispensado à primeira por via da doutrina da *conditio sine qua non*, ou equivalência das condições, as aporias a que esta conduziu, instando os autores a calcorrear outros esquemas de ligação entre o comportamento do lesante e o dano sobrevivendo, obstaram à manutenção da identidade aproblematicamente assumida.

Sem que tal corresponda, *mutatis mutandi*, à proscrição da segunda do horizonte discursivo. Na verdade, ou porque os autores pretenderam complementar a ideia da equivalência condicional com índices indagatórios que cumprissem o desiderato limitador do ressarcimento, mantendo-a como patamar prévio de sindicância da procedência da pretensão indemnizatória, ou porque, não a autonomizando, acabam por fazer derramar o seu lustro no momento do estabelecimento do nexos de causalidade, o certo é que a questão da condicionalidade mantém a sua actualidade.

Entre ambas existem diferenças assinaláveis²³⁵⁹. Mas, elas são esbatidas pela posição supra mencionada que postulava, numa simbiose evidente, que qualquer condição deveria ser vista como causa do dano, ao ponto de transformar a equivalência condicional em identidade entre condição e causa, a impor, do ponto de vista jurídico, a mobilização de critérios de individualização daquela que devesse ser vista como causa efectiva. Ora, se não era outra a perspectiva encabeçada pela miríade de teorias individualizadoras de que demos conta, diverso parecia ser o enfoque da adequação²³⁶⁰. O que se pretendia não era a eleição da magna condição – próxima, efectiva, imediata, eficiente –, mas a formulação de um juízo de imputação que, partindo não da investigação de qual seria a causa do dano, mas da concretude de um acto ilícito, procurasse discernir se o mesmo ia visto, em termos normativos, como causa do dano sobrevivendo. Avultava a nota imputacional, vincada de forma mais ou menos marcada pelos juristas que se pronunciaram quanto ao tema, mas talvez nunca assumida na densidade que a predica. Talvez por isso, não raro se viu resvalar o discurso do

²³⁵⁹Cf. CEES VAN DAM, *European Tort Law...cit.*, p. 268, estabelecendo a diferença entre a condicionalidade e a causalidade tendo em conta o binómio estabelecimento da causalidade e limitação dela. V., também, p. 270, onde nos adverte para o facto de o teste da *conditio sine qua non* ser focado na *factual causation*, enquanto a limitação da causalidade vem indicada como *legal causation*. Simplesmente, esta cisão nem sempre é clara. Aliás, o desvio que o teste sofre ao nível da sobre-determinação causal mostra como o problema não é meramente factual.

²³⁶⁰ Repare-se, contudo, que a condicionalidade *sine qua non*, afastado que esteja o estrito determinismo do mundo físico, vem a ser ponderada em termos probabilísticos, o que não deixa de aproximar de um dado entendimento da adequação. Sobre o ponto, uma vez mais, FLORENCE G'SELL-MACREZ, *Recherches...* cit., p. 163, considerando que “também a teoria da causalidade adequada implica um raciocínio contrafactual na medida em que ele leva a interrogar sobre o aumento da probabilidade do dano gerado por um antecedente” e p. 173, afirmando a proximidade entre as duas, já que “ambas recorrem a um raciocínio probabilístico”, cada uma “reenviando para o argumento de uma e de outra”.

decidente, mesmo do prisma da adequação, para meandros que pouco ou nada se distinguiam daquele prisma individualizador a que nos referimos.

Perfunctoriamente, diagnosticamos duas vias de degenerescência da essência da causalidade adequada, ao ponto de a mesma vir confundida – consoante explicitámos – com um critério naturalista juridificado.

Para quem continue a defender um duplo grau de sindicância causal, com a precedência lógica da condicionalidade relativamente à causalidade, esta continuaria a ser perspectivada no sentido da qualificação de uma entre todas as condições de emergência do dano. E se num plano dogmático tal levava o jurista a confrontar-se com alguns dos problemas em que se enredava quando lidava exclusivamente com a teoria da *conditio sine qua non*, não só aí se encontrariam as dificuldades, já que o prisma adoptado mais não proporcionava do que transformar a causalidade, dita adequada, num juízo de probabilidade. Dentro das condições sem as quais o dano não avultaria, procurava-se determinar se o comportamento do lesante, que naquele círculo se incluía, podia ou não ser visto como adequado a produzir aquele tipo de danos, redundando a solução num cálculo de probabilidades de índole estatística.

Tal tornava, afinal, viável a convergência dos quesitos. Se não vejamos: ao proceder ao jogo de probabilidades, fossem elas aferidas com vista à aplicação da tradicional regra do *tudo ou nada*, ou, na óptica proporcional, fossem elas ponderadas em termos qualitativos – com apelo às noções de seriedade ou gravidade – ou quantitativos/estatísticos, o jurista teria de necessariamente sopesar a existência de outros elementos condicionantes do evento danoso e com isso a própria contribuição condicional do lesado para a produção dele. Não é, aliás, outra a visão a que nos conduzem as afirmações que fomos acompanhando a propósito da questão probatória. E mais se diga que a linguagem contrafactual mobilizada para discorrer acerca da causalidade, ainda que entendida como adequação, depõe no mesmo sentido^{2361 2362}. Em tudo isto se vê, então, a natureza do juízo proferido tradicionalmente. Aí, mesmo que se tivesse em conta a cognição do agente, a apontar no sentido valorativo da probabilidade, torna-se clara a preocupação de, com o estabelecimento do nexos de causalidade, se garantir a pertinência ao real. É essa *nuance* que se sobrepõe àqueloutra imputacional, por nós agigantada, já que única capaz de lograr captar a intencionalidade predicativa da

²³⁶¹ Cf. FLORENCE G'SELL-MACREZ, *Recherches...* cit., p. 17, considerando que o raciocínio contrafactual está presente em todo o direito da responsabilidade civil.

²³⁶² A propósito do carácter fictício do raciocínio contrafactual, *vide*, igualmente, CHRISTOPHE QUÉZEL-AMBRUNAZ, *Essai sur la causalité...* cit., p. 182 e ss.

juridicidade, isto é, o sentido axiológico da responsabilidade só pensável no horizonte dialéctico de uma liberdade positiva.

Do lado da condicionalidade, a superação de uma visão determinística do mundo impunha a consideração dos dados em termos também eles probabilísticos²³⁶³.

Ademais, a condicionalidade de que se fala seria chamada à liça sempre que se tivesse de ponderar a possibilidade de invocação de uma causalidade virtual ou hipotética.

A isto acresce o facto de certos ordenamentos jurídicos persistirem na definição daquele nexos por intermédio da *condicionalidade sine qua non*²³⁶⁴.

Se nos derradeiros se sublinha a dicotomia entre uma causalidade de facto e de direito²³⁶⁵, ela continua a ser postulada no primeiro quadrante, seja porque a *conditio sine qua non* se erige como ponto prévio das lucubrações do jurista, aparecendo a ideia de adequação para apodar o comportamento do pretense lesante de causal na medida em que, de acordo com o estado do conhecimento do homem médio e do próprio lesante, se afigurasse provável que redundaria naquele tipo de dano; seja porque, não se autonomizando os dois patamares, sempre o juízo probabilístico viria ou não a ser corrigido pela linguagem contrafactual que se mobilizava²³⁶⁶.

²³⁶³ Cf., novamente, FLORENCE G'SELL-MACREZ, *Recherches...* cit., p. 163 e 173.

²³⁶⁴ Pense-se, por exemplo, no ordenamento jurídico francês e no ordenamento jurídico belga e bem assim em todos aqueles em que a proximidade do dano não seria critério causal, mas expediente limitador da responsabilidade que se ancorava na ligação estritamente naturalista entre o comportamento do lesante e as consequências sobrevindas.

²³⁶⁵ Atente-se, a este propósito, na lição colhida na *Common Law*, onde o bosquejo criteriológico parte sempre do traçado que se ergue como fronteira entre os dois conceitos.

²³⁶⁶ Veja-se, quanto ao ponto, e num momento prévio àquelas que serão as nossas conclusões, o comentário do EUROPEAN GROUP ON TORT LAW ao artigo 3:101 dos PETL, bem como a própria previsão. A *conditio sine qua non* surge aí como requisito imprescindível da responsabilidade civil, ao ponto de se afirmar que “if this test is not met, that is the end of the story”, embora se complemente a indagação com um critério de delimitação da extensão ou âmbito da responsabilidade.

Repare-se, contudo, em alguns pormenores não despididos da regulamentação. Em primeiro lugar, conforme sobressai do comentário ao artigo citado, não se releva o carácter problemático e complexo da segunda indagação, assumindo-se que a resposta à questão “what is the extent of liability” é encontrada, na maioria dos casos, de forma simples. Em segundo lugar, consoante se pode constatar pelas previsões subsequentes, aquilo que é erigido em critério absolutamente determinante e imprescindível de procedência de uma pretensão indemnizatória acaba por sofrer desvios e correcções nos casos de causalidade concorrente e alternativa. Parece, pois, que mais do que o carácter principiológico da asserção a preocupação dos membros do Grupo Europeu de Direito Delitual foi a de encontrar um ponto de entendimento entre os diversos ordenamentos jurídicos dialogantes [veja-se, a este propósito, e com importância colateral, NILS JANSEN, “Traditionsbegründung im Europäischen Privatrecht Zum Projekt eines Gemeinsamen Referenzrahmens”, *German Working Papers in Law and Economics*, Paper 24, vol. 2007, p. 5 e ss.; ID., “Principles of European Tort Law? Grundwertung und Systembildung im europäischen Haftungsrecht”, *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, Band 70, Heft 4, 2006, p. 733-770; HELMUT KOZIOL, “Die Principles of European Tort Law der European Group on Tort Law”, *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht*, 12, 2004, p. 234 e ss. Cf., ainda, GUIDO ALPA, “European Community Resolutions and the Codification of Private Law”, *European Review of Private Law*, vol. 8, nº2, 2000, p. 321 a 333; STATHIS BANAKAS, “European Tort Law: is it possible?”,...

cit. p. 363 e ss.; ID., “Thoughts on a new european tort law”, *Festschrift für Erwin Deutsch zum 70. Geburtstag*, Heymanns, Köln, 1999, p. 14 e ss.; ROGER VAN DEN BERGH/ LOUIS VISSCHER, «The principles of European Tort Law: The right Path to Harmonization?», *European Review of Private Law*, nº4, 2006, p. 511-543]

Assim, e antecipando algumas das questões que de ora em diante iremos abordar, adianta-se que, nos termos do artigo 3:102, “in case of multiple activities, where each of them alone would have caused the damage at the same time, each activity is regarded as a cause of the victim’s damage”. Com isto, contorna-se a óbvia conclusão de que nenhuma delas poderia ser vista como *conditio sine qua non* da lesão. É, aliás, essa a explicitação fornecida no comentário a esta norma (cf. p. 44). Os autores do articulado desvalorizam, contudo, o problema, apodando-o de questão semântica. Em contrapartida, consideram que, “se cada actividade teria causado a totalidade do dano, mesmo na ausência das outras, parece óbvio que as pessoas responsáveis por tais condutas/actividades serão responsáveis pela totalidade do dano”. Fundamental passa a ser o momento da ocorrência do dano, não importando saber se as actividades tiveram ou não lugar em simultâneo, e convolvendo-se o critério na ideia de “mesmo dano”, que se há-de verificar (cf. p. 45), deixando para uma regulamentação posterior a questão das actividades subsequentes.

Tratando-se de uma causalidade alternativa, a solução proposta é diversa. De acordo com o artigo 3:103, 1, “in case of multiple activities, where each of them alone would have been sufficient to cause the damage, but it remains uncertain which one in fact caused it, each activity is regarded as a cause to the extent corresponding to likelihood that it may have caused the victim’s damage” e, nos termos do parágrafo 2, “if, in case of multiple victims, it remains uncertain whether a particular victim’s damage has been caused by an activity, while it is likely that it did not cause the damage of all victims, the activity is regarded as a cause of the damage suffered by all victims in proportion to the likelihood that it may have caused the damage of a particular victim”.

Aqui a responsabilidade, ao contrário do que sucede na primeira situação, é proporcional ao dano concretamente gerado, se algum. Para os juristas que integram o grupo de estudo tendente à uniformização do direito delitual europeu, não há qualquer contradição evidente. É que, como explicitam, “a aplicação do art. 3:102 requer que cada actividade cause o dano, ou que, pelo menos, o tivesse causado se descontarmos a outra ou outras actividades que tiveram lugar ao mesmo tempo”, enquanto o artigo 3:103 diz respeito à incerteza acerca de qual de múltiplas actividades gerou o dano da vítima na totalidade. Enquadra-se aqui o clássico exemplo dos caçadores que, disparando ao mesmo tempo sobre B, mas só um acertando no alvo, levantam o problema de saber, no quadro da condicionalidade *sine qua non* de que se parte, qual a causa da lesão perpetrada. Ora, como se sublinha a páginas 48, cada um deles é responsável *to the extent corresponding to the likelihood that it may have caused the damage*, isto é, “the person liable for the respective activities has to pay that corresponding share”, ou mais directamente, sendo três os caçadores, cada um pagaria 1/3 da indemnização.

As diferentes soluções dispensadas aos problemas parecem basear-se na ideia da injustiça que implica a imposição de uma obrigação ressarcitória a quem, fisicamente, não gerou o dano. Concita-nos, contudo, algumas dúvidas que a fundamentação da resposta seja de acolher. Assim, mesmo dividindo proporcionalmente a responsabilidade, torna-se inevitável concluir que, tendo aquele dano sido causado exclusivamente por um agente, há uma parte a ser suportada por quem materialmente não contribuiu para a sua emergência. Ademais, continua, pela incerteza a que somos conduzidos, problemático o cumprimento, pelo menos estrito, da *conditio sine qua non*. Do mesmo modo que é, contra o que se sustenta no comentário que aqui acompanhamos criticamente, problemática a satisfação do *but-for test* nas hipóteses previstas no artigo 3:102.

Atentemos em alguns exemplos, que nos ajudem, pela concretude, a raciocinar sobre a matéria.

A, B e C, caçadores, disparam em simultâneo, atingindo mortalmente D. Só um dos disparos foi certo, ignorando-se, contudo, qual. Considerar, ainda que com base numa *proportional liability*, responsável cada um por um terço do dano significa que há quem suporte um dano que não causou.

Se quisermos alterar os dados do problema, fazendo concorrer duas causas incertas de natureza humana e não humana, veremos que o resultado não dista substancialmente: A fez deslizar contra B uma pedra. Em simultâneo, um deslizamento de terras vem gerar o mesmo efeito descendente. B é atingido, mas não se conhece o autor material da lesão que experimenta. Trata-se de um dano ilicitamente gerado ou de uma consequência das forças da natureza? E significa isto, na aplicação do critério proposto pelos PETL, que a indemnização será reduzida a metade? Mas distará verdadeiramente esta hipótese daqueloutra em que se sabe que a lesão sofrida por B foi causada pela pedra atirada por A, mas que, caso tal não tivesse ocorrido, ele sempre sairia lesado daquele cenário, por virtude da avalanche natural?

Há, de facto, uma diferença entre este caso e aqueles que surgem previstos no artigo 3:102. Aqui a causalidade é hipotética; ali a causalidade é real.

A e B colidem contra o veículo de C, que fica totalmente destruído. O mesmo resultado aportaria com a conduta isolada de um deles, dada a velocidade a que seguiam na estrada. Só que, para com base nisto chegarmos à consideração da causalidade conjunta, estamos a pressupor um mundo alternativo determinístico. O mesmo a que temos de fazer apelo quando lançamos mão da condicionalidade *sine qua non*, da qual aliás, insofismavelmente se parte na abertura do capítulo III, donde não se percebe por que razão depois se abdica dela, fazendo resvalar a questão para o domínio estritamente linguístico.

Mas mais. A previsão legal impõe e pressupõe o absoluto paralelo das duas actividades causadoras do dano. Donde duas ordens de considerações são viáveis. Em primeiro lugar, argumentando no plano material, embora orientados por uma intelecção do justo, haveremos de considerar que o paralelo converte a multiplicidade de causas numa só, ou seja, também aqui, numa redução *ad absurdum*, poderíamos aventar que só uma conduta foi causa do dano, embora não saibamos qual e embora haja um mimetismo entre elas. Em segundo lugar, se o paralelo se perde, tornando-se sinergeticamente concorrentes, cada uma gera unicamente uma parte do dano. Parece que a incerteza volta a aflorar. E com ela novas dúvidas, quer aquelas que são motivadas pela consciência do simplismo fisicista com que se postula o mimetismo anunciado, quer aquelas que surgem quando confrontados com a regulamentação subsequente.

No artigo 3:104, prevê-se que (1) “if an activity has definitely and irreversibly led the victim to suffer damage, a subsequent activity which alone would have caused the same damage is to be disregarded”, (2) “A subsequent activity is nevertheless taken into consideration if it has led to additional or aggravated damage”, (3) “if the first activity has caused continuing damage and the subsequent activity later on also would have caused it, both activities are regarded as a cause of that continuing damage from that time on”.

No primeiro parágrafo, refuta-se a relevância de uma causa hipotética subsequente. Para fundamentá-lo, aduzem que, “se uma actividade já criou de modo definitivo e irreversível um dano, e uma actividade subsequente não o incrementou, a última não é uma condição *sine qua non* do dano”, pelo que não faria sentido o seu autor ser responsabilizado (cf. p. 51). Com isto, acaba por não se justificar o afastamento da relevância negativa dela, já que o primeiro agente figura na hipótese dos PETL como responsável.

Daqui resultam outras duas conclusões. Por um lado, persiste a imputação de responsabilidade a um agente por uma conduta que, na literalidade, não pode ser vista como condição sem a qual o dano não teria ocorrido. Por outro lado, a solução fica dependente do carácter irreversível e definitivo do dano, a concretizar em face do circunstancialismo próprio do caso. Fundamental é a natureza sucedânea da actividade. Contrariamente à previsão do artigo 3:102, o dano ou não é produzido pela segunda actividade, ou, sendo-o, não é o mesmo dano, mas outro. Cai-se, então, no parágrafo 2, ou, no caso de continuidade do dano, no parágrafo 3.

O mimetismo que podia justificar a desvalorização da incompatibilidade criteriológica com a exigência da *conditio sine qua non* perde-se no caso do parágrafo 1. Acresce que o agravamento do dano ou a continuidade dele comportam dificuldades múltiplas a que se aliam as dúvidas a que somos conduzidos pelo artigo 3:105, nos termos do qual “in the case of multiple activities, when it is certain that none of them has caused the entire damage or any determinable part thereof, those that are likely to have minimally contributed to the damage are presumed to have caused equal shares thereof”.

A contribuição requer-se mínima, criando a dissemelhança bastante relativamente ao artigo 3:103, 1. Mas em que medida pode uma contribuição dizer-se mínima? O enfoque continua a ser colocado no dano e no processo naturalista da sua eclosão.

Cf., a este propósito, BÉNÉDICT WINIGER, “Auteurs multiples dans les projets nationaux...”... cit., p. 6, considerando que os PETL utilizam a *conditio sine qua non* para estabelecer uma linha de separação entre a responsabilidade solidária (artigos 3:102 e 9:101) e as outras formas de responsabilidade (causalidade alternativa ou causalidade parcial incerta). Segundo o autor, só há responsabilidade solidária se os autores foram *conditio sine qua non* do dano, sendo o artigo 9:101 (3) uma excepção a esta regra. No caso de causalidade alternativa, a solução pensada é a da responsabilidade proporcional relativamente à probabilidade da autoria.

No caso do DCFR, cf. artigo 4:101 ((1) *A person causes legally relevant damage to another if the damage is to be regarded as a consequence of that person’s conduct or the source of danger for which that person is responsible. (2) In cases of personal injury or death the injured person’s predisposition with respect to the type or extent of the injury sustained is to be disregarded.*); artigo 4:102 (*A person who participates with, instigates or materially assists another in causing legally relevant damage is to be regarded as causing that damage*); artigo 4:103 (*Where legally relevant damage may have been caused by any one or more of a number of occurrences for which different persons are accountable and it is established that the damage was caused by one of these occurrences but not which one, each person who is accountable*

Tudo isto permite concluir, preliminarmente, que a condicionalidade caminha de mãos dadas com a causalidade.

Ora, tal implica o recuo da índole imputacional para franjas insignificantes, posto que, e como bem vimos, o que ocorre, em algumas tentativas de correcção das soluções a que se aporta por meio da causalidade adequada, é uma miscigenação com a culpa, dada a natureza que ela assume no contexto civilístico. Reconhecemos, é certo, que se dirige a preocupação com o liame causal aos danos subsequentes, sem que, em rigor, se deixem de esbater as diferenças, ao que acrescem as dificuldades que se procuravam torpear com o afastamento da referência da culpa àqueles prejuízos. E bem assim o que se experimenta, em consonância com o recuo diagnosticado, é a elevação da ligação ao real dínamo propulsor das preocupações do decidente.

Uma preocupação que, é bom dizê-lo, não se justifica por mera idolatria realista, mas se ancora em considerações atinentes ao justo, pois que o que se pretende, de um passo, é eliminar excessos de responsabilidade e garantir o cumprimento do recorte comutativo que à responsabilidade civil é atribuído.

Se o primogénito leque de considerações – leia-se, a questão da responsabilização do lesante, em nome da axiologia fundamentante do jurídico – resulta mal solucionado com apelo a um critério naturalista, clamando, pelo contrário, pela dimensão imputacional que tantas vezes já enfatizámos, na medida em que o dano pode não ter sido criado pelo comportamento do lesante e ainda assim ser-lhe objectivamente imputável, a dimensão teleológica a recordar a finalidade compensatória do instituto torna irrazoável que se não enfrente a temática da condicionalidade.

É claro que o que assim vai explicado incute no leitor a legítima dúvida acerca da razão pela qual, estribando-nos na cisão entre a causalidade fundamentadora da responsabilidade e a causalidade preenchedora dela, não lidamos com o problema num momento posterior, remetendo-o para o domínio do cálculo do dano. Só que também aí encontramos motivos suficientes que nos levam a agir em contra-ciclo discursivo. Não só o posicionamento tradicional da doutrina e jurisprudência faz recair sobre nós o ónus da contra-argumentação, como situações problemáticas inculcam uma miríade de dúvidas que não podemos deixar passar em branco.

for any of the occurrences is rebuttably presumed to have caused that damage). V., também, artigo 6:105: Where several persons are liable for the same legally relevant damage, they are liable solidarily.

Todos estes problemas serão objecto de um tratamento detalhado *infra*, pelo que o apontamento deve ser aqui encarado em termos meramente ilustrativos das questões que se levantam quando lidamos com a condicionalidade.

Pense-se, por exemplo, no caso em que A morre na sequência de um incêndio provocado por B, sendo que viria a morrer de todo o modo porque C tinha disparado contra ele um tiro.

Algumas são, pois, as perguntas a que urge dar resposta: o que distingue a causalidade da condicionalidade? Quais os critérios de aferição da segunda e por qual deles devemos propender? Quais as funções que ela, a ser autonomizada, é chamada a cumprir em sede delitual? Quais os problemas dogmáticos para cuja resposta ela é chamada a depor? Faz sentido, no quadro intencional por nós edificado, continuar a autonomizá-la? E se não, como dar resposta aos problemas a que se aludiu neste excurso? *In fine*, como relacionar tudo isso com a questão probatória em que incidentalmente mergulhámos?

A condicionalidade não se confunde com a causalidade. Como bem se perceberá, para que um determinado evento possa eclodir devem estar reunidas diversas condições. Mas se o pressuposto levou à assunção da equivalência condicional, e concomitantemente, da identidade entre aquelas e a causa, sabe-se hoje, quer pela complementaridade do critério dito causal com aspectos normativos limitadores da responsabilidade, quer pela supressão dele, para quem defenda o *one step approach* como solução do problema, que há diferenças suficientes entre os dois quadros conceptuais.

Genericamente, não se errará se se adiantar que, enquanto a causalidade, qualquer que seja a concepção que a enforma, surge eivada por uma dimensão normativa, ainda que tendencialmente correspondente ao conceito natural, a condicionalidade é sobretudo cogitável no contexto fisicista, ainda que também tenha sido coberta por um manto de juridicidade.

E eis, pois, que através do pouco se alcança o muito, logrando-se aceder, não só à dessintonia discursiva entre os dois apontamentos, como àqueloutra funcional. Na verdade, intui-se, sustentando-nos também em tudo o que foi sendo dito, que a condicionalidade aporta problemática a este ensejo na exacta medida em que se prescinde da descoberta da causa histórica do dano emergente.

No fundo, o que se procuraria seria a aludida pertinência ao real, isto é, a garantia de que aquele comportamento tido como causa – porquanto adequado, para a doutrina tradicional, ou imputável objectivamente, se quisermos dar o salto em frente,

na direcção do nosso modelo dialógico²³⁶⁷ – é uma das condições que na realidade contribuíram para a ocorrência do evento lesivo. Seria, por isso, condição mínima necessária para o estabelecimento da causalidade, que conduziria a um alargamento exponencial dela, não garantindo o desiderato limitador que por seu meio se prosseguia²³⁶⁸.

Interpenetrando no domínio jurídico os ensinamentos filosóficos, conclui-se, de facto, não ser possível identificar a causa do dano, uma vez que esse só avultaria pela confluência de uma miríade de condições. A pesquisa dela é, então, substituída por considerações condicionais²³⁶⁹.

Funcionalmente, separam-se do nódulo central da causalidade jurídica. Esta apresenta uma índole positiva que contrasta com o sentido negativo que matiza aquelas. Dito de outro modo, se com a causalidade se afirma que por aquele comportamento se pode responsabilizar o agente, com a condicionalidade procura-se afastar elementos espúrios ou irrelevantes²³⁷⁰. O que, por seu turno, se projecta em termos linguísticos, consubstanciando-se a indagação da *conditio sine qua non* naquilo que, entre nós, PAULO MOTA PINTO designa por dependência contrafactual²³⁷¹.

Espelho fiel disso mesmo, os testes da eliminação e da substituição não mais denotam do que essa contrafactualidade, a qual, na sua essência, não deixa de ser, num outro sentido, condicional^{2372 2373 2374 2375}.

²³⁶⁷ Ressalve-se, no entanto, o momento em que nos encontramos. Ou seja, se muito já ficou dito, não é menos verdade que só agora aportámos à questão da condicionalidade. E esse sentido embrionário das lucubrações obsta a que possamos ser assertivos, ou dito de outro modo, torna as considerações pontuais meras vias de prossecução dialógica, a despeito do seu sentido conclusivo.

²³⁶⁸ Cf. PAULO MOTA PINTO, *Interesse contratual negativo...* cit., p. 656 e “Sobre condição e causa na responsabilidade civil (nota a propósito do problema da causa virtual)”, ... cit., p. 2. O autor apresenta, aí, a teoria da condição *sine qua non*, ou condição necessária, como “critério mínimo necessário para a causalidade, que daria a extensão máxima à noção de causa”.

²³⁶⁹ Elas próprias a gerar outros problemas no plano dogmático.

²³⁷⁰ Cf. TONY HONORÉ, “Necessary and sufficient conditions in tort law”, ... cit., p. 363

²³⁷¹ Cf. PAULO MOTA PINTO, *Interesse contratual negativo...* cit., p. 656 e “Sobre condição e causa...”, ... cit., p. 2, nota 8. Esclarece o insigne civilista que “as teorias contrafactuais da causalidade identificam esta com a relação de dependência contrafactual, isto é, com a verificação de um conseqüente em relação a determinado antecedente contrário aos factos. Assim, a condição necessária, ou *sine qua non*, é causa porque se não fosse a condição não se teria verificado o resultado, e também a condição suficiente se baseia num teste contrafactual (embora o antecedente seja o resultado: se não se tivesse verificado o resultado então teria ocorrido a causa)”.

Cf., também, FLORENCE G’SSELL-MACREZ, *Recherches...* cit., p. 163, falando da importância do critério da *conditio sine qua non* e mostrando que o mesmo é “solidário com uma lógica contrafactual que supõe que se represente em pensamento o curso dos acontecimentos na ausência da condição examinada”. Não esqueçamos, contudo, que a autora – como sublinhado *supra* – entende que o raciocínio de tipo contrafactual está também presente ao nível da causalidade adequada.

²³⁷² Cf. o que ficou dito no capítulo introdutório.

Com isto queremos significar que a indagação condicional implica sempre o cotejo de um dado tecido mundanal com uma realidade hipotética. Nessa medida, quer o método da substituição, quer o método da eliminação representariam a contrafactualidade a que se alude.

Note-se, ademais, que não há um traçado paralelo entre isto que aqui vai dito e a oposição do *but-for* ao *NESS-test*. Cf. TONY HONORÉ, “Necessary and sufficient conditions in tort law”, ... cit., p. 370.

Veja-se, aliás, a querela que, quanto ao ponto, divide HONORÉ e WRIGHT, não sendo substancial a clivagem entre eles no tocante ao entendimento condicional. Para HONORÉ a simples eliminação de uma condição é uma ilusão (cf. p. 371). A ideia seria a de substituir a conduta ilícita do lesante pela homóloga conduta lícita. Como justificação adiantam a intencionalidade que subjaz ao modelo delitual. Acrescenta, porém, HONORÉ (cf. TONY HONORÉ, “Necessary and sufficient conditions in tort law”, ... cit., p. 373) que no caso da responsabilidade objectiva, como se não detecta nenhum comportamento ilícito do pretense lesante, a eliminação parece ser a única via discernível.

Sobre a questão, fora da *Common Law*, cf. FRIEDRICH TOEPEL, *Kausalität und Pflichtwidrigkeitszusammenhang beim Fahrlässigen Erfolgsdelikt*, Duncker & Humblot, Berlin, 1992, p. 106, nota 19.

²³⁷³ Note-se, não obstante, que outras soluções foram pensadas por diversos autores. Assim, cf. EPSTEIN, “Causation – In context: an afterword”, ... cit., p. 653-654. Analisa o problema da causalidade, em que, aliás, se sustenta, de acordo com o seu pensamento, toda a imputação, com base em paradigmas causais que vai escalpelizando e considera, quando confrontado com casos de causalidade conjunta, que se devem ir eliminando as causas até se chegar a um *unique causal judgment*.

²³⁷⁴ Sobre o problema da contrafactualidade, cf., também, para outros desenvolvimentos, PETER MENZIES, “Counterfactual theories of causation”, *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, www.plato.stanford.edu/entries/causation-counterfactual. Segundo o autor, a explicitação da causalidade em termos contrafactuais deve-se a HUME, embora critique no pensamento do autor a pretensa confusão entre uma ideia de regularidade causal e uma ideia contrafactual. Salienta, ainda, que com os empiristas a metalinguagem contrafactual ter-se-á passado a analisar com base em relações entre asserções e frisa, no recurso ao pensamento de LEWIS, que elas redundam em análises semânticas, pressuposta que esteja a similaridade comparativa entre dois mundos. Os *relata* que se aproximam são eventos, regiões espaço-temporais, podendo o mesmo raciocínio estabelecer-se por referência a factos. Dando lugar a uma extensa análise das relações contrafactuais entre aqueles, PETER MENZIES oferece-nos, no seu artigo, um importante contributo para perceber a complexidade filosófica destas propostas e bem assim os dilemas com que a mesma se confronta.

Sobre o contributo de HUME para a desvelação do sentido da causalidade, cf. WILLIAM EDWARD MORRIS, “David Hume”, *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, www.plato.stanford.edu/archives/win2007/entries/hume. Sublinha-se, aí, que para HUME a causalidade é vista como a relação associativa mais forte e mais importante, sendo por ela que podemos ir atrás na evidência da nossa memória e sensações. A ligação que se estabelece entre causas e efeitos não envolve, para o autor, a razão demonstrativa, nem a probabilidade, porquanto a inferência que se faça se baseie na pressuposição de que a natureza é uniforme e de que o futuro será sempre igual ao passado.

Veja-se, também, com amplo desenvolvimento, o estudo de MICHAEL S. MOORE, “For what must we pay? Causation and Counterfactual baselines”, *San Diego Law Review*, vol. 40, 2003, p. 1181 e ss., onde o autor apresenta um aprofundado estudo acerca da construção de uma teoria contrafactual da causalidade. Sem querermos captar numa simples nota a abrangência com que o tema é tratado, sempre poderemos dizer que MOORE nos oferece uma dupla possibilidade heurística de conformação da teoria contrafactual da causalidade. De um lado, e com profunda inspiração humeana, ela pode reduzir-se a uma concatenação de afirmações causais que se reportam a leis de generalização causal, seja ela a lei da mera regularidade natural (*standard issue Hume*), seja ela a relação entre universais (neo-humeanos), seja ela a relação entre probabilidades condicionais (*probabilistic Hume*). De outro, ensaiam-se modelos contrafactuais alternativos, como o de LEWIS, baseado na construção dos possíveis mundos condicionais contrafactuais. Sobre a teoria contrafactual de LEWIS, cf., do autor, “Causation”, *Journal of Philosophy*, 70, 1973, p. 556 e ss., republicado em *Causation and Conditionals*, ERNEST SOSA (ed.), 1975, p. 180 e ss. [o evento X depende causalmente do evento Y, se os dois contrafactuais são verdadeiros: se Y tivesse tido lugar, X teria tido lugar; se X não tivesse tido lugar, Y não teria tido lugar, sendo a primeira afirmação essencial no tocante a eventos que não ocorreram, ou seja, no que tange à causalidade da omissão, e a segunda fulcral para eventos verificados. Cf., também, FLORENCE G’SSELL-MACREZ, *Recherches...* cit., p. 163]

LEWIS, tal como MOORE explicita, introduz na análise contrafactual o conceito de dependência causal, que opera na direcção oposta à da causalidade, isto é, quando y depende causalmente de x, podemos afirmar que x causa y. Esta dependência causal é suficiente para o estabelecimento da causalidade, embora possa não ser necessária, na medida em que pode haver causalidade sem dependência causal.

Acompanhando a exposição de MOORE, e de forma a tornar mais perceptível alguns dos apontamentos da teoria contrafactual da causalidade, suponhamos que *x* causa *y* e *y* causa *z*. Como a relação causal é transitiva, *x* causa *z*. Mas, a relação de dependência causal é não transitiva, porque o possível mundo no qual vamos testar o contrafactual “but for *x*, would *z* have occurred?” é diferente relativamente ao possível mundo no qual vamos testar o nexo contrafactual “but for *x*, would *y* have occurred?” e “but for *y*, would *z* have occurred?”. Ou seja, e continuando a acompanhar de muito perto a exposição que MOORE nos oferece do pensamento de LEWIS, *z* não depende contrafactualmente de *x*, ainda que, de acordo com a relação causal transitiva, *x* cause *z*. Logo, no quadro desta posição, não se requer para a validade de “*x* é causa de *z*” que haja uma dependência contrafactual directa de *z* para *x*. Tanto quanto *z* dependa contrafactualmente de *y*, e *y* dependa contrafactualmente de *x*, então *z* depende causalmente de *x*. Para que haja dependência causal não tem que existir uma dependência contrafactual directa.

A grande questão encabeçada por MOORE é saber se a causalidade equivale à dependência contrafactual (cf. p. 1213 a 1215) [Sobre o ponto, referindo-se aos autores aqui citados, veja-se, entre nós, PAULO MOTA PINTO, *Interesse contratual negativo...* cit., p. 658 e ss].

Sob pena de não logarmos aceder ao núcleo essencial da doutrina de MOORE, importa, antes de avançarmos na exposição do seu pensamento, tecer alguns esclarecimentos adicionais.

Primeiro, o que orienta o autor é a preocupação de saber qual a relação que deve existir entre a acção do lesante e determinado *state of affairs* para que a responsabilidade se possa impor, partindo-se do pressuposto que aquele é tido como um dano, ou, mais especificamente, é a de dar resposta à interrogação “whether causal dependency or counterfactual dependency better captures the moral and legal basis for liability?” (cf. p. 1192, nota 31).

A formulação do autor mostra-se suficiente para percebermos o nível dialógico em que se insere. E encaminha-nos para o segundo dos esclarecimentos anunciados. Na verdade, MOORE parte para a sua investigação de uma pressuposição que se estriba, segundo a sua expressão, numa concepção moral. Para ele, o *hard core of our moral obligation (social minimum)* traduz-se na não causação de dano a terceiros, na medida em que, não sendo possível exigir a cada um dos membros da comunidade um comportamento virtuoso, se deverá limitar a imposição à obrigação de não tornar o mundo um lugar menos aprazível. Ora, se com as nossas acções transformarmos o mundo num sítio pior, então, devemos ser responsabilizados. No seu ajuizamento, esta perspectiva da responsabilidade é naturalmente captada por um determinado tipo de teste contrafactual: transformamos o mundo num sítio pior se com as nossas acções ele fica pior do que sem elas. Muitos são os autores que acreditam que o fundamento contrafactual da responsabilidade deve contaminar a resposta ao problema da causalidade. MOORE, apresentando inúmeras (10) aplicações legais desta sua prévia obrigação moral, analisada em termos contrafactuais, e entendendo que a teoria contrafactual da causalidade reforça a ideia de que a causalidade mede o grau da nossa contribuição para o agravamento da situação do mundo, não deixa de questionar se a causalidade coincide ou não com uma ideia de dependência contrafactual, para responder negativamente à dúvida. Assim, para MOORE, a causalidade não se confundiria com a dependência contrafactual, não sendo esta suficiente ou sequer necessária para a afirmação da primeira. Para justificá-lo, aduz a existência de contrafactualidade não causal (cf. p. 1218), ao mesmo tempo que aponta as aporias a que a visão contrafactual da causalidade nos conduz. Desde logo, gera uma noção de causalidade não suficientemente discriminatória (*promiscuity objection to the counterfactual theory*, nas suas duas versões críticas: a) *at-a-time version*, questionando-se o facto de ela conduzir à consideração de todas as circunstâncias das quais ficou dependente o resultado como causas – cf. p. 1219; b) *over-time version*, nos termos da qual se e depende contrafactualmente de *d*, então *d* causa *e*, e se *d* contrafactualmente depende de *c*, então *c* causa *d*, logo *c* causa *e*, o que implica que o número de causas de um evento seja levado ao infinito, remontando ao início do mundo, o que soa absurdo e não se pode pretender solucionar aditivamente pela consideração da proximidade, quebra do nexos e ideia de coincidência, porquanto, para MOORE, o *pragmatics of causal utterances* mais não representa do que o refúgio defensivo na *policy* – cf. p. 1222). Acrescenta, ainda, que a teoria contrafactual da causalidade se mostra cega à diferença entre acção e a omissão, ao mesmo tempo que se deixa contaminar por epifenómenos (cf. p. 1227 e ss., onde o autor abre as portas ao que cunha por *epiphenomenal objection*: supondo que um certo evento *c* causa *e* em *t1*. Depois, *c* causa *f* em *t2*. Ainda não há uma relação causal entre *e* e *f*, a qual não ultrapassa a barreira do epifenómeno. Assim, e usando o exemplo do autor, se de manhã corro com o meu cão e isso diminui a minha ansiedade e faz com que o cão fique cansado, não se pode dizer que a diminuição da minha ansiedade é causa do cansaço do cão. Ainda que LEWIS tenha procurado contornar o resultado indesejável da afirmação da causalidade nestes casos, o certo é que só postulando que os possíveis mundos contrafactuais o deixam livre de considerar que a lei C/E é invariável no mundo possível mais próximo – cf. p. 1228). Também a necessidade da dependência contrafactual é negada, como se perceberia em todos os casos de sobredeterminação causal (cf. p. 1236 e ss.)

Cinde-se, portanto, a base de justificação da responsabilidade e os critérios de operacionalidade dela. Ou mais concretamente, MOORE conclui que os testes contrafactuais usados em termos legais para diversos efeitos e em muitos contextos não podem ser justificados em termos causais, restando saber se podem encontrar justificação a outro nível.

Ainda que correndo o risco de alargar em demasia esta já longa nota, pensamos não ser despiciendo olhar para alguns dos segmentos problematizados pelo autor. Assim, e porque se trata do *basic case of misfeasance in tort*, atentemos no que o autor diz a páginas 1183: se A, portador de uma doença cancerígena, quiser demandar o fabricante de cigarros, tem de provar que, na ausência deles, não teria desenvolvido o cancro. Ora, segundo explicita MOORE, o *but-for test* não é periférico na economia do direito delitual, antes assumindo uma posição de proeminência que permite marcar a linha de fronteira entre a sucessão temporal e a verdadeira causalidade (cf. p. 1184). Simplesmente, *infra*, aduz que a compreensão da causalidade à luz da dependência contrafactual faz com que o teste causal tenha de ser complementado com recurso à *proximate causation*. Assim, embora não permita responder cabalmente à questão causal, a *conditio sine qua non* pode ser justificado como uma limitação contrafactual genérica relativamente àquilo por que somos responsáveis.

São quatro as possíveis combinações entre a dependência contrafactual e a causalidade – cf. p. 1268 e ss. Lançando uma vez mais mão das palavras do autor, passemos a elencá-las:

- 1) o lesante não causa o dano e mas o seu comportamento “faz a diferença”, tendo em conta a ocorrência daquele, onde o *making a difference* envolve a verdade da asserção contrafactual “se não existir c, então não existe e”, não tendo e uma base moral apropriada. O exemplo pode ser captado, segundo ensina o pensador, nas situações de omissão e naquelas em que se permite que a lesão ecloda. Se A omite um comportamento devido, não causa o dano e, não obstante, deve ser, desde que se verifique a dependência contrafactual enunciada, moralmente responsabilizado, no quadro de um modelo delitual com fundamento moral, concluindo-se, portanto, acerca da suficiência da dependência contrafactual e da prescindibilidade da causalidade. Trata-se, porém, de uma responsabilidade diversa daquela que assenta na conexão causal, admitindo defesas a redundarem em justificações atendíveis para o não cumprimento da obrigação moral (cf., também, p. 1261, a propósito das omissões);
- 2) agrupando a segunda e a terceira combinações, MOORE adverte tratarem de casos simples. Se a conduta c causa o dano h e h depende contrafactualmente de c, então o autor da conduta é moralmente responsável por ela, sendo a conclusão inversa se as duas primeiras premissas forem também negativas;
- 3) A acção c causa o dano h, mas h não depende contrafactualmente de c. Trata-se dos casos de concorrência causal, seja ela simétrica e a causa suficiente seja natural, seja assimétrica (cf. p. 1269). Se considerássemos que a inexistência de dependência contrafactual seria necessária, então a conclusão teria de ser a da não responsabilidade do agente, tornando-se a causalidade um conceito irrelevante.

Como resta evidente do excurso do autor parcialmente transposto para esta nota, a causalidade não se confunde com a ideia de dependência contrafactual. Sendo esta a essência da responsabilidade moral, resta saber se, no plano criteriológico, aquele fundamento moral é melhor cumprido por via da causalidade ou da contrafactualidade. Segundo a sistematização apresentada por MOORE, os juristas podem dividir-se em dois grandes grupos: aos que baseiam a responsabilidade numa base subjectiva, bastando-se com a culpa para imputar a obrigação de indemnização, opõem-se os que advogam que esta deve ser complementada por um critério objectivo de imputação. Aqui uma sub-divisão é possível. Mantendo-se uns fiéis à ideia de causalidade, outros alicerçam-se na contrafactualidade (cf. p. 1270).

A problematidade inerente ao apontamento galvaniza-se por referência à terceira hipótese considerada pelo autor. É que MOORE considera que, estabelecendo-se a causalidade, esta passa a ser suficiente para se imputar a responsabilidade, ainda que inexistia a dependência contrafactual (cf. p. 1266).

Louva-se no autor a preocupação em descobrir o fundamento da imputação delitual e em torná-lo comunicante com as soluções concretas que se procuram, diante das exigências de sentido reclamadas pelos casos *sub iudice*. Contudo, tememos que o seu propósito se frustre. Pesará, estamos em crer, na falência do desiderato a orientação logicista que, por influência de uma certa filosofia da linguagem, contamina o seu pensamento. Porém, as críticas que lhe podemos dirigir não se confinam ao plano da racionalidade mobilizada. De facto, ainda que nada nos mova contra a referência à *morality*, porquanto na língua inglesa ela queira indicar a eticidade predicativa da juridicidade, afigura-se vazia a sua compreensão em termos contrafactuais. Na verdade, contra o que poderia deduzir-se no parágrafo de abertura do estudo do autor, a transformação negativa do mundo, em si mesmo, nada alicerça, só se podendo apodar de desvaliosa por se assumir um ponto de referência valorativa. Ou seja, e se quisermos ser mais directos, não é a dependência contrafactual que identifica a teleonomologia da responsabilidade

civil, mas a personalidade em que aquela dialecticamente se ancora. É exactamente nesse vazio axiológico que MOORE se deixa enredar e isso leva-o a, perdida que seja a dependência contrafactual, procurar novos critérios de imputação, desta feita colimados na causalidade. Sem que se perceba a razão, posto ser afinal aquela, no modelo por si forjado, o guia de explicitação de toda a responsabilidade.

Mais grave se afigura, ainda, a abertura que a lógica contrafactual potencia, a viabilizar raciocínios do tipo daquele que surge inscrito a páginas 1187. A propósito das situações de *permission for self-help in remedying situations of unjust enrichment*, o exemplo abordado por certos autores conduz-nos ao núcleo de controvérsia do aborto. Tema apaixonante e fracturante, ele colheria justificação em termos contrafactuais, porquanto a morte do feto não seria pior do que a morte que teria sofrido se, contrariamente ao facto, não tivesse havido por parte dele apropriação do corpo materno. A perfeição lógica da construção é inversamente proporcional à torpeza do argumento e, não partindo do nada, supõe, contra o que aproblematicamente se poderia pensar, que haja uma prévia valoração do valor ou desvalor inerente à conduta. Reconhecendo-o, é certo, *in fine*, MOORE acaba por não extrair dessa dimensão de juízo ético a magnitude do que ele nos comunica, insistindo, pelo contrário, no logicismo que tem de, em face da causalidade não contrafactual, abandonar.

Para maiores desenvolvimentos acerca da sua concepção de causalidade, cf. “Causation and Responsibility”, *Social Philosophy & Politics*, vol. 16, 1998, p. 1 e ss.

Note-se que o autor olha para a causalidade do ponto de vista ético, considerando que a mesma releva para garantir o recorte comutativo (correctivo) que se reconhece à responsabilidade civil. Quanto ao ponto, cf., pela impressividade dos termos aí usados, “The Metaphysics of causation...”, ... cit., p. 853. Simplesmente, aduz igualmente que a causalidade deve ser encarada de um ponto de vista *singularist and physicalist*. A causalidade entender-se-ia em termos de forças, sendo perceptível através de três proposições básicas: 1) *causation is a scalar relation* (cf. “The Metaphysics...”, ... cit., p. 874), não podendo ser entendida segundo um binómio tudo ou nada, isto é, apresenta-se como uma noção que pode variar ao longo de um *continuum*, pelo que pode haver mais do que uma causa e uma ser mais causal em relação ao resultado do que outra; 2) *the scalarity of causation is specifically such that the causal relation diminishes over time* (cf. “The Metaphysics...”, ... cit., p. 875), ou seja, ao longo do tempo, a contribuição causal de um evento diminui em proporção ao número de outros eventos que contribuem para a emergência do resultado; 3) *the amount of causal contribution needed for an actor to be morally responsible for some harm is substantial* (cf. “The Metaphysics...”, ... cit., p. 875), isto é, ela há-de marcar a diferença entre o desvalor de um dano e o desvalor de uma mera colocação em risco. MOORE aceita a causalidade como uma questão de grau, e, nessa medida, há que estabelecer uma linha de fronteira entre os *causer* e *riskiers*, encontrando-se o limbo na ideia de *substantial factor*.

Para uma crítica à posição de MOORE, que procura analisar a metafísica da causalidade, cf., embora restringindo a sua reflexão ao domínio penal, cf. STEPHEN J. MORSE, “The Moral Metaphysics of Causation and Results”, *California Law Review*, 88, 2000, p. 879 e ss.

A propósito do pensamento de MOORE, cf., igualmente, MICHAEL S. MOORE, “Thomson’s preliminaries about causation and rights”,... cit., p. 508, onde se confessa um agnóstico em matéria de contrafactualidade e, com maior ênfase, posto ter percorrido aí um trilho já densificado em volta de alguns dos problemas suscitados por aquela, p. 512, nota 69, salientando que mantém o seu *educable agnosticism on counterfactual analysis of causation* e apresentando diversas razões, em virtude da dúvida que resta sobre se a individualização do resultado, exigida para que a análise contrafactual faça sentido, não a reduz a uma verdade trivial; da dúvida acerca do potencial discriminatório da causalidade alicerçada em termos contrafactuais; e ainda da eliminação da diferença entre o discurso contrafactual e o discurso explicitamente modal.

²³⁷⁵ Cf. FLORENCE G’SSELL-MACREZ, *Recherches...* cit., p. 192 e ss., considerando que “o nexo de dependência contrafactual não permite responder à questão do porquê. A delimitação no tempo e no espaço revela-se uma questão política de responsabilidade e, designadamente, uma questão filosófica, moral e política. Visa-se, num segundo momento, não explicar o que se passou, mas designar quem é o responsável e pelo que é responsável (questão de imputação)”. Mais acrescenta a autora que, num caso decidido pela *Cour de Cassation* (Cass. 2^e Civ. 24 février 2005), se mostra que o raciocínio contrafactual não permite, por si, estabelecer a referida limitação. Assim, tendo A sofrido um acidente que o deixou incapacitado, casa-se e tem três filhos que, tornando-se maiores, demandam o responsável do acidente por terem sido privados das relações lúdicas e afectivas normais com o pai. À primeira vista, o raciocínio parece coerente em termos de *condicionalidade sine qua non* (se o pai não tivesse sofrido o acidente, teriam tido um pai de plena saúde e com outras possibilidades), mas ele antolha-se viciado: o casamento e o nascimento ocorreram muitos anos depois do acidente.

Só que, parecendo apontar no sentido da *conditio sine qua non*, as indagações em causa não resolvem um problema prévio com que alguns juristas se debatem²³⁷⁶. Desde logo na enunciação genérica do objecto da investigação não demos conta da atinência ao resultado concreto ou ao seu tipo genérico. E bem assim fica por esclarecer o grau de relevância que o comportamento há-de revestir em relação ao evento. É que, como bem se compreenderá, não redundaria no mesmo a busca pela condição sem a qual o dano não teria ocorrido ou a condição suficiente de emergência dele. Não se pode, pois, olvidar o facto de autores vários terem problematizado a categoria, impondo, assim, a escalpelização do sentido dela²³⁷⁷.

HONORÉ translucidamente aborda o problema, colocando frente a frente três possibilidades discursivas. *Necessary condition of a result, sufficient condition of the result* ou *necessary element in a set of conditions jointly sufficient to produce the result*²³⁷⁸.

Em consideração estaria a identidade entre o *but-for test* e uma ideia forte de necessidade e a constatação da imprestabilidade daquela inquirição para resolver, de forma justa, todos os problemas que instassem à actuação decisória-judicativa do jurista²³⁷⁹. Razão bastante, pois, para que o autor venha defender, desde 1959²³⁸⁰,

²³⁷⁶ A referência a que agora damos lugar em texto, sendo familiar noutros ordenamentos jurídicos, tem um peso autónomo muito relativo no sistema delitual pátrio. Excepção feita a PAULO MOTA PINTO, *ops. cit.*

²³⁷⁷ Acresce que, quando confrontado com situações de sobredeterminação causal – a que aludiremos *infra* –, não será indiferente ao jurista a modelação concreta da condicionalidade de que lança mão.

²³⁷⁸ Cf. TONY HONORÉ, “Necessary and sufficient conditions in tort law”, ... *cit.*, p. 363; HART e HONORÉ, *Causation in the law*, ... *cit.*, p. 106 e ss.

²³⁷⁹ HONORÉ fala em necessidade e suficiência. Cada uma delas pode ser perspectivada numa óptica forte ou fraca. O *but-for test* (a nossa *conditio sine qua non*) deveria ser vista como um teste de *strong necessity*. A alternativa, proposta por alguns pensadores, seria a sua substituição pela procura do *substantial factor*.

Acerca do *substantial factor*, veja-se JEREMIAH SMITH, “Legal cause in actions in tort”, *Harvard Law Review*, vol. 25, 1911-1912, p. 103 e ss., p. 223 e ss., p. 303 e ss. (primeiro autor a propor o critério); WEX S. MALONE, “Ruminations on cause-in-fact”, ... *cit.*, p. 88 e ss. Afirma o autor que, perante a falência do *but-for test*, o sentido de justiça intuído por cada um reclama o seu abandono (“Drama has triumphed over the syllogism” – cf. p. 89). É neste contexto que muitos tribunais prescindem da definição da causa, para passarem a lidar com o que o autor identifica como sendo outro tipo de linguagem e redefinirem um ponto de afinidade suficiente entre a lesão que avultou e o comportamento do agente. Este deve passar a ser visto como um *substantial factor in bringing about the damage* (*op. cit., loc. cit.*). Veja-se, a título ilustrativo, o exemplo oferecido pelo autor. Assim, se dois fogos deflagram em simultâneo, destruindo a habitação do lesado, o tribunal deve indagar “qual o tamanho do fogo potenciado pelo pretenso lesante comparado com o fogo de origem desconhecida?” ou, em geral, “em que medida o comportamento dele contribuiu para o surgimento da lesão?”. Advertindo que, tal como ao nível do *but-for test*, se inculca a ideia de estarmos diante de um problema de facto, alerta ainda para o facto de o tratamento que lhe tem sido dispensado pelos tribunais o condenar muitas vezes a algo não muito distante do que se questiona com aquele primeiro teste. Ademais, acrescenta a mobilização restritiva que dele se tem feito, relegando-o para as situações de sobredeterminação causal, impossivelmente tratadas em termos contrafactuais puros (cf. p. 93 e ss.). Acerca do exemplo oferecido pelo autor, v. *Anderson v. Minneapolis, St. Paul & S.S.M. Railway Co.*, que serviu de inspiração ao autor.

conjuntamente com HART, a teoria da *causally relevant condition*. O evento seria, então, causalmente relevante quando fosse um elemento necessário num conjunto de condições que fossem em conjunto suficientes para a produção da consequência²³⁸¹.

Com o que se distinguiria, afinal, a necessidade da suficiência²³⁸².

Ligada à regularidade causal dos acontecimentos físicos, defendeu-se que uma condição seria uma parte insuficiente mas necessária de uma condição não necessária mas suficiente (*insufficient but necessary part of an unnecessary but sufficient*

A propósito da defesa do *substantial factor*, veja-se, ainda, MICHAEL S. MOORE, “The Metaphysics...”, ... cit., p. 875 e, antes dele, JEREMIAH SMITH, “Legal Cause in Actions of Tort”, ... cit., aqui 305-308. Cf., ainda, THIMOTHY DYLAN REEVES, “Tort liability for manufacturers of violent video games: a situation discussion of the causation calamity”, ... cit., p. 519 e ss., em especial p. 539, afirmando que, “em muitos casos, não é possível dizer que a conduta (...) tenha sido *conditio sine qua non* do dano, mas a acção do lesante desempenhou um papel tão importante na causação da lesão que a responsabilidade deve ser imposta”. Mais refere que, “quando há duas ou mais potenciais causas, a questão é em que medida o efeito da negligência do lesante foi substancial ou meramente negligente” [*substantial factor test*].

Cf. DAVID W. ROBERTSON, “Causation in the Restatement (Third) of Torts: three arguable mistakes”, ... cit., p. 1018 e ss., com referências a *Callahan v. Cardinal Glennon Hosp.*, onde somos confrontados com os limites do uso legítimo do *substantial-factor test*, e ao *Restatement (Second)* e *Restatement (Third) of Torts*. O primeiro prevê, no § 432 (2), que a conduta do *defendant* não é uma *substantial factor cause* do dano excepto se: a) a conduta do lesante foi suficiente para fazer surgir o dano, não sendo necessária a intervenção de uma outra causa concorrente; b) a causa concorrente também era suficiente; c) a conduta do lesante foi um *substantial causal factor*, já que a magnitude e o escopo eram idênticos aos da causa concorrente. O *Restatement (Third)* vem omitir o requisito a) e c). Assim, num caso como aquele em que há diversos poluidores – *Warren v. Parkhurst* –, ao abrigo do § 432 (2) do segundo *Restatement*, nenhuma conduta era suficiente para produzir o dano, sendo necessário lançar mão do conceito de *concert of action* ou *inextricable-tangle approach*. Ao invés, ao abrigo do *Restatement (Third)*, havendo diversos poluidores, cada um é causa do dano porque a sua conduta foi necessária para a suficiência de um conjunto causal. Como este § 27 do *Restatement* se mostra demasiado inclusivo, sente-se, depois, a necessidade de encontrar limites, por via do § 39 (*scope of liability*): quando a conduta negligente constitui apenas uma contribuição trivial para um conjunto causal que é causa de um dano, este não se integra *within the scope of liability*. Sobre o ponto, cf. p. 1024, onde o autor aduz que “mesmo uma condição insuficiente pode ser causa do dano quando se combina com outros actos para constituir um *sufficient set* para causar a lesão, e isto mesmo que haja outros conjuntos de causas suficientes para causar o dano. Há, porém, um tipo de casos nos quais a negligência do agente empalidece em comparação com as outras contribuições. Embora a conduta continue a ser causa nos termos do § 27, limita-se a responsabilidade por via do § 39. Como exemplo, o autor chama à colação a célebre hipótese do automóvel estacionado numa encosta. Oito agentes, actuando independente, mas simultaneamente, exercem uma determinada força sobre o veículo que acaba por deslizar do alto da montanha, em virtude da combinação de forças. Cada agente exerceu uma força correspondente a 33% do que era necessário para fazer rolar a coisa, pelo que cada um foi um elemento necessário, mas não suficiente de um *causal set* (p. 1022).

Cf., igualmente, WILLIAM LLOYD PROSSER, W. PAGE KEETON, DAN B. DOBBS, ROBERT E. KEETON, DAVID G. OWEN, *Prosser and Keeton* ... cit., p. 266 e ss., considerando que o *but-for test* não serve para alguns casos, como por exemplo na hipótese de combinação de dois fogos.

Vide, também, a propósito do *substantial factor*, JOHN FLEMING, *The Law of Torts*, ... cit., p. 173, considerando que uma condição pode ser tida como causa se ela foi necessária para produzir o evento ou teria sido necessária se nenhuma outra condição suficiente tivesse estado presente.

²³⁸⁰ Cf. HART e HONORÉ, *Causation in the law*, ... cit., p. 106 e ss.

²³⁸¹ Cf. HART e HONORÉ, *Causation in the law*, ... cit., p. 106 e ss. e TONY HONORÉ, “Necessary and sufficient conditions in tort law”, ... cit., p. 364. No fundo, os autores dariam lugar a uma posição eclética que transpirava um sentido fraco de necessidade e um sentido forte de suficiência.

²³⁸² Cf. TONY HONORÉ, “Necessary and sufficient conditions in tort law”, ... cit., p. 365 e ss.

condition – INUS). No fundo, o pensamento, que remonta também a JOHN MACKIE²³⁸³, parte do postulado da existência de regularidades causais no universo e daqueloutra segundo a qual uma causa implicaria um conjunto de condições que só conjuntamente dariam lugar ao efeito em questão. Só que, porque pode haver mais do que um conjunto de condições idóneo a produzir o evento, nem sempre aquela que se afigura insuficiente, mas necessária de um grupo condicional, se pode dizer necessária, embora suficiente, para a emergência dele^{2384 2385}.

²³⁸³ JOHN L. MACKIE, *The Cement of the Universe: a study of causation*, Clarendon Press, Oxford, 1974, p. 59 e ss.

Com a referência a MACKIE pretendemos mostrar a recusa, filosófica, protagonizada pelo autor da ideia prévia a HUME de que os objectos possuem forças causais que podem ser observadas. Como veremos, posteriormente, acaba por não aderir fielmente ao método do autor, propondo, ao invés, uma terceira via da solução do problema.

Sobre o importante papel que MACKIE teve no desenvolvimento das doutrinas contrafactuais da causalidade, cf. PETER MENZIES, “Contrafactual theories of causation”, ...cit.

²³⁸⁴ Cf. TONY HONORÉ, “Necessary and sufficient conditions in tort law”, ... cit., p. 365, apresentando diversos exemplos que ilustram o desenvolvimento que aqui acompanhamos de muito perto. Diz-nos o autor que uma dada dose de veneno vai, em certas condições, produzir a morte de quem o ingere. Mas apenas na ausência de um antídoto e de outras causas que provocassem a morte antes do veneno actuar. Assim, a força do veneno, as condições do corpo, a ausência de antídoto, a ausência de outra causa geradora da morte são todos condições INUS do conjunto de condições que conjuntamente são suficientes para produzir o resultado.

Note-se que MACKIE acaba por acoplar a sua posição a uma noção de necessidade. Cf. *The Cement of the Universe*... cit., p. 62, pelo que, embora o seu contributo tenha sido importante do ponto de vista jurídico para a superação do *but-for test* pelo *NESS-test*, não logrou superar a primeira impostação do problema. Especificamente, veja-se p. 41-43, onde o autor acaba por aderir ao *but-for test*, embora admita que nos casos de sobredeterminação causal possa haver causalidade, mesmo que ele não esteja satisfeito. O desvio de uma concepção causal ancorada na suficiência passa, no autor, pela consideração de uma máquina não determinística que produz x sempre que se introduza y, podendo, não obstante, produzi-lo, ainda que nada seja introduzido. A condição que se introduz seria suficiente, mas não necessária.

Refira-se, porém, que o autor acaba por introduzir alterações ao *but-for test*. Designadamente, tem em conta o resultado concreto e propõe o chamado *aggregated but-for test*, considerando as causas que permitem a qualificação de sobredeterminação causal de forma combinada (cf. MACKIE, *The Cement*... cit., p. 47).

Mostrando a abertura de MACKIE ao *NESS-test*, não obstante aduzir contra a ideia de suficiência alguns argumentos, cf. WRIGHT, “Causation, Responsibility, Risk, Probability, Naked Statistics and Proof...”, ... cit., p. 1028 e ss. Veja-se, ainda, nas páginas subsequentes o diálogo entre os dois pensadores, e a refutação de WRIGHT aos contra-argumentos avançados por MACKIE.

Veja-se, quanto ao ponto, cf. ANTONY HONORÉ, “Causation in the law”, ...cit., considerando que o *NESS-test* não é mais do que uma específica instância da condição INUS, cujo apelo se fica a dever a MACKIE.

²³⁸⁵ A afirmação impõe alguns esclarecimentos adicionais, quer para acedermos à intencionalidade da querela que divide os defensores do *but-for test* aos arautos do *NESS-test*, quer para obviarmos algum mal entendido potencialmente gerado pela formulação do nosso texto. Para tanto, apoiar-nos-emos no trabalho de WRIGHT, figura de proa na defesa do aproveitamento da ideia de suficiência para o cumprimento do requisito causal ao nível delitual. Cf. “Causation, Responsibility, Risk, Probability, Naked Statistics, and Proof...”, ... cit., p. 1019 e ss., e “Causation in tort law”, ... cit., p. 1788 e ss., que passaremos a acompanhar.

Assim, o *NESS-test* encontra inspiração na filosofia de HUME e na ideia de que a causalidade não implica determinadas forças ou qualidades intrínsecas aos objectos, mas envolve uma crença de uma certa sucessão de eventos com base numa determinada lei causal, a qual descreveria a lista das condições que são suficientes para a ocorrência de uma certa consequência. O conjunto de condições deve, pois, mostrar-se suficiente para a produção do resultado, e, para evitar a inclusão de condições irrelevantes, dever-se-á restringir o conjunto às condições antecedentes que sejam necessárias para a suficiência a que

se alude. No fundo, o que existiria seria uma intuição de que certos eventos surgem sempre conjugados e são suficientes para a ocorrência de outros eventos, a partir de onde se elaborariam generalizações causais (cf. “Causation in tort law”, ... cit., p. 1788. Mais concretamente, aí, WRIGHT considera que uma lei de generalização fornece uma invariável conexão entre a causa e a consequência, decorrendo daqui uma ideia de regularidade causal, tida como importante no contexto do pensamento de HUME.)

Mais se diga, e continuando a acompanhar a exposição do autor, que HUME aliava à regularidade uma ideia determinística, porquanto considerava que uma certa consequência seria sempre produzida pela mesma causa, isto é, só haveria um conjunto suficiente de condições apto a produzir aquela consequência. À unicidade causal haveria de se contrapor a ideia de STUART MILL que, sustentando que para cada consequência há uma pluralidade de potenciais causas, acaba por impor triunfantemente a sua posição. É a partir daqui que muitos passam a complementar a ideia de suficiência com a ideia de necessidade.

Ora, o *but-for test* seria herdeiro da última, enquanto o *NESS-test* espelharia a primeira. [Cf., a este propósito, FLORENCE G’SSELL-MACREZ, *Recherches...* cit., p. 184 e ss. De acordo com o testemunho da autora, MILL é um empirista que raciocina a partir das mesmas premissas que HUME, sustentando que todos os eventos têm uma causa e que as mesmas causas produzem os mesmos efeitos. A causa é invariavelmente seguida do efeito, mas ela não é absolutamente necessária ao surgimento da consequência. Assim, “Hume estima que a causa deve ser suficiente, mas também necessária: X é invariavelmente seguida do efeito Y (causa suficiente) e Y não pode produzir-se se X não se produzir (causa necessária). Mill exclui o carácter da necessidade. É causa a causa suficiente para produzir o efeito. O abandono da característica da necessidade significa que um evento pode ter múltiplos tipos de causas. É o que se chama doutrina da pluralidade de causas de Mill (p.149). A causa suficiente assim definida raramente consiste num facto único. Ela é constituída por um complexo de condições distintas que devem ser reunidas para produzir o efeito. Mill considera que a causa é composta pela soma dos antecedentes que permitem produzir o efeito. Mill recusa restringir a noção de causa à força activa, de causa geratriz” (...). Para MILL, “a causa é um conjunto causal suficiente para produzir invariavelmente o efeito. Não importa que esse conjunto causal seja ou não sempre necessário para produzir o efeito. Este último pode igualmente ser causado por outras causas. Todas as condições são necessárias. O enunciado da causa é incompleto se não se introduzem todas as condições. Se o efeito pode ter diferentes causas, as condições que compõem um conjunto causal são necessários. Numa ocorrência particular, no qual tal conjunto causal produziu o efeito, é necessário considerar todos os elementos que o compõem como necessário”.]

Atentemos, para uma melhor intelecção dos termos postos em diálogo, à taxonomia apresentada por WRIGHT (cf. “Causation, Responsibility, Risk, Probability, Naked Statistics and Proof...”, ... cit., p. 1020 e ss. Do ponto de vista filosófico, o autor fala de 1) *strict-necessity test* (Q é necessário para a ocorrência de R, sempre que R ocorra); 2) *less stringent strong necessity test* (Q é necessário para a ocorrência de R em circunstâncias particulares, considerando as circunstâncias que existiam na situação particular); 3) *least stringent, weak necessity test* (Q é um elemento necessário de um conjunto de condições que foi suficiente para a ocorrência de R – *Ness-test*); 4) *strict sufficiency test* (Q é suficiente para a ocorrência de R); 5) *less stringent, strong sufficiency test* (Q é um elemento necessário de um conjunto de condições que é suficiente para a ocorrência de R – *Ness-test*); 6) *least stringent, weak-sufficiency test* (Q é parte de um conjunto de condições que foi suficiente para a ocorrência de R).

O *NESS-test* seria um teste de *weak necessity or strong sufficiency*; enquanto o *but-for* traduziria uma forma contrafactual da ideia de *strong necessity* (cf. p. 1021).

Para um elenco dos possíveis sentidos da necessidade e da suficiência, cf. R. FUMERTON e K. KRESS, “Causation in the law: preemption, lawful sufficiency, and causal sufficiency”, ... cit., p. 91 e ss.: 1) formal (X é formalmente uma condição necessária/suficiente para y, conhecida *a priori*); 2) analítica (X é analiticamente uma condição necessária/suficiente para y, conhecida *a priori*); 3) *a priori* sintética (x é sinteticamente uma condição necessária/suficiente para y); 4) legal (x é legalmente uma condição necessária/suficiente para y, provavelmente conhecida só *a posteriori*); 5) causal (x é causalmente uma condição necessária/suficiente para y).

Sobre o problema filosófico da compatibilização das doutrinas contrafactuais com um mundo indeterminístico, cf. CHRISTOPHER HITCHCOCK, “Probabilistic causation”, ... cit.. Segundo o autor evidencia, as doutrinas da regularidade causal são dificilmente compatíveis com a compreensão do mundo saída da física quântica. Pensada por muitos como sinónimo de determinismo, a causalidade seria desafiada, levando os autores a repensar outras linhas de percepção daquelas primeiras ideias de regularidade. É neste contexto que HITCHCOCK integra o esforço de MACKIE ao introduzir o conceito *INUS* (*insufficiente but non redundant part of na unnecessary but sufficient condition*).

O *but-for test* polemizaria, então, com o *NESS-test*, segundo o qual uma condição seria causa do resultado se e apenas se fosse um elemento necessário de um conjunto de condições suficientes para a ocorrência do dano (*Necessary element of a sufficient set*)^{2386 2387 2388 2389 2390 2391}. Unidos pela contrafactualidade que entretece o

Considerando que o *NESS-test* pressupõe o determinismo, cf. R. FUMERTON e K. KRESS, “Causation in the law: preemption, lawful sufficiency, and causal sufficiency”, ... cit., p. 98. Veja-se, ainda, p. 100 e ss., dando conta de outros problemas a que somos conduzidos com o teste.

²³⁸⁶ A paternidade do teste ficar-se-ia a dever a WRIGHT. Cf. do autor “Causation in tort law”, ... cit., p. 1735 e ss. e “Causation, Responsibility, Risk, Probability, Naked Statistics and Proof: ...”, ... cit., p. 1019. WRIGHT, insistindo na natureza meramente factual da *actual causation*, define a causalidade de acordo com uma ideia de *sufficient condition* (cf. “Causation, Responsibility, Risk, Probability, Naked Statistics and Proof...”, ... cit., p. 1019), considerando que “a particular condition was a cause of a specific result if and only if it was a necessary element of a set of antecedent actual conditions that was sufficient for the occurrence of the result”.

Refira-se, contudo, que, não obstante a paternidade que aqui se atribui, é o próprio WRIGHT a afirmar que o *NESS-test* teria sido primitivamente sugerido por HART e HONORÉ – cf. “Causation in tort law”, ... cit., p. 1788.

Mais se diga que o autor salienta que, quando não somos confrontados com a complexidade da sobredeterminação causal, o critério da suficiência colapsa para o simples *but-for test* (cf. “Causation in tort law”, ... cit., p. 1803). Simplesmente, sendo o conceito de causalidade muito mais complexo do que aquele que está integrado no teste, sempre que ele não seja satisfeito, o jurista deve lançar mão da noção mais essencial, com a subtil diferença entre uma suficiência real e uma suficiência meramente aparente.

²³⁸⁷ Para um confronto entre o pensamento de HART e HONORÉ, por um lado, e WRIGHT, do outro, cf. TONY HONORÉ, “Necessary and sufficient conditions in tort law”, ... cit., p. 366.

Para aprofundar a posição de WRIGHT, cf. “Causation, Responsibility...”, ... cit., p. 1041. O autor vem sustentar que o nóculo central do problema reside em saber se a condição era necessária no caso concreto para a suficiência de um conjunto de condições, em si suficiente para a ocorrência do resultado. Para tanto, eliminar-se-ia a condição do conjunto suficiente de modo a verificarmos se ele continua ou não a ser suficiente para a produção daquele resultado.

Para maiores desenvolvimentos, cf. “Causation in tort law”, ... cit., p. 1791. WRIGHT aduz que HART e HONORÉ, não tendo cometido o erro de complementar o *NESS-test* com a ideia de necessidade, acabam por considerar que cada elemento há-de ser suficiente por si mesmo, o que, como bem se compreenderá, suscita inúmeros problemas quando temos de lidar com algumas situações de causalidade cumulativa, v.g. os casos de poluição. Ora, WRIGHT não só entende que tal critério não é seguido pelos tribunais como sustenta que, com isso, se incorre num desvio à essência da causalidade. Assim, na hipótese de várias descargas poluentes que contaminam um rio, os tribunais consideram os lesantes responsáveis, embora nenhuma das contribuições individualmente fosse necessária ou suficiente.

Para uma sistematização, proposta por HONORÉ, das diversas teorias de captação da *cause-in-fact*, cf. cf. ANTONY HONORÉ, “Causation in the law”, ... cit.. Assim, apresenta-nos quatro grupos: 1) autores para quem a acção tem de ser necessária para o resultado (*but-for condition*); 2) autores para quem tem de ser parte necessária de um complexo de condições suficiente para o resultado (NESS); 3) autores que advogam um *substantial factor in*; 4) e, *in fine*, autores que propõem resolver o problema segundo a ideia de *contribution to the outcome*. No mesmo artigo, veja-se o testemunho do autor que inclui WRIGHT, HART e HONORÉ no grupo de pensadores que, rejeitando uma visão de *strong necessity*, recorrem ao pensamento de MILL e à teoria de MACKIE, no seu apelo à condição INUS. HONORÉ acaba por sublinhar, não obstante, que a ideia de que a responsabilidade depende do facto de o agente ter mudado o curso dos acontecimentos aponta para a ideia do *but-for test*, enquanto que a função da causa em relação à previsão de pontos aponta para o teoria do NESS. Já o fenómeno da causalidade múltipla implicaria uma teoria quantitativa, uma vez que cada uma delas há-de ser sopesada em relação às demais.

A este ensejo, cf., também, BORDON/ROSSI/TRAMONTANO, *La nuova responsabilità civile*, ... cit., p. 54 e ss.

²³⁸⁸ Note-se que, segundo o testemunho de HONORÉ, um deles seria imprescindível. Ou seja, independentemente da solução que se dispense ao problema da causalidade, há sempre uma pergunta prévia e hipotética à qual se tem de dar resposta. TONY HONORÉ, “Necessary and sufficient conditions in tort law”, ... cit., p. 370.

Saber se isto corresponde ou não a uma visão perfeitamente dualizada da indagação causal é uma questão controversa, que, aliás, opôs o pensamento do autor a outros estudiosos. Sobre o ponto, cf. JANE STAPLETON, “Unpacking causation”, ... cit., p. 145 e ss.

²³⁸⁹ A propósito da imprestabilidade, face a determinados casos concretos, do *but-for test*, instando o jurista a buscar novos critérios, que passariam por uma flexibilização do teste, veja-se, relativamente à especificidade do *tort of negligence* nos EUA, BASIL MARKESINIS, ANGUS JOHNSTON e SIMON DEAKIN, *Markesinis and Deakin’s Tort Law*, ... cit., p. 248-249. Citando LORD PEARSON, que, a propósito da categoria terá afirmado “it is formidable. But it must not be allowed to succeed, because it produces manifest injustice”, os autores apontam as três vias de prossecução do desiderato. Assim: a) recurso a um *substantial factor test*; b) considerar cada um dos lesantes *vicariously responsible (for cause-in-fact purposes only) for the other’s contribution to the injury* e *directly responsible for his own*; c) fazer impender sobre o lesante o ónus da prova da causalidade de facto.

²³⁹⁰ Outras seriam, porém, as hipóteses forjadas pela doutrina e jurisprudência da *Common Law* para fazerem face aos problemas patenteados pelo *but-for test*. Assim, cf., quanto ao ponto, a explicitação oferecida em MARGERET ISABEL HALL, “Duty, causation and third-party perpetrators: The Bonnie Mooney Case”, ... cit., p. 603 e ss. Considera-se, a propósito do caso aí comentado, mas com um âmbito de aplicação mais vasto, que seria profundamente injusto fazer repousar sobre o lesado o ónus de as circunstâncias concretas impossibilitarem a determinação do nexa causal, pelo que, “where a breach of duty has occurred, and damages is shown to have arisen within the area of risk which brought the duty into being, and where the breach of duty materially increased the risk that damage of that type would occur, and where it is impossible, in a practical sense, for either party to establish either that the breach of duty caused the loss or that it did not”, se deve considerar, de acordo com o teste da *materially contribution*, que a causalidade se firma (cf. p. 604).

Aponta-se, ademais, que o mesmo deve ser tido em consideração nas hipóteses de causalidade múltipla lato senso.

Veja-se, ainda, JOHN GOLDBERG, “Comment: rethinking injury and proximate cause”, ... cit., p. 15, onde, em diálogo com STEPHEN PERRY, o autor dá nota da posição daqueles que consideram improcedente uma visão contrafactual como critério de determinação da ocorrência do *harm* em casos de causalidade múltipla. Salienta, ainda, no cumprimento do ónus da contra-argumentação, que os defensores de tal perspectiva poderiam evitar esta objecção tratando os dois eventos que alternativa, mas incertamente, causaram o dano como um único e singular evento. Em contraposição, analisa depois o *historical worsening test*, dialogando com o domínio contratual, proposto por PERRY, e re-equaciona a contrafactualidade no momento em que lida com a contabilização do *damage* (cf. p. 24). [Para uma análise do conceito de *historical worsening test*, veja-se STEPHEN PERRY, “Harm, History and Counterfactuals”, *San Diego Law Review*, 40, 2003, p. 1283 e ss. (em especial, p. 1286 e ss.)].

Sobre a diferença entre o *counterfactual model of harm* e o *historical worsening model of harm*, não já na perspectiva da causalidade, mas na da definição do dano, cf. HERSHOVITZ, “Two models of Tort (and Takings)”, *Virginia Law Review*, vol. 92:6, p. 2 e ss., p. 21 e ss. [Definindo o dano como *a setback to interests*, aponta índices de relevância do mesmo e considera que a lesão sofrida por B só pode desencadear uma pretensão indemnizatória se houver uma conduta de A (acção ou omissão) e se ela for causa de um efeito adverso no interesse de B, para o que se pondera que o interesse de B está em pior condição do que estaria se A não tivesse agido como agiu ou o interesse de B está em pior condição do que estava antes de A agir. A contrafactualidade avulta no primeiro caso; o *historical-worsening model* avulta no segundo caso. Tratando-se de dois modelos comparativos, o autor chama à atenção para o pensamento de SEANA VALENTINE SHIFFRIN, “Wrongful Life, Procreative Responsibility and the Significance of Harm”, *Legal Theory*, 5, 1999, p. 117 e ss. (*apud* HERSHOVITZ, *op. cit.*, *loc. cit.*) e alerta para o facto de, com tal perspectiva, não se conseguir captar o dano sob a capa da ética. Sem querermos tomar posição acerca do que aqui vai dito, quer porque a centralidade do nosso tema nos faz concentrar esforços no tópico da causalidade, quer porque as incidentais reflexões acerca do dano se remetem para momento posterior, sempre importa tecer algumas considerações. Assim, cremos que, pelo que vai dito em nota, se torna uma vez mais inegável que o problema tradicionalmente dito causal se separa, pelo menos num dos seus momentos significantes, da questão da mensuração do dano. O que quer dizer que aspectos tidos como vectoriais num dos domínios podem ter de ser repensados no outro. Permite-se, por isso, sem contradição aparente, sustentar que o *historical worsening model of harm* não serve como critério de quantificação do dano consequência, porquanto, como se poderá constatar da própria noção, ele não permite abranger o lucro cessante. Tal não implica, porém, *mutatis mutandi*, uma adesão incondicional a uma ideia de contrafactualidade, nem nos condena ao formalismo comparatístico que aparece denunciado no texto que acompanhamos. Na verdade, a integração sistemática do dano num todo compreendido à luz do fundamento último da juridicidade permite-nos, em termos teóricos, arredar a

juízo a que dão lugar, cada um deles acaba por apresentar *nuances* distintas por referência a nichos dogmáticos particulares, entre os quais avulta, pelas dificuldades²³⁹² a que conduz, o da problematização da sobredeterminação causal^{2393 2394 2395}.

crítica e, em termos práticos, suplantam algumas das aporias a que éramos anteriormente conduzidos. A absoluta inteligibilidade do que assim vai dito implica a descoberta de outros segmentos do nosso pensamento. Adiantamos, contudo, que, perspectivando o dano à luz do direito lesado, ficamos dotados de duas esferas de interesses que se confrontam. À esfera de interesses tutelados pelo direito em abstracto contrapõe-se a esfera de interesses que o lesado deixou de satisfazer. É desta diferença que resulta o dano, restando uma questão, a empurrar-nos uma vez mais para os meandros da causalidade. Na verdade, como sabemos que os interesses não deixaram de ser satisfeitos por outra via? Havendo o concurso de uma causa real, ele materializar-se-á problemáticamente no momento em que questionarmos a imputação da primeira lesão (do dano evento) ao comportamento do agente. E, ainda que o interesse preterido seja tutelado por mais do que um direito em abstracto, sempre se conseguirá por essa via determinar se houve concurso de mais do que uma lesão e quem deve responder por ela, frisando-se, aqui e agora, uma vez mais, o papel charneira que a ilicitude, perspectivada na óptica do resultado, mas não desconfigurada no sentido do formalismo realista, desempenha num modelo que, como o nosso, se erige em torno dela. Havendo uma causa dita virtual, o problema dirá exclusivamente respeito ao cômputo do dano. Sobre o ponto, cf. PEREIRA COELHO, *O problema da causa virtual...* cit.].

²³⁹¹ Cf., a este propósito, CHRISTOPHE QUÉZEL-AMBRUNAZ, *Essai sur la causalité...* cit., p. 265 e ss. No quadro do que o autor considera ser a causalidade linear, fala do *empreinte continue du mal*, que resolveria melhor os problemas do que a doutrina da condicionalidade *sine qua non* nos casos de sobredeterminação causal. Segundo a teoria, há uma certa continuidade de defeituosidade que se prolonga sem hiatos, pelo que dever-se-ia encontrar, em cada facto, um aspecto defeituoso que se explique, pelo menos, pela defeituosidade do precedente. O nexos de causalidade em responsabilidade civil não é uma relação entre quaisquer eventos, mas uma sucessão de factos defeituosos, pelo que todo o encadeamento causal deve ser tido em conta. O critério de causalidade é “simples e banal na aparência, mas profundamente original na realidade” – *l’explication*. A imputação do dano subsequente ao autor do dano inicial pode justificar-se quando não se possa explicar completamente a produção do segundo sem fazer referência ao primeiro – cf. p. 270. Note-se que, segundo o autor, a explicação é um princípio de causalidade. Mais acrescenta que a explicação é um critério mais restrito que a causa. Ela é um antecedente anormal – um facto explica um dano na medida em que ele encontra a sua origem numa defeituosidade. Nessa medida, ela permite reconhecer a causalidade nos casos de sobredeterminação causal – cf. p. 272. Porém, o autor adverte que a teoria do “empreinte continue du mal” não rompe totalmente com o raciocínio contrafactual, mesmo se ele não o utiliza da mesma maneira que as teorias clássicas da causalidade. O raciocínio contrafactual aqui implica a substituição do facto defeituoso por um facto impecável, a fim de determinar se o dano se teria ou não produzido do mesmo modo (cf. p. 273. Veja-se, também, p. 266, onde o autor adianta que não há recurso ao pensamento contrafactual).

²³⁹² A propósito das dificuldades a que podemos ser conduzidos por um juízo alicerçado numa lógica contrafactual, cf. FLORENCE G’SSELL-MACREZ, *Recherches...* cit., p. 169, onde se adianta que “a possibilidade do cenário contrafactual é, para a autora, o limite para a elaboração do cenário de substituição. É necessário imaginar um cenário conforme à realidade habitual”. Acresce que “o carácter possível do cenário contrafactual é susceptível de graus. Há hipóteses que são teoricamente possíveis, mas pouco prováveis”. Isto implica que tenhamos de partir da eliminação do facto ilícito para questionar como se teriam passado os acontecimentos: “temos de pensar num mundo ideal, no qual o delito não teria sido cometido”, pelo que “o raciocínio causal constitui um julgamento normativo” (cf. p. 171). Mais adianta a autora que, “mesmo centrando-nos no concreto e individual, temos de recorrer, pela referência ao curso normal das coisas, às regras da experiência, às generalizações causais que pensávamos arredadas para a teoria da causalidade adequada. De facto, a lógica probabilística da teoria da causalidade adequada ressurge quando o carácter *sine qua non* da condição examinada não se impõe pela evidência”. No fundo, G’SSELL-MACREZ reforça, neste ponto, aquela que é a sua ideia que por nós foi também já salientada – tanto a *conditio sine qua non* como a adequação recorrem a um raciocínio probabilístico, “cada uma reenvia[ndo] para o argumento de uma e de outra”.

²³⁹³ Ponto de união é também a adesão à posição de STUART MILL a propósito da causalidade. Salientando o tópico, cf. PAULO MOTA PINTO, “Sobre condição e causa...”, ... cit., p. 13, nota 40 e *Interesse contratual negativo...* cit., p. 664 e ss.

Veja-se, porém, o que será dito *infra* a propósito da *nuance* entre o pensamento de MILL e de HUME. Sobre o ponto, cf. ainda, Cf. FLORENCE G’SSELL-MACREZ, *Recherches...* cit., p. 184/185, falando da

tentativa de resolução das dificuldades a que o teste da *conditio sine qua non* nos conduz através da sua substituição pela condição NESS. Explica, ainda, que, “para o fundamentar, os autores remontam aos fundamentos filosóficos do conceito de causalidade, que são enunciados por Hume e Mill”. Assim, “a causalidade é uma crença decorrente da observação recorrente de regularidades, que consiste em pensar que o evento A é sempre seguido pelo evento B. Para Hume, A deve ser uma causa necessária e suficiente; a visão de Mill admite que B possa ter outras causas para além de A, pelo que A pode ser somente uma causa suficiente. Para outros, a causa A é raramente um evento único, antes constituindo um conjunto de condições positivas e negativas. É frequente atribuir a qualidade de causa a uma simples condição de tal complexo causal, do qual não é possível conhecer na íntegra todas as componentes. A condição dita necessária é necessária ao complexo causal A para que este possa produzir o efeito B. Nesta óptica, a condição NESS define-se como a condição necessária pertencente a um complexo causal dado suficiente para fazer surgir o efeito. Ou seja, esta condição é uma *conditio sine qua non* de tal modo que a qualificação se opera negligenciando a existência eventual de outra causa suficiente”.

Relativamente à adesão das duas posições a uma ideia de contrafactualidade, cf., também, WRIGHT, “Causation, Responsibility, Risk, Probability, Naked Statistics and Proof...”, ... cit., p. 1039: “quer o *Ness-test*, quer o *but-for test* surgem associados a análises contrafactuais. Mas o *but-for* apresenta uma forma contrafactual explícita e o *Ness-test* resvala em afirmações de tipo contrafactual.” Acrescenta, porém, a páginas 1042, que a análise só é contrafactual em termos limitados [veja-se, ainda, do autor, “The grounds and extent of legal responsibility”, *San Diego Law Review*, vol. 41, 2003, p. 15, nota 15, considerando que o *Ness-test* sugere uma inquirição contrafactual que levaria a ponderar todos as circunstâncias que poderiam ocorrer se não tivesse existido o evento. Trata-se, contudo, de um expediente heurístico que serve para evitar a inclusão de condições causalmente irrelevantes quando se especifica a alegada suficiência de um conjunto de condições e para ter a certeza que todas as condições a ponderar estão completamente *instantiated*. Em suma, conclui que “apesar de ser aplicada a linguagem contrafactual, estamos só a lidar com condições reais num mundo real”; “Causation in tort law...”, ... cit., p. 1803-1813; “Causation, Responsibility, Risk, Probability...”, ... cit., p. 1039-1042].

Criticando uma análise contrafactual da causalidade, cf. COLE, “Windfall and Probability; a study of cause in negligence law”, ... cit., p. 769-776 e 783-784, por considerar não ser neutra a opção entre uma das duas formas de condicionalidade, mas pelo contrário vir enervada por considerações normativas. É que, para o autor, quando o tribunal é chamado a analisar o que teria acontecido se não fosse o comportamento do lesante, existe uma miríade de possíveis alternativas de acção, que se poderiam multiplicar *ad infinitum*, impedindo uma conclusão definitiva. Ora, para se obstar a uma *pyramiding of conjectural possibilities* (cf. p. 776-777), ter-se-ia de lançar mão de considerações de *policy*.

Contrariando o argumento, cf. WRIGHT, “Causation in tort law”, ... cit., p. 1806, por entender que a procedência dele fica na dependência de se considerar que o juiz vai determinar o que teria acontecido na ausência do comportamento do lesado. Ora, para o autor, fiel ao *NESS-test*, tal não é exacto, ainda que reconheça que, eliminada a conduta culposa, devem ser depois determinadas as hipotéticas consequências de tal modificação, usando-se para tal generalizações causais e recorrendo-se a uma ideia de regularidade que não nos faz ultrapassar do patamar da factualidade, sempre reclamada pelo autor para colorir a *actual causation*.

Negando o carácter contrafactual da inquirição causal, veja-se, também, WEX MALONE, “Ruminations in cause-in-fact”, ... cit., p. 61-62. Embora se reveja na ideia de generalização causal como fundamento de qualquer juízo causal, acaba por sublinhar que o mesmo vai ser condicionado por elementos subjectivos próprios do julgador.

²³⁹⁴ Cf. FLORENCE G’SSELL-MACREZ, *Recherches...* cit., p. 188, considerando que “as dificuldades colocadas pelos casos de sobredeterminação causal constituem um obstáculo ao estabelecimento de uma condição *sine qua non*”, mas acrescentando que “o problema parece ser teórico” e que “o estabelecimento da *conditio sine qua non* constitui uma operação concreta e singular – há que nos concentrar no complexo causal do qual surge a condição considerada”. Assim, “o NESS é um bom critério”. Para a autora, o aspecto mais problemático da condicionalidade contrafactual redonda no carácter ilimitado dos casos que permite identificar. E, se HART e HONORÉ resolvem o problema com apelo à distinção entre uma relação analítica (a morte de uma pessoa pressupõe que ela está viva) e uma relação explicativa (só esta interessando ao direito, por ser a única que se estabelece entre factos) [cf. *Causation...* cit., p. 114], G’SSELL-MACREZ não hesita em concluir que “a dificuldade está em saber o que é ou não um pressuposto lógico evidente”, dando como exemplo dilemático a questão das características pré-constitutivas da vítima – cf. p. 188/189.

²³⁹⁵ Particularmente interessante é a recusa de afastamento da lógica contrafactual da compreensão da própria causalidade adequada. Assim, FLORENCE G’SSELL-MACREZ, *Recherches...* cit., p. 126 e ss., considerando as dificuldades e aporias a que a doutrina mencionada nos conduz e afirmando que “a

O ensaio é-nos oferecido ainda por HONORÉ, cujo pensamento continuaremos a acompanhar. São por ele salientadas as diferentes conclusões a que cada um dos testes conduz.

A e B disparam em simultâneo um tiro contra C, que fica com o olho destruído²³⁹⁶. Cada um dos comportamentos seria suficiente para produzir o resultado, mas nenhum deles se mostra necessário, porque a persistência do outro garanti-lo-ia²³⁹⁷²³⁹⁸. No fundo, a substituição do *but-for test* pelo *NESS-test* acabaria por contornar a conclusão intuitivamente injusta da não responsabilidade de nenhum dos sujeitos intervenientes, obviando-se uma eventual arbitrariedade da imputação assim alicerçada pela indagação INUS, a pressupor uma regularidade causal, e a permitir, potencialmente, a descoberta do conjunto condicional que foi, de facto, irrelevante²³⁹⁹

determinação do cenário contrafactual é muito complicada, porque temos de construir um cenário hipotético para comparar o real aumento das probabilidades”. No fundo, e como já referimos, a autora francesa olha para a causalidade adequada, também, do ponto de vista da resposta à reconstrução factual. Cf., ainda, p. 163, onde se afirma contundentemente que a teoria da causalidade adequada implica um raciocínio contrafactual, na medida em que ele leva a interrogar sobre o aumento da probabilidade do dano gerado por um antecedente.

Note-se, ademais, que a percepção exacta dos moldes de actuação da causalidade adequada permite ver em que medida não é possível com ela, e contra o que poderia ser sugerido por alguns escritos, afirmar a verdade, mas tão-só a verosimilhança a que se chegaria por um juízo analógico. Sublinhe-se, porém, que a ponderação probabilística a que a doutrina dá azo não se ancora numa racionalidade de tipo analógico.

²³⁹⁶ Cf. TONY HONORÉ, “Necessary and sufficient conditions in tort law”, ... cit., p. 374. O exemplo apresentado em texto é fornecido no discurso do autor. Mas, em bom rigor, configura uma hipótese de escola, mobilizada sempre que se haja de lidar com o problema da causalidade. Assim, cf., no mesmo contexto discursivo, *inter alia*, PAULO MOTA PINTO, *Interesse contratual negativo...* cit., p. 666 e “Sobre condição e causa...”, ... cit., p. 13-14. Esclarece o autor pátrio que “cada tiro é elemento necessário de um conjunto de condições suficientes para matar C. Ambos são, portanto, causas segundo o *NESS-test*, mas não seriam segundo a doutrina da condição *sine qua non*, não parecendo que esta conclusão possa ser evitada por essa doutrina, nem considerando que o resultado é causado pelo conjunto das causas, nem individualizado suficientemente o resultado (sendo que, por outro lado, a consideração de que na apreciação da causalidade de cada acção tem de pressupor-se uma actuação conforme ao direito de cada um dos outros agentes, além de confundir o problema da causalidade com o da ilicitude da actuação alheia, parece resumir-se a uma proposição conclusiva – o problema está justamente em saber porque tem de ser assim)”.

²³⁹⁷ HONORÉ distingue, uma vez mais, a acepção forte e fraca da necessidade. Do ponto de vista do *strong but-for sense*, não seriam condições necessárias. Mas sê-lo-iam no *weak sense that it was a necessary member of a set of conditions together sufficient to destroy the victim’s eye*. Cf. TONY HONORÉ, “Necessary and sufficient conditions in tort law”, ... cit., p. 375.

²³⁹⁸ Veja-se, a propósito, patenteando as insuficiências do *but-for test*, W.V.H. ROGERS, *Winfield and Jolowicz* ... cit., p. 214 e ss. Em apreço uma miríade de situações em que, fruto da multiplicidade causal, não seria possível obter por intermédio do critério uma decisão justa. A correcção de uma eventual injustiça passaria, então, pela responsabilização de cada agente pela totalidade do dano, numa solução análoga à que ocorre quando o concurso causal se estabelece entre o comportamento do agente lesante e um facto natural, não imputável a terceiro.

²³⁹⁹ Cf. TONY HONORÉ, “Necessary and sufficient conditions in tort law”, ... cit., p. 377.

Veja-se, também, RICHARD WRIGHT, “Causation, Responsibility, Risk, Probability...”, ... cit. 1019. A noção de necessidade importa apenas para determinar quais os elementos irrelevantes dentro do conjunto de condições suficientes.

²⁴⁰⁰. E à mesma análise se deveria recorrer se a sobredeterminação causal envolvesse processos causais qualitativamente diferentes²⁴⁰¹. Simplesmente aqui, segundo HONORÉ, poder-se-ia, com a mobilização de dados concretos acerca dos processos causais considerados, determinar qual deles casou efectivamente o dano e qual deles saiu frustrado, não sendo necessário recorrer ao *NESS-test*^{2402 2403}. Com o que se torna

²⁴⁰⁰ Para uma crítica das doutrinas da regularidade causal, cf. CHRISTOPHER HITCHCOCK, “Probabilistic causation”, ... cit., ponto 1.4. e ss. Assim, se A causa B, tipicamente B não irá causar A. A causalidade é, segundo a explicitação do autor que aqui trazemos a lume, acompanhando de muito perto, assimétrica, facto que pode causar problemas acrescidos às doutrinas da regularidade causal, *maxime*, e de acordo com a ilustração de HITCHCOCK, à teoria INUS: fumar é uma condição INUS para o desenvolvimento de cancro; então o cancro será uma condição INUS para fumar. A solução passaria, segundo alguns, por vincar a precedência da causa no tempo relativamente ao efeito. Só que, segundo CHRISTOPHER HITCHCOCK, tal teria desvantagens, quer porque impossibilita a chamada *backwards-in-time causation*, quer porque não permite o desenvolvimento de uma teoria causal de ordem temporal; quer porque não explica a direcção da causalidade, antes a pressupondo.

Outras dificuldades seriam sentidas em todas as hipóteses em que se verifiquem regularidades espúrias (cf. Ponto 1.5.). Assim, e de acordo com o exemplo oferecido pelo pensador, se a pressão barométrica de uma região cai muito, há duas consequências constatáveis: a queda do mercúrio que é assinalado num barómetro e uma trovoadas. Ora, dizer-se que a queda do mercúrio é causa da trovoadas é possível segundo o raciocínio que apela à ideia de regularidade causal, mas tal regularidade é meramente espúria. Esta seria a grande vantagem das doutrinas probabilísticas, segundo as quais a causalidade passa a ser fornecida segundo uma função probabilística $[P(B/A) = P(A \& B) / P(A)]$.

Assim, propõe o autor que as *counterfactual approaches* passem a lidar com consequências probabilísticas, ao estabelecer a afirmação subjunctiva condicional, cujo antecedente é contrário ao facto. Em vez de “se A não tivesse morrido, ainda hoje estava vivo”, dever-se-ia optar pela sequência “se A não tivesse morrido com o tiro, havia a possibilidade de ainda estar vivo”.

Note-se, *in fine*, que o avanço da compreensão do mundo ao nível das ciências físicas terá determinado, inclusivamente, um progresso na forma como se olha para a causalidade. Se o indeterminismo do mundo impunha o salto em frente relativamente à ideia de regularidade causal, há quem opte, inclusivamente, por modelos complexos de análise da questão. O *causal modeling* de que fala CHRISTOPHER HITCHCOCK traduz-se, pois, num modelo interdisciplinar de análise dos problemas referentes à causalidade, incluindo dados de estatística, inteligência artificial, filosofia, econometria, epidemiologia, e usando algoritmos, programação computacional e variáveis, em vez de probabilidades.

Dois notas se afiguram, então, pertinentes. Afastando-nos do verbo do autor que, incidentalmente, passámos a acompanhar, importa salientar, em primeiro lugar, que se torna hoje muito difícil, fruto da constatação da ausência de determinismo no mundo, sustentar uma doutrina causal assente na regularidade do acontecer. Em segundo lugar, ainda que as correcções possam ser introduzidas, sempre se denota, cremos que de modo claro, estarmos a lidar com conceitos fisicistas que nada têm a ver com a atribuição de responsabilidade e, portanto, com a finalidade que se há-de reconhecer, num determinado contexto metodológico de realização do direito, ao requisito imputacional.

Para um elenco das funções que a causalidade, em geral, é chamada a cumprir, cf. ANTONY HONORÉ, “Causation in the law”, *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, ... cit.. Fala o autor de três grandes funções. A saber: a) *forward-looking* (especificação do que vai acontecer, permitindo fazer previsões sobre o futuro e adoptar, em consonância com isso, medidas); b) *backward-looking* (explanatória/explicativa, procurando determinar as condições que melhor explicam o surgimento de um evento posterior); c) atributiva (permite fixar a responsabilidade dos agentes pelos resultados das suas condutas e da sua intervenção no mundo). Continuando a dar voz ao excuro do autor, “parte-se de um complexo de condições, mas a perspectiva passa a ser selectiva” e, à lupa do direito, teria de ser compatibilizada com a segunda acepção referida.

²⁴⁰¹ Cf. TONY HONORÉ, “Necessary and sufficient conditions in tort law”, ... cit., p. 378. Veja-se, ainda, para outras situações p. 379 e ss. Em debate estaria, aí, a prévia ocorrência do dano. Cf. sobre o ponto o testemunho que demos das lucubrações de HONORÉ, *supra*.

²⁴⁰² Cf. TONY HONORÉ, “Necessary and sufficient conditions in tort law”, ... cit., p. 378.

Trata-se de uma mudança de posição do autor, relativamente ao que ficou inscrito no estudo encetado em conjunto com HART. Cf., quanto ao ponto, *Causation in the law*... cit., p. 240-241. Em causa o caso em

evidente e claro que o autor se queda na busca da real causa do dano, não se limitando a expurgar do discurso do decidente as condições que tenham sido de todo irrelevantes para a emergência do resultado lesivo²⁴⁰⁴ ²⁴⁰⁵. O que não obsta a que a consideração do mencionado *NESS-test* não venha, em todos os casos em que se mostre imprescindível o recurso a ele, a ser mais complementado pela ancoragem em pontos de vista de previsão do que propriamente pela procura da mudança do rumo dos acontecimentos operado pelo agente pretensamente lesante²⁴⁰⁶.

que A envenena a água de C, mas, antes de este a beber, B esvazia o seu cantil, fazendo com que ele morra à sede. HART e HONORÉ consideraram que B não teria causado a morte de C. Em “Necessary and sufficient conditions...”, o segundo autor citado vem dizer que importa considerar, não só o resultado tal como ele se verificou, mas ainda os diversos estádios e processos com base nos quais ele emergiu. Veja-se, a propósito do problema, WRIGHT, “Causation, Responsibility, Risk, Probability...”, ... cit., p. 1025.

Críticando o apontamento, cf. PAULO MOTA PINTO, *Interesse contratual negativo...* cit., p. 659 e ss. e “Sobre condição e causa...”, ... cit., p. 16, nota 52, por entender que se abre a porta à tautologia de que padece a doutrina que tentou salvar a *conditio sine qua non* pela individualização do resultado.

²⁴⁰³ Note-se que o recurso ao *NESS-test* encontraria justificação em face das aporias a que, muitas vezes, o jurista era conduzido pelo *but-for test*. Contudo, importa frisar que este não terá sido o único caminho seguido para a resolução do problema da causalidade de facto.

Veja-se, quanto ao ponto, BRECHT e MILLER, *The test of factual causation in negligence and strict liability cases*, 1961, p. 210, propondo uma análise pormenorizada da lesão, tal como ela surgiu, e analisando a sequência causal de forma detalhada, de modo a perceber directamente se existe ou não uma conexão devida.

Em sentido próximo na sua intencionalidade, embora não concordante, veja-se também GLANVILLE WILLIAM, “Causation in the Law”, *Cambridge Law Journal*, 19, 1961, p. 62 e ss. Assumindo como importante ter em conta o modo como a lesão emergiu, sugere que os factos hipotéticos devem ser desconsiderados, embora depois sinta necessidade de corrigir o critério, em face das hipóteses de responsabilidade por omissão e de causalidade dupla.

²⁴⁰⁴ Em causa estaria, numa perspectiva dogmática, uma hipótese em que fosse necessário distinguir uma causalidade real e uma virtual, resultando a diferença qualitativa a que se alude da diversa natureza dos conjuntos causais em apreço.

²⁴⁰⁵ Se com tudo isto se sobrevalorizaria a importância do *NESS-test*, a verdade é que dificuldades acrescidas parecem decorrer da consideração de um mundo indeterminístico. Sem que detenham a posição de HONORÉ que, dialogando com MACKIE, acaba por considerar que também aí aquele é preferível ao *but-for test*. Cf. TONY HONORÉ, “Necessary and sufficient conditions in tort law”, ... cit., p. 381 e ss.

Para uma consideração crítica do *NESS-test*, cf. CHRISTOPHE QUÉZEL-AMBRUNAZ, *Essai sur la causalité...* cit., p. 47 e ss.

²⁴⁰⁶ Nesse sentido, veja-se o depoimento comparativo de HONORÉ, “Causation in the law”, ... cit., ponto 3.1

Note-se, porém, que o autor rejeita o carácter normativo da indagação, remetida para o plano puramente factual. É que, sendo o uso corrente da linguagem causal aquele a que ainda se faz apelo no seio do jurídico, o autor salienta que o homem comum acaba por orientar o seu ponto de vista causal pela pressuposição com que inicia a indagação.

Para a caracterização da causalidade como uma questão-de-facto, cf. HART e HONORÉ, *Causation...* cit., p. 91.

Sobre o ponto, veja-se ainda, JANE STAPLETON, “Unpacking causation”, ... cit., p. 145 e ss. A análise que a autora faz do pensamento de HONORÉ, comprometido com a análise linguística do direito, é exemplar. Com base nele conseguimos discernir a tripartição que o autor, conjuntamente com HART, faz do juízo causal, colocando-se a perspectiva em confronto com aquela outra protagonizada por STAPLETON.

HART e HONORÉ reconhecem três tópicos de solução da controvérsia, dois causais, e um não causal, opondo-se à posição minimalista dos realistas jurídicos para quem o problema causal seria puramente factual, ao que acrescentariam depois considerações de *policy*. Para o acompanhamento exaustivo do pensamento dos autores, cf. *Causation...* cit.

Para um comentário crítico, continue-se a olhar para o testemunho de STAPLETON, “Unpacking causation”, ... cit., p. 157 e ss. Assim, num cotejo comparativo, HART e HONORÉ exigem o cumprimento de três patamares: 1) *causally relevant condition*, isto é, a demonstração de que o a conduta do lesante foi uma condição causalmente relevante da emergência do dano, considerando-se ser esta uma questão de facto, para a qual se convoca o *NESS-test*, e que STAPLETON reconduziria à ideia de *factor being involved in the history of the outcome*; 2) *causal connection*, ou seja, requerer-se-ia uma conexão causal apropriada, para o que se chamaria a depor a opinião causal própria do senso comum, não se esclarecendo completamente tratar-se de uma questão-de-facto ou de uma questão normativa; 3) *proximate/not to remote*, com o que se fariam introduzir, limitativamente, considerações de política judicativa, perdendo-se, portanto, o horizonte de referência causal.

STAPLETON, pelo contrário, considera preferível a dualização da problemática, falando do *historical involvement* e do *purposive relevance*. No fundo, a causalidade serviria dois objectivos: a) saber em que medida um facto esteve historicamente envolvido na produção do dano; b) e determinar qual a relevância de um factor historicamente envolvido para um particular fim, a implicar, então, *a special meaning of causation* (cf. p. 166)

Para aferir a primeira, STAPLETON considera ser adequado o *NESS-test* proposto por HONORÉ e WRIGHT, mas derrama sobre ele um entendimento diverso, sustentando que ele seja cristalizado num *targeted but-for*, que nos permita procurar a perspectiva a partir da qual o factor pode ser visto como tendo feito diferença na história da produção do resultado. Por outro lado, a autora defende que se deve aplicar separadamente o teste a todos os factores candidatos e resistir à tentativa de tratar os restantes como fases do processo, como parte de um *set-stage*, cunhando, então, a sua visão de *snap-shot view of history* e com isso dando a ilusão figurada de uma rápida fotografia que capte o fenómeno causal, aqui tratado segundo uma óptica factual. No fundo, consoante esclarece, temos de fragmentar cada um dos possíveis factores causais e tratar separadamente cada um dos efeitos dessas condições fraccionadas, sob pena de não ser possível a identificação de todos os elementos que tiveram um envolvimento na história da produção do evento lesivo (cf. p. 167). Mais se diga que STAPLETON adverte quer para a necessidade de se efectuarem escolhas na definição do factor condicional e do resultado, quer para a imperiosa urgência de se estabelecer a relevância do papel que tal factor desempenhou no processo causal, ficando tal dependente do prisma encabeçado, e perdendo-se paulatinamente a natureza factual estrita.

Cf., ainda, p. 174. Argumentando judicativo-decisoriamente a propósito de um caso de sobredeterminação causal (A e B dispararam em simultâneo contra C, não se sabendo de que disparo proveio a bala que feriu mortalmente a vítima), STAPLETON esclarece que a sua visão não se estriba na ideia de necessidade, mas na de suficiência. Mas aplica o *NESS-test* em termos que apelida de não causais, a entroncar no referido *targeted but-for test* e mobiliza-o relativamente a cada um dos elementos introduzidos pelo elemento fragmentado e a cada um dos candidatos a factor causal (cf. p. 175). Continua, pois, salientando que o elemento deve constituir ou ser introduzido no quadro telúrico e deve poder ser visto como um elemento necessário de um conjunto de condições que estiveram de facto presentes e que seriam suficientes para a produção do resultado (cf. p. 175). Concretizando com o caso dos dois atiradores, STAPLETON conclui que “a conduta do atirador X satisfaz o *targeted but-for test* do envolvimento histórico na morte da vítima. Isto é assim porque pela remoção da conduta ilícita do atirador Y o conjunto dos factores que se mantém é tal que a vítima continuaria a morrer; mas a remoção da conduta do factor que se analisa (atirador X) oferece um quadro no qual a vítima não teria falecido. E temos de considerar também o atirador Y: se testarmos o elemento, veremos que ele também preenche o requisito” (p. 176). É claro que, consoante reconhece, muitos serão os factores sobre os quais se pode afirmar “that played a role in history of an outcome”. Sem que isso constanja a autora, quer porque o segundo segmento da inquirição causal a que abre portas cumprirá o desiderato restritivo, quer porque outros filões acabam por ser considerados ainda a propósito deste primeiro nível que agora se comenta. Designadamente, num caso em que A envenena a água do viajante no deserto, cujo cantil é esvaziado por B, vindo C a morrer não pelo veneno, mas pela desidratação, STAPLETON alerta para a necessidade de lançar mão de uma investigação exaustiva dos acontecimentos, a única apta a mostrar que ambos os inimigos intervieram na morte do viajante (cf. p. 179). Separadamente, cada um deles introduziu um elemento que era necessário para um conjunto de condições que se mostraram suficientes para a produção do resultado, pelo que assertivamente indica que “the continuous interrelated nature of historical process will not be revealed and we will fail to identify all the factors that played a role in the history of an outcome unless the targeted but-for test is applied: separately to every element constituted or introduced by a targeted factor; and separately to every candidate factor (the temptation to assume a single snap-shot view of history, with its choice of just one set-stage that forms the static backdrop to the enquiry, should be rejected)” – cf. p. 185.

Duas notas se impõem, perante o diálogo da autora com os proponentes da adesão a uma ideia de suficiência para resolver os problemas atinentes à condicionalidade. Assim, é não só a diversa estrutura da

inquirição que avulta, como se patenteia a construção de que se parte para a individualização dos factores condicionais interferentes na emergência do dano. Uma construção que evidencia, *prima facie*, não se ancorar em nenhuma razão senão na busca de uma solução justa, pelo que a aparente neutralidade do primeiro momento causal mostra afinal pressupor a intencionalidade do sistema, constituído e a constituir, sem o qual o próprio caso concreto deixa de ser inteligível. Pelo que, e independentemente do acerto da proposta de STAPLETON, o que salta à vista é a miscigenação de dois patamares de resolução do problema até aqui cindidos. E bem assim o carácter não lógico daquilo que vai ainda conhecido por condicionalidade. Note-se, porém, que STAPLETON admite a presença de momentos opcionais normativos ao longo do juízo.

Da autora, cf. “Legal Cause...”, ... cit., p. 957 e ss. Volta aí a frisar que a primeira questão a que importa dar resposta é a de saber se a conduta *played a role in the history of the outcome*. Quanto a ela, diz ser uma “questão científica, de facto, para a qual só há uma resposta correcta, embora haja um infinito número de elementos que satisfaçam a inquirição”. O que se procura determinar, nesta questão de facto, é se o comportamento do pretense lesante teve ou não um papel (influenciou) a história da transição para a lesão e, para isso, considera que o tradicional *but-for test* se mostra inadequado, como se constata pelos casos de sobredeterminação causal. Em sua substituição, e como ficou inscrito nesta mesma nota, propõe o *targeted but-for test*, que, construindo-se com base no *necessary element of a sufficient set*, reflecte a metodologia experimental (cf. p. 959). Simplesmente, porque na determinação factual existem *gaps*, há que resolvê-los com base em julgamentos normativos. Trata-se de *gaps concerning past facts* (p. 962) e *gaps concerning targeted but-for* (p. 963). Os primeiros ilustram-se com apelo ao tradicional caso de escola dos dois caçadores; os segundos implicam o conhecimento dos factos passados mas a incerteza incontornável do papel que a conduta desempenhou na história do resultado lesivo, na medida em que não sabemos o que teria acontecido num universo alternativo a considerar para determinar se o *but-for test* foi ou não preenchido (v.g., nunca saberemos se a vítima teria seguido o aviso cuja omissão é base da ilicitude).

Parece resultar daqui a impossibilidade de, em muitos casos, se depurar da normatividade um juízo que se pretende factual. Mas mais, porque a este primeiro patamar de inquirição a autora associa um *second inquiry*, que lida com *a nature of the role the historic factor played in the history of the outcome and relevance to purpose of Project* (p. 965). Para tanto, há duas alternativas normativas postas em diálogo: ou se considera que o factor histórico tenha desempenhado um papel necessário na transição para o resultado, exigência em que redundava o tradicional *but-for*, ou, pelo contrário, prescindindo-se de tal qualificação. Ora, conforme explica (p. 967), a escolha não pode deixar de ser tida como normativa, pelo que a autora a remete para o capítulo do *scope of liability*, abandonando assim a *causation in fact*.

Note-se, ainda, que, depois de se saber se se pode ou não prescindir do requisito da necessidade, há que solucionar a disputa em torno do peso que deve ser atribuído a cada um dos *historic factors* (p. 968), já porque uma pessoa não será responsável por todas as consequências da sua acção, já porque outros factores intervêm na transição para o resultado, devendo indagar-se se eles influem ou não no nexo firmado ao ponto de o quebrar. É neste horizonte de referência que JANE STAPLETON chama à colação outra noção celebrizada na *Common Law*: o *substantial factor* (cf. p. 973, onde encontramos alguns elementos de ponderação do carácter substancial do facto, como sejam o número de outros factores que contribuíram para a produção do dano e a extensão do seu efeito; o lapso temporal verificado; a criação ou não de uma força em contínua actuação até ao momento da produção do dano). Só posteriormente, se enfrentaria o problema do *scope of liability for consequences of tortious conduct*.

Veja-se, ainda, JANE STAPLETON, “Choosing what we mean by causation in the law”, *Missouri Law Review*, nº73, 2008, p. 433 e ss. (falando da comparação entre o mundo actual de um particular fenómeno com o mundo hipotético para determinar, no contexto dessa comparação, o papel que um específico factor desempenha na sobrevivência do actual fenómeno. Assim, considera haver três formas de *involvement*: *necessity*, *duplicate necessity* e *contribution*, que subsume os outros. Em conclusão, alerta para a necessidade de a lei usar a linguagem causal, por ser menos ambígua).

Curiosamente, na doutrina alemã mais antiga, encontramos exemplos que nos afastam de um entendimento logicista da doutrina da *conditio sine qua non*. Assim, para TRAEGER, *Der Kausalbegriff...* cit., p. 38 e ss., é causa ou condição, segundo a doutrina da *conditio sine qua non*, toda a circunstância de que se pode abstrair sem que o efeito se torne, para o direito, outro. Será outro quando não se integra na mesma categoria abstracta, sem que outra se lhe oponha. Casos haverá em que o efeito se mantém dentro da mesma categoria. Aí, o facto é causa se a modificação for juridicamente relevante, tendo em conta o tempo, o lugar e a extensão. A é ferido mortalmente por B e o enfermeiro, por negligência, dá uma dose superior ao recomendado de morfina. Com isto antecipa a morte. A modificação não é essencial, não tendo relevância. Já será diferente a solução se A, já em agonia, foi morto por B, tendo o acto de B antecipado igualmente a morte de A por pouco tempo, pois a modificação agora é juridicamente

O mesmo percurso foi percorrido, entre nós, por PAULO MOTA PINTO, salientando, no cotejo comparativo das conclusões a que se chega com cada um dos testes, que “este [o *NESS-test*] é superior ao primeiro [*condição sine qua non*] em situações de sobredeterminação causal em que há causalidade cumulativa”. E acrescenta que “é o que acontece quando temos processos causais semelhantes que culminam num mesmo momento, como (...) quando A e B disparam simultaneamente sobre C e cada tiro é bastante para a morte”²⁴⁰⁷. Contrapõe, no entanto, que, “assim, porém, que se abandona o terreno da real causalidade cumulativa, e se torna necessário distinguir entre uma causa real e uma causa hipotética (ou sucedânea), o teste *NESS* revela-se tão fraco como a condição *sine qua non*”²⁴⁰⁸, concluindo, *prima facie*, que “o problema das teorias contrafactuais – quer a teoria da *conditio sine qua non*, quer a da condição suficiente – está, justamente, em os elementos em que se baseiam, puramente lógicos (relação de necessidade ou de suficiência), não são, como a estrutura dos casos de causalidade hipotética, assimétricos, mas antes simétricos entre as diversas causas possíveis. É isto que exige truques para alinhar com os factos realmente causais os factos aos quais a causalidade tem de ser reduzida segundo esses critérios lógicos”²⁴⁰⁹

2410 2411

relevante. PEREIRA COELHO, que analisa o exemplo atrás mencionado, (*O problema da causa virtual...* cit., p. 178 e ss.) afirma que, assim sendo, com TRAEGER, o juízo de condicionalidade deixaria de ser a pura operação racional e lógica que é.

²⁴⁰⁷ PAULO MOTA PINTO, *Interesse contratual negativo...* cit., p. 666 e “Sobre condição e causa...”, ... cit., p. 13 e ss.

²⁴⁰⁸ Cf. PAULO MOTA PINTO, *Interesse contratual negativo...* cit., p. 669 e “Sobre condição e causa...”, ... cit., p. 15. No fundo, o autor esclarece que, segundo o seu entendimento, o “critério do elemento necessário de um conjunto suficiente de condições não parece, com efeito, adiantar quando se torna necessário distinguir entre causa real e uma causa hipotética, (...) pois ambas pertencem a conjuntos suficientes, dependendo a noção de suficiência também da descrição do resultado”. E continua, afirmando que, “quer nestes casos, quer naqueles em que o prejuízo já se verificou (...) e o resultado já está completo, só o abandono do terreno lógico, hipotético ou contrafactual, e a passagem à realidade empírica, designadamente com o mesmo processo seguido para o critério da condição *sine qua non* – isto é, a individualização empírica, no espaço, no tempo e no modo, dos resultados concretamente verificados, ou das histórias causais que ligam cada um dos factos ao resultado – permite distinguir a causa real e a causa hipotética, afirmando que a causa virtual não foi independentemente suficiente.” (cf. p. 16).

²⁴⁰⁹ PAULO MOTA PINTO, *Interesse contratual negativo...* cit., p. 673 e “Sobre condição e causa...”, ... cit., p. 18.

²⁴¹⁰ Considerando que o critério da condição *NESS* deve ser utilizado em todos os casos em que se presencie a existência de várias causas suficientes para gerar o resultado, cf. HART e HONORÉ, *Causation...* cit., p. 442 e ss. Veja-se, ainda, sobre o ponto, uma vez mais, R. WRIGHT, “Causation in tort law...”, ... cit., p. 1971 *ess.*, sustentando que o critério da *conditio sine qua non* deveria ser substituído pelo critério *NESS* em todos os casos mais complexos e não apenas nas hipóteses concurso causal.

²⁴¹¹ Veja-se, ainda, MARK A. GEISTFELD, “The doctrinal unity of alternative liability...”, ... cit., p. 465/466, mostrando que o *Ness-test* não pode explicar adequadamente alguns casos que envolvem *evidential grouping*. Sobre este conceito, veja-se, *infra*, o retorno ao pensamento do autor. Cf., ainda, o exemplo do autor: A falha na reparação dos travões defeituosos de um carro e outro sujeito falha no momento da travagem, enquanto guia. Com isto, B é lesado. A adopção do cuidado devido por parte de um sujeito, tendo em conta a existência de uma conduta não razoável de outro, não comportaria qualquer

Não é, contudo, apenas a constatação da falência do critério por referência a nichos problemáticos particulares que orienta o insigne jurista pátrio no seu caminho. Ilumina-o, outrotanto, a consideração da função jurídica que o conceito de causalidade desempenha ao nível da responsabilidade civil. Uma função que se colima na inevitabilidade do resultado e portanto na possibilidade de interferência no rumo dos acontecimentos. Dado bastante para o autor depor no sentido da pertinência da condição *sine qua non*, conforme decorre explicitamente do seu discurso, ao afirmar que “pensamos que é esta inevitabilidade *prima facie* do resultado (independente da violação de um dever e de um juízo de culpa, pois abrange também os casos em que a responsabilidade prescinde da ilicitude e da culpa) que constitui o cerne da justificação teleológica para o relevo dado à dependência contrafactual e à condição *sine qua non*: apenas impor responsabilidade pelos efeitos que se não se teriam produzido se não fossem as condutas em questão”²⁴¹².

O regresso à *conditio sine qua non* não se faz, contudo, sem se apontarem excepções ou desvios, quer nos casos de causalidade cumulativa, quer nos casos de causalidade hipotética, em que não se consigam individualizar os diversos resultados²⁴¹³. Nem tão pouco abdica de uma referência a uma concretização do resultado, não

diferença. Conclui, por isso, o autor que há situações em que a substituição do *but-for test* pelo *Ness-test* não é suficiente, sendo imprescindível o recurso ao *evidential grouping*.

²⁴¹² PAULO MOTA PINTO, *Interesse contratual negativo...* cit., p. 674 e “Sobre condição e causa...”, ... cit., p. 19.

²⁴¹³ Cf. PAULO MOTA PINTO, *Interesse contratual negativo...* cit., p. 674 e “Sobre condição e causa...”, ... cit., p. 19.

O autor elenca, aliás, outras excepções ao princípio que, com inspiração neerlandesa, acabam por colher recebimento no ordenamento jurídico português. Assim, desviar-se-ia o decidente do critério da condicionalidade *sine qua non* sempre que estivesse em apreço a *co-autoria* “(cooperação consciente, com diversas condutas a provocar conjuntamente o dano, sendo cada uma *conditio sine qua non* para todo o dano, pois os co-autores são responsáveis por todo o dano)”, hipótese, aliás, prevista no “artigo 490º, a interpretar-se a expressão que hajam causado como referida a todo o dano causador pelo conjunto dos co-autores, instigadores e auxiliares”; a *responsabilidade de grupo*, “com cooperação ente os seus membros, mas sem que a conduta de cada um seja *conditio sine qua non* do dano; *causas conjuntas, sem cooperação entre os agentes*, “sendo os vários agentes responsáveis solidariamente”; o *concurso cumulativo não necessário*, ou seja, hipóteses em que duas ou mais causas concorrem para a produção do dano ao mesmo tempo, mas autonomamente; *causas alternativas com incerteza sobre o causador*; a *causalidade interrompida*; *causalidade hipotética*, “em que o segundo evento apenas teria sido operante depois de o primeiro ter causado o dano e *causalidade paralela*, “por vários lesantes, apenas de uma determinada fracção do dano, mas responsabilidade por todas as medidas preventivas do dano, mesmo que tivessem sido tomadas se só existisse um lesante” – cf. PAULO MOTA PINTO, *Interesse contratual negativo...* cit., p. 674, nota 1920 e “Sobre condição e causa...”, ... cit., p. 19-20, nota 66.

²⁴¹⁴ Cf., sobre o ponto, a doutrina de ENGISCH, *Die Kausalität als Merkmal strafrechtlicher Tatbestände*, cit., p. 17 e ss. Embora no campo congénere do direito penal, o autor sustenta que o comportamento que condiciona um resultado pode ter ao seu lado uma *Reservursach*. Bastaria que a acção e o resultado se seguissem temporalmente um ao outro, estando ligadas por uma lei de regularidade causal. Para uma análise do pensamento, veja-se o que se disse *supra*, na abertura da nossa dissertação. Na verdade, não podendo, pelos motivos aí explicitados, aderir à posição engischiana, nem por isso ela deixa de ser digna de nota a este ensejo, tanto quanto mostre o desconforto que, há longo tempo, se faz sentir na doutrina

aquele que ocorreu num sentido mecanicista-naturalista, mas aqueloutro que é delimitado tendo em conta um ponto de ancoragem valorativo²⁴¹⁵. Isto é, não propende para a doutrina da configuração concreta do resultado, porquanto, com ela, este incluiria na descrição dele o próprio processo causal, mas para a *explicação da génese causal do resultado*, considerando a causa como ponto de partida e verificando complementarmente todos os *elos intermédios da cadeia ou a série de estádios intermédios que integram o nexó de causalidade até ao resultado concreto*²⁴¹⁶.

relativamente às dificuldades prático-normativas a que somos conduzidos pela fórmula da condicionalidade *sine qua non*.

²⁴¹⁵ PAULO MOTA PINTO, *Interesse contratual negativo...* cit., p. 675 e ss. e “Sobre condição e causa...”, ... cit., p. 20.

²⁴¹⁶ Cf. PAULO MOTA PINTO, *Interesse contratual negativo...* cit., p. 667 e ss. e “Sobre condição e causa...”, ... cit., p. 22.

É este, também, a posição para que pende, como pudemos denotar anteriormente, HONORÉ, embora colimado no *NESS-test*.

Sobre o ponto, veja-se PIETRO TRIMARCHI, “*Conditio sine qua non, causalità alternativa ipotetica e danno*”, *Revista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1964, p. 1431-1460, em especial p. 1439

Aderindo a uma ideia de configuração concreta do resultado, aspecto sobre que nos debruçaremos adiante novamente, cf. ANTUNES VARELA, *Das obrigações...* cit., I, p. 884; VAZ SERRA “Obrigação de indemnizar...”, ... cit., p.63-64 e nota 185; TRIMARCHI, *Causalità e danno*, ... cit., p. 5; ID., “La causalità nella responsabilità civile”, ... cit., p. 1 e ss.; BYDLINSKI, “*Mittäterschaft im Schadensrecht*”, ... cit., p. 410 e ss., aqui p. 416, também citados por ANTUNES VARELA [De BYDLINSKI veja-se, porém, *Probleme der Schadensverursachung* ... cit., p. 17, colocando em evidência algumas das aporias a que pode conduzir a consideração do resultado em concreto]; GERALDES DE CARVALHO, “A causalidade...”, ... cit., p. 26 e ss.; JORGE CARLOS DA FONSECA, “A relevância negativa da causa virtual ou hipotética na responsabilidade civil...”, ... cit., p. 43; HART E HONORÉ, *Causation* ... cit., p. 124, 235, 252 e ss.; LARENZ, *Schuldrecht*, I, ... cit., p. 433; PEREIRA COELHO, *O problema da causa virtual...* cit., p. 9, nota 6 e p. 180 e ss.

Acerca da controvérsia, veja-se, também, para maiores desenvolvimentos e detidas referências, CHRISTOPH ROTHENFUSSER, *Kausalität und Nachteil*, ... cit., p. 75-81, mostrando-se crítico da configuração concreta do resultado (cf. p. 60 e ss.) e RICHARD WRIGHT, “*Causation in tort law*”, ... cit., p. 1777-1780. Cf., ainda, GLANVILLE WILLIAMS, “*Causation in the Law*”, ... cit., p. 72, aduzindo que o jurista se deve concentrar apenas na causa que quer considerar suficiente, negligenciando-se todas as outras que também o sejam e assumindo como regra que, na ausência de outro conjunto causal suficiente para produzir o dano, aquela é necessária.

Veja-se, ainda, o que dissemos *supra*, quando nos dedicámos, exclusivamente, à análise da doutrina da *conditio sine qua non*.

Refira-se, ainda, a reflexão de MICHAEL S. MOORE sobre o ponto, em MICHAEL S. MOORE, “*Thomson’s preliminaries about causation and rights*”, *Chicago-Kent Law Review*, 63, 1987, p. 509 e ss. Sustentando que a verdade da contrafactualidade depende daquilo que considerarmos serem os dados variáveis, temos de indagar quais os elementos mutáveis e aqueles que não o são. Para tanto, e recorrendo à doutrina dos mundos possíveis de condicionais contrafactuais, de LEWIS, ao testarmos o contrafactual num possível mundo que é o mais próximo possível do nosso, as alterações só devem ser consideradas na extensão mínima necessária. Acrescentando que as variáveis a caracterizar, com base no juízo de semelhança, dizem respeito a *event-tokens* e não a *event-types*, dirige-se criticamente a autores que não frisam a precisão, e reflecte acerca da possível individualização dos primeiros, a qual não deixa de ser problemática (Cf. p. 511).

Sobre a questão da consideração do resultado em concreto, cf., ainda e uma vez mais, WOLFGANG B. SCHÜNEMANN, “*Unzulänglichkeit der Adäquanztheorie?...*”, ... cit., p. 22; CHRISTOPHE QUÉZEL-AMBRUNAZ, *Essai sur la causalité...* cit., p. 43; CANARIS, “*Die Vermutung aufklärungsrichtigen...*”, ... cit., p. 15 (referindo-se ao círculo vicioso que a concretude do resultado considerada poderia determinar, por se abrir a porta à manipulação judicativa. No fundo, a descrição do resultado poderia incluir especificidades que levassem em si a resposta à indagação causal).

É que, com isto, o autor garante, da sua perspectiva, o afastamento das causas virtuais, já que não resistiriam a uma análise dos estádios intermédios do processo causal concreto, na medida em que se “caracterizam (...) justamente por não estarem ligadas mediante uma tal cadeia de estádios intermédios, sem interrupções ou lacunas, com o resultado”²⁴¹⁷.

A posição de PAULO MOTA PINTO não pode deixar de colher aplauso, quer pela densificação dos contornos com que vai pensada a *conditio sine qua non*, quer pela importância comunicada à consideração dos elos intermédios do processo causal e portanto pela relevância das, ou pelo menos de algumas das, especificidades do caso concreto. Mas concita dúvidas, em proporção directa à manutenção da relação de condicionamento em termos lógicos²⁴¹⁸. A própria inevitabilidade do resultado como ponto de partida e ancoragem das lucubrações subsequentes faz apelo a uma teleologia justificativa da mobilização da *conditio sine qua non*, não indo ao ponto de se colimar na controlabilidade do evento lesivo por parte do agente perpetrador da lesão²⁴¹⁹.

²⁴¹⁷ PAULO MOTA PINTO, *Interesse contratual negativo...* cit., p. 679 e “Sobre condição e causa...”, ... cit., p. 23. Consoante esclarece (cf. nota 74, *ops. cit., loc. cit.*), “assim, por ex., na conhecida hipótese do viajante no deserto, a história ou cadeia causal que inclui o esvaziamento ou o furto do cantil pode ser completada, com recurso às condições que realmente se verificaram, mas a história ou cadeia que incluiu o envenenamento não pode (...). Se a um tiro que causou a morte se suceder outro que a teria causado, o segundo não se pode ligar com este resultado por uma cadeia de fases intermédias, pois a vítima já estava morta, e a causa tem de preceder o resultado (...)”.

Sobre o ponto, cf. JANE STEPLETON, “Unpacking causation”, ... cit., p. 179 e nota 118. Veja-se, ainda, o que *supra* referimos a propósito do pensamento da autora.

Veja-se, também, PETER MENZIES, “Counterfactual theories of causation”, ...cit. Referindo-se a LEWIS, o autor salienta que o último consegue, com apelo aos nexos causais definidos com base na contemplação de uma sequência finita de eventos, resolver certos problemas de sobredeterminação causal, distinguindo, inclusivamente, a *preempting actual cause* da *preempted potential cause*. Assim, se A dispara um tiro e se interpõe na trajectória do disparo um objecto que aumenta a força da bala, a qual vem a atingir mortalmente B, o evento intermédio depende causalmente da acção de A e a morte de B depende causalmente do evento intermédio, pelo que se pode afirmar o nexo de causalidade, o mesmo não ocorrendo por referência à acção de C que também disparou, em simultâneo, sobre B.

No fundo, e ainda de acordo com a explicitação de LEWIS, a análise da causalidade afasta-se da ideia ortodoxa da regularidade causal, deixando de ficar submetida aos mesmos contraexemplos. Para uma análise das dificuldades enfrentadas por LEWIS, cf., ainda, o estudo citado nesta nota, onde se salienta que, a despeito da afirmação do carácter absoluto da causalidade, cuja natureza se afirma não variável, ela fica extremamente dependente do contexto de emergência do evento e do contexto de inquirição, só através dele sendo possível distinguir as condições das causas.

Sobre a questão da consideração da lesão em termos pormenorizados para efeito de estabelecimento da causalidade, veja-se, também, WRIGHT, “Causation in tort law”... cit., p. 1777 e ss., onde se encontram diversas críticas, que, na senda do pensamento proposto pelo autor, vêm depor no sentido da imprestabilidade do método. Veja-se, ainda, do autor, no quadro da crítica à doutrina dos mundos possíveis contrafactuais, “Causation, responsibility, probability...”, ...cit., p. 1041-1042.

²⁴¹⁸ Cf. PAULO MOTA PINTO, *Interesse contratual negativo...* cit., p. 677 e ss. e “Sobre condição e causa...”, ... cit., p. 23. Parece decorrer daí, pela perda de informação a que conduz, por não conseguir descrever de modo “esgotante o nexo de causalidade relevante”, a necessidade de se analisarem os estádios intermédios a que o autor se refere.

²⁴¹⁹ Sobre a ideia de inevitabilidade, vide ANTUNES VARELA, *Das obrigações...* cit., I, p. 882, nota 1, onde se pode ler que “o pensamento que está na base da responsabilidade fundada na causa, delimitada como

É, pois, aqui que reside o cerne da nossa discordância. Se não vejamos. A ideia de inevitabilidade, parecendo levar ínsito o apelo à validade predicativa da juridicidade, acaba por não cumprir, no estreitamento a que fica confinada, o papel imputacional que deve matizar os diversos pressupostos de emergência de uma pretensão indemnizatória procedente. E se outro é o momento dialógico em que o autor se situa, sempre se terá de dizer, em conformidade com isso, que a mera descoberta da causa, afastada que esteja aquela dimensão, se resigna a procurar um ponto de apoio que, por uma configuração comutativa, garanta que o ressarcimento será prestado por quem efectivamente causou o dano. Ou dito de outro modo, é a problemática ligação entre a validade que se afirma e a realidade sobre a qual se derrama que está em jogo e ampara as considerações atinentes à condicionalidade²⁴²⁰.

Só que, segundo o prisma que encabeça, as dificuldades patenteadas continuam a ser óbvias, na medida em que se continua a enredar na condicionalidade lógica típica do discurso contrafactual a que adere.

É certo que PAULO MOTA PINTO não abdica da conformação das soluções a que chega segundo um ponto de vista normativo, de que lança mão para fugir a um eventual círculo vicioso na delimitação do resultado concreto. Só que, ao fazê-lo, encabeça uma posição sincrética que deixa na sombra os dois pólos da dialéctica que assim se desvelam. Posto que ou bem que é a validade que se afirma e fica por explicar por que razão a inevitabilidade de que se fala não convoca o sentido da personalidade com que deve vir pensada, convolvendo-se, pelo contrário, num índice de condicionalidade necessária; ou o que ocupa as preocupações do jurista é a pertinência ao real e melhor seria se as preocupações metodológicas que louvavelmente se denotam levassem o decidente a assumir verdadeiramente o caso como o *prius* e perspectiva que tudo comanda, afastando-o, nessa medida, do logicismo com que a proposta ainda vem matizada. Na verdade, parecemos não andar longe da verdade se afirmarmos que a comparação entre o mundo real – que existe – e aquele que existiria se não fosse a lesão,

conditio sine qua non, é o de que o responsável poderia ter evitado o dano praticando o facto que omitiu ou omitindo o facto que praticou”.

²⁴²⁰ No fundo, o modo logicista com que vem tratada a condicionalidade *sine qua non*, pese embora a tendencial materialização do critério comunicada pelo jurista, torna claro que o critério não cumpre um desiderato de valoração da realidade na qual se derrama, mas unicamente a descreve ou pretende captar. Nesse sentido, cf. JANE STAPLETON, “Unpacking causation”, ... cit., p. 153.

Ora, a partir do momento em que, com PAULO MOTA PINTO, olhamos para a condição *sine qua non* do ponto de vista da juridicidade, soa estranho, de acordo com os quadros metodológicos em que nos movemos, a desjuridificação da categoria. E perde razão de ser a tentativa de captação dela, ou seja de solução para a qual vem pensada, a partir de uma aproximação aos dados naturalistas do encadeamento causal.

postulando uma condicionalidade necessária, acaba por fazer resvalar o discurso para o âmbito do determinismo. E este, não só se mostra incompatível com o sentido de agir livre do ser humano e inconsonante com a operatividade do mundo exterior, como reduz o caso concreto – ainda que corrigido com pontos de vista materiais – a uma fórmula lógica que se tende a assumir como correlato da previsão normativa.

A factualidade parece, pois, resumir-se não ao que acontece, mas ao que é captado sob a capa de uma fórmula abstracta. Esta desencadearia a *applicatio* da norma, que, comandando a realidade, acabava por não relevar a globalidade das especificidades que conformavam aquele. Mas que, ao abrigo de uma pretensa neutralidade, se recusa a derramar a intencionalidade jurídica sobre a solução dispensada ao caso concreto *decidendum*.

Explicitando o que pode ter ficado implícito na crítica dirigida contra a imposição apresentada, a condicionalidade necessária constrói o dado do real. E isso força o autor, na busca da solução justa, não só a abrir excepções à *conditio sine qua non*, que em si mesmas nada depõem contra a teoria, como a corrigi-la sempre que os arimos problemáticos surjam enervados com um grau de complexidade acrescida. Só que, por outro lado, a correcção de que se lança mão, longe de fazer apelo ao sentido do justo e operar a dialéctica entre o dever-ser, projectado num sistema constituído e a constituir, e o ser, limita-se a tomar em consideração os elos intermédios do processo causal, solucionando as aporias denotadas no tocante a causalidades múltiplas e hipotéticas com a mesma tónica determinista.

A escalpelização da crítica impõe uma precisão. Pois que, se, por um lado, não se pode deixar de afirmar o que fica inscrito em texto, por outro, salienta-se a coerência interna denotada pelo pensamento de PAULO MOTA PINTO. Na verdade, é óbvio que o modo como se concebe o resultado não pode deixar de ser atendido em sede de resposta ao problema da relevância da causa virtual.

Primeiro, ela só pode avultar como problema na medida em que o resultado não se afirme na sua configuração concreta absoluta, uma vez que nunca a substituição da causa real pela virtual é de molde a produzir o mesmíssimo resultado no mesmo tempo, no mesmo lugar e nas mesmas condições. Segundo, a atenção dada aos elos intermédios do processo causal também, naturalmente, afastará a causa hipotética que não apresente aquelas ligações mediatas.

Não é, pois, contra esta visão que se dirigem as nossas críticas, mas tão só à manutenção de um tipo de racionalidade que não capta a intencionalidade especificamente jurídica.

E não se invoque, em favor do posicionamento, a atinência dele a um momento pretensamente factual que antecede o juízo de adequação com que tradicionalmente se resolvia o problema causal, já que o que surge desde logo como aporética é a cisão perfeita entre uma questão-de-facto e uma questão-de-direito, dado que, em bom rigor, é denotado pelo insigne jurista que ora comentamos, visto que a delimitação do resultado tido por relevante é, segundo o seu ponto de vista, orientado pelo fim da norma²⁴²¹.

É, na verdade, à luz do sistema que deveremos relevar os elementos do resultado que importam para a conformação do problema com que temos de lidar. É o sistema delitual que vai permitir distinguir quais são os elementos juridicamente cunhados daqueloutros irrelevantes. Só que tal não nos deve condenar quer à consideração da lesão na sua pura abstracção tipificada, nem à repriminção do resultado concreto assumido à luz de uma condicionalidade que nem colhe paralelo na realidade.

A dialéctica a que se alude, no seu pendor analógico, faz com que a lesão seja *ab initio* juridicamente informada pela pressuposição do sistema, sem o qual ela se torna anódina²⁴²². E essa juridicidade que se releva comunica-nos os contornos do resultado a considerar. Que, ainda que coincida com aquele que vai pensado por PAULO MOTA

²⁴²¹ É este, aliás, um ponto em que o autor dá um salto em frente relativamente ao posicionamento de juristas que abraçam uma posição contrafactual. Pois que em HONORÉ o que se assiste, de jeito justificador do *NESS-test* que a sua posição viabilizou, é à recondução da condicionalidade para o plano da factualidade. O dado estaria, ademais, em perfeita consonância com o pressuposto de que o autor, conjuntamente com HART, partiria, pois que a linguagem causal por ambos mobilizada devia ser espelho do entendimento que houvesse da causa ao nível do senso comum.

Para uma crítica da perspectiva, cf. JANE STAPLETON, “Unpacking causation”, ... cit., p. 150. Salieta a autora que só será possível chamar à liça o entendimento causal do “homem da rua” se existirem consensos acerca do julgamento do caso, porque, ainda que as partes em juízo acordem acerca dos factos, continuam em desacordo a propósito da relação causal, na exacta medida em que esta reflecte uma disputa atinente à responsabilidade.

²⁴²² Cf., quanto ao ponto, WEX S. MALONE, “Ruminations on cause-in-fact”, ... cit., p. 67 e ss. Citamos o autor, novamente, para rememorar algumas das críticas que, segundo ele, ferem o *but-for test*. Na verdade, ele implica que o julgador reconstitua o que teria acontecido se o agente não tivesse actuado de forma ilícita e culposa. Ora, não raras vezes, segundo o autor, o teste exige o impossível, desafiando a imaginação do julgador e deixando-o a braços com uma miríade de conjecturas. Para as evitar, há que se deixar orientar pela direcção comunicada pela intencionalidade normativa que informa a controvérsia.

As considerações do autor motivam-nos duas notas. Em primeiro lugar, chamamos à atenção para o facto de – e tal como a outro ensejo frisámos – não se exigir ao julgador a elaboração de um cenário alternativo, mas simplesmente a suposição do que ocorreria eliminando-se o elemento perturbador. Simplesmente, e com isto passamos à segunda das notas anunciadas, ou se resvala no puro determinismo ou, consoante se deu conta em texto, se anima a inquirição com a nota da inevitabilidade, convocadora do sentido da pessoalidade. E aí ficamos sem perceber – nunca é demais explicitá-lo – por que razão não assumimos verdadeiramente o sentido imputacional que informa o pressuposto causal e nos deixamos enredar por fórmulas logicistas que pouco ou nada nos comunicam.

PINTO, não permite por si, porque colocado no plano do ser, afirmar o sentido da decisão concreta no tocante à responsabilização ou não de cada um dos intervenientes.

Mais se diga que, se esse sentido é colhido na pessoalidade com que ancoramos o esquisso imputacional delineado, o que agora se pretende não é a explicitação da condição tida por causa, mas o afastamento de qualquer laivo de alienação da realidade, quer em homenagem ao desenho comutativo do instituto, quer em atenção à justa medida da responsabilidade que perderia toda a eficácia se adstrita a um sujeito diferente do causador do dano^{2423 2424}.

²⁴²³ Cf. a este propósito a lição magistral de CASTANHEIRA NEVES, em *Questão de Facto – Questão de Direito...* cit. Sem a querermos reproduzir, porque tal extravasaria o nosso âmbito de análise, sempre importará, contudo, atender a alguns dados do seu pensamento, quer porque os mesmos permitem secundar, no plano do *quid ius*, as conclusões a que assim chegamos, quer porque, nessas lucubrações de segundo grau, o filósofo do direito pondera alguns dos problemas que, na concretude que abraçamos, não deixam de nos inquietar. Tanto mais que “a intenção jurídica, ao referir-se a uma realidade – a realidade histórica da vida social humana – em que se intenta cumprir, participa naquela atitude geral do Espírito (...), entra em diálogo com as coisas (a realidade concretamente situada) para lhes discutir a validade e dizer delas com fundamento – validade por que se interroga a partir da contextura das coisas, fundamento que nesta refluí como uma resposta de sentido”, pelo que a distinção entre a aludida questão de facto e a questão de direito não deixa de ser problemática, porquanto postule um “distinguir que, estando (...) longe de ser aqui um simples excluir ou mera separação de contrários, se nos oferece antes como o analisar reflexivo e fundamentante da unidade jurídico-material da realização do direito” (cf. *Questão de Facto – Questão de Direito...* cit., preâmbulo).

Tudo isto a importar uma compreensão da juridicidade que nos aparta do pensamento tradicional. Pois que, e voltando ao verbo do insigne jurista, “o monismo metodológico do séc. XIX exprimiu-se no contexto jurídico por um conceitualismo idealista (*a priori*) ou por um conceitualismo de sentido naturalista”. E, “em qualquer dos casos o conceito era o *prius*, pressuposto ou fundamento”, realizando-se o direito “pela redução do seu conteúdo significativo aos conceitos que seriam pelo mesmo direito positivo pressupostos” (cf. p. 14) e quedando-se a “investigação processual dos factos (...) [no] lado puramente cognitivo do processo”, ignorando-se, como salienta crítica e enfaticamente CASTANHEIRA NEVES, que “a ciência, longe de ser o facto absoluto, é antes e apenas o facto ou o dado correlativo das específicas intenções científicas” (cf. p. 14, nota 4).

Do monismo científico positivista caminhou-se para uma metodologia de cariz teleológico, que cobria a distinção “com a intencionalidade normativa da norma que a leva pressuposta”, pelo que, variando a intencionalidade do instituto jurídico, não poderia haver um conceito jurídico unitário de facto e de direito.

A determinação dos factos relevantes, e no que a nós diz respeito dos factos aptos a desencadear a procedência da pretensão indemnizatória, far-se-ia, não “por referência à experiência comum, porque tal seria sempre equívoco”, mas “segundo uma intenção objectivante (...), segundo um ponto de vista jurídico-positivo, pelos fins e intencionalidades normativas de um certo direito positivo”. (cf. p. 22-23).

No fundo, renegar-se-ia a pureza do pensamento positivista para se continuar a olhar para o problema do ponto de vista dogmático. O primeiro erraria, segundo CASTANHEIRA NEVES, por, “dominad[o] por um conceitualismo *a priori* de tendência manifestamente hipostasiante”, “não ter compreendido a autonomia teleológico-normativa da perspectiva dogmática”. Mas o segundo não pecaria menos, porquanto continue a afirmar a exclusividade daquela (cf. *op. cit., loc. cit.*).

Ora, tal como ensina o jurista que estamos a acompanhar, “o direito, enquanto objectivação cultural de sentido normativo, não traduz apenas uma pura intencionalidade ideal sobre factos, mas revela-se ainda, ele próprio, com um conteúdo material de factos, levando em si o facto como seu elemento integrante”, donde resulta que o direito não pode ser pensado sem o facto e este não pode ser cogitado sem aquele, antes se orientando “no sentido que dê uma adequada resposta à co-presença constituinte da material-concreta realidade social e histórica” (cf. p. 54).

A problematização da dicotomia entre o facto e o direito torna-se ela mesma problemática, ao ponto de, na contextura do pensamento tradicional, ser posta em causa, quer porque “o conceito de certeza e de verdade, para efeitos probatórios, seria jurídico e juridicamente teria de se proceder em toda a

averiguação dos factos”, quer porque “a determinação [deles] seria dirigida e fundada pelos conceitos jurídicos” (cf. p. 91). De postulado aproblematicamente assumido com o positivismo, os índices da distinção assemelhavam-se agora impossíveis, se não teoricamente, pelo menos na prática.

Atentemos, pois, no exemplo oferecido por CASTANHEIRA NEVES, no diálogo estabelecido com BINDER. Cf. p. 115. Tendo em vista a elaboração da premissa menor, imprescindível para se operar o silogismo judiciário, afirmava-se à época – teimosamente feita presente no tempo hodierno – que ela se destinava a “a enunciar a inerência do caso ao conceito hipotético da norma jurídica aplicável”, ou dito de outro modo, “ela conteria um *Tatbestand* fático – o caso, não como algo referido a um conceito superior, mas na sua concreta significação fática”, pelo que, num caso concreto, sendo a premissa maior *casus a nullo praequantur*, e a premissa menor “a casa foi destruída por um raio”, chegar-se-ia à conclusão que “os prejuízos correm por conta do proprietário”.

Só que, bem vistas as coisas, não nos tendo ainda afastado do silogismo, mesmo que ele venha compreendido com contornos outros, estava-se a “operar a conversão dos factos ao jurídico” e a transformar a relação entre ambos numa conexão puramente lógica entre dois conceitos. A relação entre factos e direito, no quadro de uma decisão jurídica, cumprir-se-ia, pois, por uma *teoria da redução*, pela qual “de entre os factos naturais comuns [se] seleccionavam (...) aqueles em que se postula o relevo jurídico”, não havendo “uma específica e autónoma objectivação jurídica da realidade” (cf. p. 135, nota 8), donde se podia inferir “serem apenas conceitos jurídicos aquelas significações pela lei enunciadas com uma explícita intencionalidade jurídica, (...), ié, a que quisesse (querer reconhecido pela interpretação) ligar um particular relevo ou sentido normativo”, e todos os outros conceitos de facto (cf. p. 137), ao que se oporia o entendimento segundo o qual “toda a conceitualização que tenha sede nas fórmulas legais é direito ou conceito jurídico” (p. 139).

O passo seguinte seria, numa referência diacrónica sincopada por nós, a consideração da distinção em termos não meramente lógicos, mas materialmente qualificativos. Donde, com RADBRUCH ou WOLF, os conceitos jurídicos passam a ter uma “autónoma natureza axiológico-normativa que os torna absolutamente distintos de quaisquer outros conceitos que utilizem a mesma expressão verbal” (p. 148)

E se paralelamente se assiste à discussão, com contornos gnoseológicos, acerca da referência do jurídico a factos ou a objectos do pensamento, porquanto “só existam na medida do nosso julgamento nesse sentido” (cf. p. 156 e ss.), em tudo isto vai incompreendida a intencionalidade predicativa do direito, já que, e ilustrando uma vez mais o que queremos dizer com recurso ao verbo do filósofo pátrio, ao colocar em diálogo uma validade e uma realidade, “a aplicação do direito implica sempre um acto constitutivo de uma unidade de síntese entre o factual e o jurídico” e a teoria subsuntiva continua, mesmo na sua segunda fase, a pensar a relação entre o facto e o direito como “aquela que medeia duas entidades objectivamente dadas”, tornando-se, assim, incompatível a “natureza unitária da decisão e a estrutura descontínua do esquema formal” (cf. p. 179-180).

Para CASTANHEIRA NEVES, portanto, a distinção entre a questão de facto e a questão de direito só ganha sentido enquanto “problema normativo da concreta aplicação do direito, ao revelar-se aí a exigência de dois momentos problemáticos” (cf. p. 193).

Pese embora a conclusão, não prescindimos de acompanhar mais detidamente o estudo do filósofo, posto que, no diálogo magistralmente encetado com os vultos do pensamento jurídico actual, irá fornecer pistas de compreensão do problema que, na referência à responsabilidade civil, temos em mãos.

Repare-se, assim, que, para quem entenda que a determinação dos factos só seja possível com recurso à conceptualização jurídica, o critério legal seria sempre o *prius e a perspectiva* da decisão. Ora, segundo o prisma metodológico por si encabeçado, CASTANHEIRA NEVES entende que a determinação factual tende a integrar-se com a interpretação. “É em função das normas que se seleccionam os factos juridicamente relevantes; é em função dos factos que terá de se determinar a norma aplicável” (p. 220), pelo que a determinação dos factos não pode ser “orientada por premissas puramente fáticas, enunciadas pelas ciências ou técnicas em geral e pelas premissas semânticas próprias da linguagem comum” (cf. p. 237, na crítica a SCHEUERLE. V., também, com particular acutilância, o depoimento contido a p. 241/242: “o que se discute não é isto, banalidade que ninguém certamente ousará negar. O que se discute é se a determinação factual que concorre num qualquer problema de aplicação do direito se pode processar com total indiferença da natureza do problema em que participa”, e conclui – p. 243 – que “as determinações científicas ou puramente semânticas não esgotam a *quaestio facti* para o pensamento jurídico”).

Alerte-se que isto não impõe o abandono das considerações científicas, mas tão só a necessidade de assumir o seu sentido à luz da intencionalidade jurídica, posto o que o próprio recurso às investigações periciais – dado particularmente importante na inserção contextual em que nos polarizamos – “são sempre orientadas pelo sentido que o direito lhes atribui enquanto pressupostos específicos dos seus conceitos”, impondo-se ao julgador que ele aprecie “autonomamente os resultados científicos ou técnicos oferecidos” (cf. p. 247).

Partindo-se do caso concreto e da lesão que ocorreu, ela é inteligida à luz do sistema delitual. Na dupla transcendência deste por aquele(a), e pelos princípios em que se louva, assiste-se, numa analítica escalpelizadora do *iter* argumentativo seguido pelo

Perguntar-se-á, e aceitando a lição de CASTANHEIRA NEVES por boa, se não estará a posição patenteada por PAULO MOTA PINTO em consonância com ela, tornando, assim, prestável a mobilização da ideia de necessidade para circunscrever os factos aptos a desencadear uma pretensão ressarcitória procedente. Não o perguntamos por interesse meramente especulativo, sequer pela falta de necessidade de desconsideração da realidade física, mas porque, matizada a categoria com a ideia de inevitabilidade e orientada por preocupações teleológicas, sempre importará, para culto do rigor e da coerência interna do nosso discurso, indagar em que medida a posição por nós defendida se mostra herdeira dos postulados metodológicos de que partimos ou se incorremos no vício de alienação da realidade que imputámos, criticamente, a muitos outros juristas.

Atentemos, então, em mais um dos filões oferecidos por CASTANHEIRA NEVES. Considerando impensável a realização judicativo-decisória do direito sem que haja um juízo autónomo de juridicidade sobre o caso decidendo, adianta que, sendo este o *prius*, e só sendo possível determinar a norma aplicável por um raciocínio de base analógica, relevando as suas especificidades, salienta que “isto não implica insinuar que o caso concreto se individualiza imediatamente e apenas pelos seus factos e que estes terão, sem mais, uma qualquer idoneidade para impor a relevância jurídica”, mas antes que o que o individualiza como um *problema jurídico concreto* é a pressuposição de uma exigência de sentido, que é toda a juridicidade (cf. p. 269). Colhendo o caso jurídico concreto na correlatividade entre a situação e o problema, ele “assume desde logo um sentido jurídico, que o individualiza, e só na perspectiva objectivante da problematicidade jurídica ele nos pode oferecer os dados relevantes”, ao que acresce não ser a norma “critério jurídico para uma decisão sobre factos, mas critério normativo de decisão de casos jurídicos”.

Ora, ainda que procurando relevar as especificidades do caso concreto, pensamos que PAULO MOTA PINTO terá falhado nessa missão. É certo que não ignorou a necessidade de olhar para ele do ponto de vista do sistema, mas limita a pressuposição de sentido à norma ou, quanto muito, ao quadro dogmático de orientação da solução do problema, esquecendo a verdadeira intencionalidade comunicada, quer pela ideia do direito enquanto direito, quer pelos princípios normativos que a permitem desvelar. Ao mesmo tempo que, na circunscrição da condicionalidade relevante, acaba por se orientar – ainda que no recurso à inevitabilidade – por um pendor lógico de contrafactualidade que aprisiona o decidir concreto em malhas espúrias ao pensamento jurídico.

Cremos afastar-nos, assim, de uma polarização na verdade teórica, sem que isso nos inquiete, porque com CASTANHEIRA NEVES podemos afirmar que “o juízo de facto na metodologia da aplicação do direito não pode corresponder a tal pretensão, porquanto ele nunca será jurídico-normativamente indiferente” (cf. p. 466).

Com isto denotamos uma tensão que perpassa todo o instituto ressarcitório e que se projecta em sede probatória com uma meridiana clareza. A instar-nos, ademais, a prosseguir no diálogo com PAULO MOTA PINTO.

²⁴²⁴ Como se compreende, o ponto resvala para o dilemático problema da distinção entre o facto e o direito ao nível da realização concreta do último. Abordada por muitos em termos genéricos, projecta-se em termos particulares ao nível da responsabilidade civil.

Aspecto determinante na compreensão das divergências doutrinas que avultam a este nível é a consciência de duas posições preliminares, a apontar no sentido da unidade ou da dualidade do juízo causal. Ou seja, e dito de outro modo, a tecitura não uniforme de propostas dogmáticas emergentes a propósito da causalidade aponta num duplo sentido: a) univocidade; b) biunivocidade do juízo. Qualquer uma delas pode ser conformada normativamente ou não. Assim, para quem faz confluir os dois patamares – condicionalidade e causalidade – numa só questão é possível, ainda que não seja recorrente, olhar para esta do ponto de vista factual estrito. Do mesmo modo, havendo separação estanque dos dois segmentos, pode ela ser acompanhada, ou não, da dicotomia entre a factualidade e a normatividade.

Para um acompanhamento das diversas posições que se desenharam sobre o ponto nos ordenamentos jurídicos anglo-saxónicos, cf. WRIGHT, “Causation in tort law”,... cit., p. 1803 e ss.; e “Causation, Responsibility, Risk, Probability, Naked Statistics, and Proof...”, ... cit., p. 1009 e ss.

Para uma percepção do modo como a resposta a esta dúvida fica condicionada pelo tipo de pensamento jurídico mobilizado, cf. o estudo já referido de LEON GREEN, *Proximate Cause*... cit., p. 195-200, não esquecendo a inserção do autor na corrente do realismo.

Para outros desenvolvimentos, cf. o que *supra* inscrevemos acerca deste tópico.

juulgador, à edificação de uma esfera de risco/responsabilidade que capta o sentido da personalidade alicerçador de toda a juridicidade. O desenho concreto desta é obtido tendo em conta o caso, tido como *prius e perspectiva*. Só que, porque há que comprovar o âmbito de relevância delineado, e porque a assunção daquele risco permite a formulação do juízo imputacional, questiona-se qual o leque de alegações e provas que, sendo oferecidos pelo pretense lesante, é de molde a afastá-lo.

É neste ponto que a correspondência entre o ser e o dever ser se torna, de facto, problemática. Como sabemos, é o grau de certeza acerca da contribuição causal que assomava aos olhos do jurista. E se a dimensão ético-axiológica chamada à liça nos leva ao afastamento da probabilidade, para fazer aflorar a da possibilidade²⁴²⁵, abre-se, concomitantemente, a porta à dialéctica argumentativa processual, a viabilizar ao réu o caminho da prova de que aquele dano não foi por si causado²⁴²⁶.

²⁴²⁵ Importa tecer um esclarecimento adicional. Na verdade, cremos que o modelo que propusemos se torna irrealizável, próprio de santos, se o risco a partir do qual se edifica a esfera de responsabilidade ou zona de risco for mínimo. É certo que ele há-de existir com uma razoável probabilidade. A mesma, aliás, que torna exigível a um homem médio a adopção de determinadas medidas de cuidado. Simplesmente, uma coisa é o risco existir de forma não negligenciável, sustentando a imputação que se procura. Outra diversa é entender que, de forma matematizante, aquela se deve converter em critério chave da causalidade, por sua vez, elevada a requisito imprescindível do instituto. Até porque, quando os autores lançam mão dela em termos percentuais para lidar com a causalidade dita de facto, o que pretendem é estabelecer, tanto quanto viável, uma aproximação ao real, afastando condenações por danos que não tenham sido efectivamente gerados pelo pretense lesante. Só que, uma vez edificada a esfera de que se cura, o peso da impossibilidade de reconstrução da cadeia de acontecimentos deve ser suportado por aquele a quem, em primeira linha, o ordenamento jurídico faz impender um juízo de reprovação.

Sobre o ponto, embora não se referindo ao problema da causalidade mas da culpa, cf., em sentido crítico, às posições que pretendem assumir a probabilidade no sentido literal e estatístico (mais de 50%), RICHARD W. WRIGHT, “Hand, Posner and the Myth of the Hand Formula”,... cit., p. 71.

Note-se, ademais, que a nota de probabilidade a que timidamente se acede por esta via não é concebível sem a ideia de exigibilidade.

²⁴²⁶ A ideia da prova do contributo causal do pretense lesante nunca andou longe das cogitações atinentes à causalidade de facto e do debate acerca da prestabilidade ou imprestabilidade do *but-for test*. Nessa medida, cf. BASIL MARKESINIS, ANGUS JOHNSTON e SIMON DEAKIN, *Markesinis and Deakin's Tort Law*, ... cit., p. 187, onde se esclarece que as dificuldades comportadas por aquele conduziram à tentativa de responsabilização do agente com base no incremento do risco de ocorrência de um particular dano. Ligar-se-ia a esta ideia a problemática da indemnização da perda de chance. É que, verdadeiramente, o problema é encarado em termos probabilísticos. Cf., a esse propósito, na obra citada, p. 189, onde se refere que “under the but-for test the claimant must prove the existence of a causal link on the balance of probabilities, which is taken to mean a likelihood of more than 50 per cent”. Logo em seguida, os autores ilustram o modo como algumas situações dilemáticas são tratadas pelos tribunais da *Common Law*. Na ausência de certezas, tem-se admitido a imposição da obrigação ressarcitória a um agente cuja negligência aumentou o risco de ocorrência do dano. Citando a decisão de Lord WILBERFORCE, salientam que “it is a sound principle that where a person has, by breach of duty of care, created a risk, and injury occurs within the area of that risk, the loss should be borne by him unless he shows that it had some other cause” [cf. *McGhee National Coal Board*, (1973) 1 WLR, 1,6].

Numa perspectiva crítica, veja-se o comentário subsequente a páginas 190. Aduz-se, então, que o simples facto de uma pessoa ter violado um dever de cuidado não é razão suficiente para se impor a responsabilidade, porquanto a finalidade do *tort of negligence* não passe pela penalização das condutas enquanto tal.

Só que o pouco que a condicionalidade adianta, ainda que tradicionalmente se não invertessem os pólos de comprovação dos âmbitos de relevância postos em confronto analógico, não nos serve. O que ela faz não é, ou não fosse a sua índole determinista e logicista, dar um passo em frente na descoberta da causa real da lesão que primacialmente se imputa ao pretense lesante, mas atestar da relevância ou irrelevância do comportamento deste para a emergência daquela²⁴²⁷. Em bom rigor, a relevância foi já testada a montante, porque, ainda que o juízo acerca da assunção de uma esfera de risco convoque uma ideia de razoabilidade própria do homem médio, ela não deixa, na dialéctica anunciada, de se ater a dados de concretude bastante para afastar danos impossíveis ou comportamentos não idóneos para causar a lesão.

Não se trata, contudo, de uma relevância jurídica do comportamento que não se confunde com o relevo prático-factual que ele teve na história do surgimento do dano?

Na verdade, contra o que poderia ser sugerido pelas nossas palavras, não confundimos o nível discursivo específico da condicionalidade *sine qua non* com aqueloutro a que somos conduzidos pelo modelo imputacional forjado. Nem tão pouco se confunde – pese embora a confluência probabilística dos dois juízos –, na pureza com que possam ser pensadas, as doutrinas da equivalência das condições e da causalidade adequada. De facto, e cingindo-nos por ora ao pensamento tradicional, o que o juízo de adequação vem atestar é a idoneidade abstracta do comportamento para gerar o tipo de danos verificados. Do mesmo modo, e conforme salientámos, partindo da edificação de uma esfera de risco/responsabilidade, o que se pretende é saber se o dano experimentado se inscreve ou não naquele círculo. E, se para tanto temos de empreender uma miríade de juízos comparatísticos, não menos seguro é que um dos índices primeiramente assumidos propende para a consideração da possibilidade de aquele dano ter sido causado por aquela esfera de risco assumido ou incrementado. Já com a condicionalidade *sine qua non*, o que se pretende é saber se, caso a conduta não tivesse tido lugar, o dano teria ou não ocorrido da mesma forma. É claro que, porque a suposição de uma realidade alternativa nos enreda numa série de problemas e porque o mundo determinístico está afastado do horizonte discursivo actual, a condicionalidade

Refira-se, *in fine*, que, pelo acompanhamento da resenha jurisprudencial fornecida na obra podemos constatar que uma das áreas privilegiadas de evolução principiológica na matéria é, tal como anteriormente tínhamos referido, a responsabilidade médica.

²⁴²⁷ Relembre-se, a este ensejo, o testemunho de alguns autores que defendem que o juízo causal deve erigir-se a partir da concreta violação do dever e não com base no comportamento de facto. Assim, BYDLINSKI, *Probleme der Schadensverursachung...* cit., p. 63; HANAU, *Die Kausalität der Pflichtwidrigkeit...* cit., p. 63 e ss., em especial p. 67.

sine qua non acaba por se traduzir no proferimento de um juízo probabilístico, a aproximar-se, então, da também probabilística idoneidade abstracta de que curava a doutrina da adequação. Até porque, não só o caso concreto não pode – pelos motivos dogmáticos atrás expostos – ser assumido na sua absoluta concretude, como a contrafactualidade com que vem matizada a condicionalidade implica a construção do dado: o caso passa a ser aprisionado segundo um pensamento logicista, não se relevando verdadeiramente a factualidade concreta. Com a condicionalidade *sine qua non*, não se pretende a identificação da causa juridicamente relevante. Não só ela não nos fornece a resposta para esse problema, como, articulada com a adequação, nada acrescenta ao jurista decidente. A sua eficácia, a ser aceite, seria negativa, isto é, com ela procurar-se-ia afastar comportamentos que não tivessem interferido no processo conducente ao dano. A preocupação cimeira é, já o sabemos, a ligação à realidade. Procura-se afastar os factos irrelevantes para a produção daquele. Mas não ficará este quesito cumprido com o nosso modelo imputacional? Admitimos que o mesmo não garante que o dano tenha sido causado pela conduta. Simplesmente, tal garantia – pelo logicismo com que vem imbuída – também não é oferecida pela condicionalidade *sine qua non*: o resultado a que se chega pela inquirição ficará sempre dependente da descrição que se faça do próprio resultado – assumido na sua absoluta concretude, a resposta será sempre positiva, perdendo-se o efeito delimitador. Acresce que, ao permitir o afastamento de todos os comportamentos que nada têm a ver com a produção do dano, a *condicionalidade sem a qual não fá-lo*, tal como se constata pela consulta da nossa jurisprudência, pela descida à concretude do caso que viabiliza a descoberta de outra causa, o que, no nosso modelo imputacional, é possível ser apresentado pelo lesante. Com a diferença – de não pequena monta – de, nessa prova, se exigir a comprovação da real causa do dano.

Em suma, procura-se, com a condicionalidade necessária ou suficiente, consoante as respostas encontradas pelos autores, afastar todo e qualquer comportamento que não tenha sido relevante para a produção do dano. Ao apelarmos, numa alternativa discursiva, aos índices indagatórios do modelo por nós forjado para dar resposta ao problema, estamos a afastar, sem perder de vista a concretude do caso, determinados comportamentos que de todo não são aptos a, naquelas circunstâncias, gerar o dano, ou porque o bem lesado já não existia ou porque o comportamento não se mostra idóneo a gerar aquele tipo de lesão. É claro que isso nada nos diz acerca do concreto papel que o comportamento do agente desempenhou no processo causal

conducente ao dano. Simplesmente, percebemos pelo desenvolvimento das nossas ideias que o carácter logicista, contrafactual e tendencialmente probabilístico (excepto para quem advogue um mundo determinístico) dos tradicionais testes condicionais pouco nos auxilia nessa missão. Por isso, propomos, também em alternativa, que o jurista se certifique da incidência do comportamento do lesante no surgimento do evento lesivo. Dito de outro modo, há que provar que a conduta do agente teve um papel na história do evento danoso. Só que, para isso, não nos interessa um *but-for test* ou um *NESS-test*, antes nos bastando com o envolvimento do facto na história da lesão, que é pressuposto na análise da edificação de uma esfera de risco/responsabilidade e se torna translúcido no momento da comprovação da hipotética relevância problemática do caso, isto é, no momento em que o lesado apresente os contornos da situação material controvertida e a prove²⁴²⁸.

Ademais, os próprios casos de sobredeterminação causal acabam por colher no modelo pré-definido uma resposta. E o mesmo se diga da indagação hipotética, já que, uma vez recusada a condicionalidade logicamente determinada em termos de necessidade, ela acaba por perder naturalmente o sentido que detinha no quadro de pensamento tradicional.

A variedade de situações a que caleidoscopicamente nos temos vindo a referir impõe, contudo, mais. Aquele mais que, estabelecendo em termos dogmáticos cisões, olhe para cada uma das hipóteses enquadráveis nesse grande magma isoladamente, dialogando com o sistema não só do ponto de vista dos princípios e do esquema dogmático por nós traçado, como também mobilizando soluções concretas do ponto de vista do direito legislado.

²⁴²⁸ Ao falarmos de envolvimento do facto na história do resultado não estamos, não obstante a sintonia lexical, a aderir à já explicitada perspectiva de JANE STAPLETON. Cf., novamente, da autora, “Legal Cause...”, ... cit., p. 957 e ss.

Veja-se, ainda e novamente, JEREMIAH SMITH, “Legal cause...”, ... cit., p. 103 e ss., 223 e ss., p. 303 e ss.; MICHAEL S. MOORE, “The Metaphysics...”, ... cit., p. 875 e ss.

Note-se, ademais, que o que se inscreve em texto tem particular importância em face de determinados circunstancialismos de facto, como seja aquele em que um automóvel é danificado, havendo provas de que vários veículos tinham passado por aquele lugar em excesso de velocidade durante o período em que o mesmo estava estacionado. Para ulteriores ponderações acerca deste caso, veja-se o que diremos *infra* sobre ele. Veja-se também a problemática análoga do automóvel que é danificado por um veículo de determinada cor, estando um com essa característica cromática estacionado ao seu lado.

54. Causalidade múltipla ou sobredeterminação causal. Formulação do problema e perspectivas de solução segundo o ponto de vista tradicional e segundo o modelo dialogicamente proposto.

Muitas das dificuldades com que os autores lidam, há longo tempo, quando se debruçam sobre o tópico da causalidade envolvem hipóteses de sobredeterminação causal ou causalidade múltipla. Não seria apenas uma, mas seriam várias as possíveis causas do evento danoso, restando saber se a responsabilidade deve ser imputada – solidariamente, podemos antecipá-lo – aos diferentes intervenientes no processo causal ou se, pelo contrário, a confluência de mais do que uma génese condicional/causal seria de molde a fazer recair o prejuízo sobre aquele que o sofreu²⁴²⁹.

Aqui chegados, torna-se incontornável o dado^{2430 2431}. Longe de o podermos ignorar, impõe-se a sua detida compreensão, concorrendo para a urgência dialógica três

²⁴²⁹ Veremos, adiante, como entre estas duas soluções extremas se encontram outras.

²⁴³⁰ Para uma primeira aproximação do problema, no contexto dos ordenamentos jurídicos europeus, cf. CEES VAN DAM, *The European Tort Law...cit.*, p. 286 e ss. Questionando o problema da causalidade múltipla sob a óptica da múltipla autoria, o autor distingue diversas situações: a) lesantes actuam com um plano comum, como é o caso dos vários vândalos que estão a atirar pedras na rua e uma delas atinge a cabeça de uma das pessoas; b) lesantes actuam conjuntamente sem um plano comum, como na hipótese dos vários caçadores e da pessoa que é atingida na cabeça por uma deles. A dificuldade com o tópico da causalidade passa pela impossibilidade de identificar o autor do dano.

Próximos encontram-se os casos em que é certo que mais do que uma pessoa causou o mesmo dano (alguém é atingido por duas balas disparadas por duas pessoas, qualquer uma delas podendo ser fatal), distintos daquelas em que dois eventos não causaram o mesmo dano (uma pessoa é atingida por dois tiros, um em cada perna).

Tomando como referencial esta taxonomia de situações, o autor apresenta os contornos dos critérios de solução dos problemas por elas potenciados nos ordenamentos jurídicos mais emblemáticos. Assim, na Alemanha, seria fundamental o § 830 I/1 BGB, nos termos do qual, “quando duas ou mais pessoas causam uma lesão através de um acto ilícito, que cometem conjuntamente, são solidariamente responsáveis pelo dano”, tendo o BGH “limitado o âmbito de aplicação do preceito, ao requerer que os participantes conheçam e intencionalmente cooperem para causar o dano”, sendo suficiente o “suporte psicológico – *psychisch vermittelte Kausalität*. Explicita VAN DAM que, nos casos de larga escala, como os protestos, a aplicação da norma se torna mais difícil [A este propósito, cf. ERWIN DEUTSCH, *Allgemeines Haftungsrecht... cit.*, p. 326, referindo-se aos *Demonstrationsschäden*. Repare-se que, no seu estudo, o autor distingue diversas situações, susceptíveis de serem tratadas de modo diferente: casos em que todos os participantes actuam de modo concertado na manifestação; casos em que pode haver excesso por parte de um manifestante, colocando-se, então, a questão de saber se o líder da manifestação pode ou não ser responsabilizado por não ter procurado minorar tais excessos. Mais adianta o autor que, no que toca à responsabilidade de um participante numa manifestação, o § 830 I/2 não presta grande auxílio, por não ser aplicável às hipóteses em que a participação numa acção ilícita é incerta]. Já o § 830 I/2 BGB consagra a regra da solidariedade sempre que os lesantes actuem independentemente, podiam ter causado o dano independentemente e não se pode estabelecer qual efectivamente o gerou.

Em França (cf. p. 288), o apelo é feito directamente à *faute collective*, isto é, *faute* cometida por mais do que uma pessoa, podendo os lesantes provar que a conduta de um terceiro ou da vítima introduz uma circunstância imprevisível e irresistível, afastando a imputação. Caso não o façam, a regra é a da responsabilidade *in solidum*.

Em Inglaterra, “no caso de doenças indivisíveis, o ónus da prova da causalidade pode ser repartido e imposto aos lesantes, tendo em conta que as suas acções ilícitas aumentaram o risco de contrair uma doença”.

razões, como se também no plano argumentativo a unicidade causal fosse cenário aparente.

Três razões que, na sua radicalidade, se cingem a dois núcleos de inteligibilidade do problema com que, particularmente, se lida. No plano sistemático, afigura-se ser a temática um campo de ensaio riquíssimo para testar quer a conformação condicional dos comportamentos desencadeadores de uma pretensão indemnizatória, quer a plausibilidade de resolução da questão causal sob o prisma da adequação. No plano da realidade jurídica que mobiliza o primeiro, análoga necessidade se experimenta, dada a constatação da miríade de soluções em que, em face da complexidade do ser e do acontecer, avultam dois ou mais factores causais.

Em bom rigor, e no quadro do pensamento tradicional, a pluricondicionalidade nunca deixaria de estar presente, sem que, contudo, ela equivalesse à pluricausalidade, porquanto entre condição e causa haveria um pressuposto de adequação que teria de se desvelar em concreto. Só que, bem vistas as coisas, parece já haver a intelecção primária da causalidade a partir da condicionalidade, pois que o pressuposto a que se aludiu só será testado por referência àquela que é vista como a causa condicional do evento lesivo. O que não deixa de ser perceptível, dado não se procurar uma investigação exaustiva do processo causal, consentânea com um domínio científico, mas tão-só saber em que medida o comportamento ilícito e culposos se liga, por uma conexão qualificada, à lesão que assoma.

Intuem-se, portanto, dois dados. De um lado, a adequação ganha uma dimensão imputacional, sem que seja levada às últimas consequências, porque ainda resta presa a

O autor fala, ainda, das causas sucessivas – cf. p. 290: casos em que os eventos ocorrem sucessivamente ou nos quais uma sequência de eventos pode ser distinguida, como por exemplo quando A é vítima de uma lesão que depois é agravada pela negligência médica de que também é vítima no hospital”. Há que, aí, cindir as hipóteses nas quais o segundo evento teria causado o mesmo dano que o primeiro evento causou daquelas em que o segundo evento agravou a situação por aquele gerada. Segundo o seu testemunho, “os sistemas legais são unânimes no que respeita ao primeiro agente”, que continuaria a ser responsável, havendo direito de regresso contra o segundo agente. “A unanimidade deixa de existir se ninguém for responsável pelo segundo evento”, como quando “A perde a capacidade para trabalhar por virtude de um acidente e teria de todo o modo perdido posteriormente tal capacidade em virtude de uma doença que o afectava”. Aqui, considera-se que o primeiro é responsável até ocorrer o segundo evento, porque este integra-se na esfera do próprio lesado. Se o segundo evento agrava o dano gerado pelo primeiro, o primeiro e o segundo lesante serão solidariamente responsáveis, quando aquele segundo evento possa ser atribuído ao primeiro evento.

O acompanhamento, próximo, do trabalho do autor citado cumpre, aqui, dois propósitos. Em primeiro lugar, permite-nos, de uma perspectiva generalista, ter em conta as principais nervuras problemáticas com que nos iremos confrontar. Em segundo lugar, mostra-nos como muitas das dificuldades remetidas tradicionalmente para o limbo da condicionalidade foram já pensadas, por nós, a montante.

Todos estes aspectos serão, contudo, considerados detidamente *infra*.

²⁴³¹ Veja-se, a este propósito, sem embargo de ulteriores explicitações, KÖTZ/WAGNER, *Deliktsrecht...cit.*, p. 82

uma visão naturalista que é juridificada, consoante se viu *supra*. De outro lado, faz-se resvalar a problematização das situações onde se patenteia mais do que um arrimo causal para o domínio da condicionalidade. Na verdade, se aquela só se perscruta por referência ao comportamento ilícito e culposo, então é a montante – naquilo que originariamente era apodado de causalidade de facto²⁴³² – que os contornos do problema se desenham.

Com o que se esboçam, *prima facie*, duas críticas. Em primeiro lugar, resulta pouco claro por que razão se remonta à condicionalidade em todos os casos em que a dupla ou múltipla causalidade se denota por referência a dois comportamentos igualmente ilícitos e culposos²⁴³³. Em segundo lugar, ainda que se encontrem razões justificativas do modo como se opera, sempre haveria que reconhecer misturarem-se os níveis de pensamento. Pois que, não se mostrando a mera condicionalidade suficiente para cumprir o desiderato imputacional, seriam, em última instância, razões dogmáticas a forjar a solução que se dispensasse ao caso. Só que essas razões parecem ir buscar-se,

²⁴³² A resolução dos problemas a que aludimos, mesmo no quadro da doutrina tradicional, vem, contudo, mostrar-nos que estamos diante de questões imputacionais, a requerer uma resposta jurídica.

²⁴³³ O que se afirma requer um afinamento. Obviamente que a probabilidade em que se vem a traduzir a causalidade adequada pode ser pensada por referência a comportamentos não humanos. Simplesmente, a juridificação da categoria acaba por tornar tendencialmente diversa a indagação que orienta o jurista. Pois que, estando em causa um comportamento humano, o que se pergunta é se é normal e adequado, do ponto de vista do homem médio, assumido o índice cognitivo do agente, quando ele seja superior, que daquele resulte o tipo de dano gerado. Ora, estando em causa um comportamento não humano, a adequação redundaria numa simples probabilidade e portanto mergulhar-se-ia na factualidade e não na exigibilidade. Donde duas dúvidas se levantam: 1) sendo as condições que avultam como causas dois comportamentos humanos ilícitos e culposos, segundo a visão tradicional da responsabilidade civil, teremos que, no regresso à condicionalidade, desvalorizar as notas de subjectividade que se introduziram?; 2) e se sim, por que razão?; 3) não se estará assim a confundir patamares dialógicos, obstando a uma decisão assente na noção de valor, para se abrir as portas à determinação do dever-ser pelo ser?

A propósito da possibilidade de a causa virtual ser um comportamento não humano ou um comportamento por que ninguém responde, cf. PEREIRA COELHO, *O problema da causa virtual...* cit., p. 57 e ss., onde se pode ler que “no problema da relevância negativa da causa hipotética é indiferente que a causa virtual seja um caso fortuito, por que ninguém responde, ou uma conduta que teria induzido, se tivesse provocado o dano, a responsabilidade de alguém”, embora deixe em aberto a repercussão que cada uma das hipóteses tenha em matéria de solução a dispensar ao caso; pelo contrário, “juridicamente, o problema da causalidade antecipada não se levanta, na hipótese de interrupção, senão nos casos em que o facto interruptivo fundou uma obrigação de indemnizar de uma pessoa”. Ao que acrescenta, embora em termos discursivos o insira anteriormente, que “o problema da relevância positiva (...) põe-se da mesma maneira quer a causa real do dano tenha sido um caso fortuito, quer tenha sido uma conduta que constitui uma pessoa na obrigação de indemnizar o dano causado. Num caso ou noutro, perguntar-se-á se o autor da causa virtual do dano (...) será obrigado a indemnizar o dano que teria causado (...). O que o problema da relevância positiva da causa hipotética sempre exige é que a causa virtual seja uma conduta capaz de fundar uma obrigação de indemnizar de uma pessoa” (cf. p. 56-57).

Veja-se, ainda, quanto ao ponto, do autor e na mesma obra, p. 103 e ss. Elencam-se aí os possíveis casos de causalidade hipotética, mostrando que a causa virtual pode ser um caso fortuito, um comportamento do próprio lesado, um comportamento de um terceiro que o induza à responsabilidade, um facto real ou hipotético (entendido este no sentido de um facto interrompido ou frustrado e não de um facto imaginável, para o que se tornam relevantes, na circunscrição necessária dos contornos da questão, os critérios delimitadores desenhados pelo jurista), um facto anterior, contemporâneo ou posterior à verificação do dano.

ainda, a um horizonte fisicista, mais ou menos dominado pelo determinismo com que a realidade natural veio sendo pensada ao longo dos tempos. Ao que acresce porem-se em confronto grandezas qualitativamente diferentes, dado termos de um lado da equação um comportamento já filtrado pelas marcas da juridicidade e do outro uma qualquer causa que pode avultar apenas como condição²⁴³⁴.

Não se estranham, portanto, as dificuldades com que os juristas se deparam ao lançar mão deste modo operativo como guia do decidente. Não se ignora, é certo, que a perspectiva aqui é tão-só excludente, procurando-se com as lucubrações condicionais não mais do que excluir a relevância de certos comportamentos que, de outro modo, poderiam fazer recair sobre o agente perpetrador dos mesmos a obrigação de indemnizar. Simplesmente, adequadamente compreendidas as coisas, dista de tal desiderato a problematização da causalidade virtual ou hipotética, porquanto verdadeiramente se possa ter já chegado à conclusão acerca da relevância da causa real, polarizada no pretense lesante. Ao mesmo tempo que a concorrência de causas reais não só não é de molde a encontrar na perspectiva solução satisfatória, posto o que podemos estar a fazer é a afastar a causalidade decorrente de um comportamento que foi efectivamente causa, como, apontando mais claramente ainda no sentido da imputação a que se alude, somos forçados a constatar que a última palavra seja dada à condicionalidade, a despeito do que se pretenderia ao sublinhar aquela dimensão.

Acresce que, se a complexidade do mundo real torna ilusória qualquer tentativa de captação fáctica à luz da linearidade causal, nos restam duas conclusões heurísticas. Ou bem que a pluricausalidade se assume como pluricondicionalidade e o excuro a que abrimos portas não é senão a regra, tendo o jurista que se confrontar com ele sempre que lide com um problema juridicamente cunhado a levantar a questão do ressarcimento dos danos; ou bem que, e descontada que seja a hipótese de uma investigação exaustiva acerca das possíveis causas de emergência daquele dano que nos remeteria para um cientismo impossível de abraçar pelo juiz do caso, a primeira se assume em termos estritos, a implicar, portanto, uma tarefa prévia de selecção das possíveis causas, entre as condições. O que envolveria, assim, importa voltar a frisá-lo, uma tarefa de índole imputacional que queda mal com a intencionalidade que se derrama sobre a condicionalidade, pelo que melhor seria se o jurista pudesse lançar mão de um critério “causal” que resolvesse, a um tempo, as aporias com que assim é confrontado.

²⁴³⁴ A afirmação requer, contudo, que se tenham em conta os pressupostos de problematização quer da causalidade hipotética, quer da causalidade cumulativa, tarefa que remetemos para diante.

Sobretudo porque qualquer que seja a opção heurísticamente encabeçada, sempre haverá que reconhecer ser imprescindível, por imposição do modo como em concreto qualquer dano avulta, a missão, pelo que, em última instância, nos apercebemos do carácter sincopado da doutrina da adequação²⁴³⁵.

Não foi, porém, esse o caminho traçado pela doutrina tradicional que, sem o alicerce personalista, se mostrou incapaz de edificar uma esfera de responsabilidade a montante e optou pela ligação externa entre um comportamento e os possíveis efeitos dele. Abraçada a causalidade adequada, a pluricausalidade ficaria remetida, com todos os problemas na selecção da solução justa e de fundamentação discursiva, para o domínio condicional. E impor-se-ia uma árdua tarefa em torno do que ficou conhecido por causalidade virtual e causalidade múltipla²⁴³⁶.

²⁴³⁵ Cf., quanto ao ponto, a advertência de PEREIRA COELHO, *O problema da causa virtual...* cit., p. 69-70, nota 19. Refere o autor que a causalidade entre a causa virtual e o dano é meramente suposta. E acrescenta que, a par de problemas atinentes à prova que se colocarão, “no problema da relevância negativa da causa hipotética a causalidade (puramente suposta) entre a causa hipotética e o dano parece não poder ser senão a simples causalidade naturalística. Não se trata aqui (...) da causalidade como pressuposto da responsabilidade; a causa hipotética pode mesmo ser um caso fortuito (...)”. E aventa a questão de saber se “quando a causa virtual se traduz num facto de terceiro induzindo responsabilidade” se deverá exigir que “o dano tivesse sido uma consequência adequada desse facto”, para dizer em seguida que porventura se deve responder afirmativamente. Mais acrescenta que “a relevância positiva da causa hipotética (...) é que já exigiria a adequação: que o dano fosse, se pudesse ser julgado uma consequência, uma consequência adequada do facto”.

Bem se percebe a dicotomia traçada por PEREIRA COELHO. Mais do que percebê-la, concordamos com ela, se situados do ponto de vista da doutrina tradicional. Simplesmente, como damos conta em texto, em muitas situações o que se verifica é que a última palavra em termos de imputação – quando cindida a causalidade fundamentadora da responsabilidade daqueloutra preenchedora dela – é oferecida pelo simples jogo naturalista em que a causa real é confrontada com a causa virtual. Donde, ao sopesarem-se termos díspares, estamos no fundo a perder o cunho imputacional e a transformar a causalidade adequada que se derrama sobre o comportamento ilícito e culposo num arrimo probabilístico estrito que não dista substancialmente daquela outra causalidade, ainda que apurada sem os índices de subjectivação que se reconhecem àquela.

Veja-se, ainda, sobre o âmbito da aplicabilidade da doutrina da causalidade adequada, DE CUPIS, *Il danno...* cit., p. 117.

²⁴³⁶ O que ficou dito em texto requer afinamento argumentativo e impõe considerações suplementares que cumpram, a um tempo, dois desideratos: explicitar o que possa ter ficado implícito e afastar entendimentos inexactos do nosso pensamento.

Na verdade, não pretendemos afirmar a inoperância da causalidade – dita aqui de jurídica por mera facilidade discursiva e assumida segundo o prisma da adequação – no tocante às hipóteses de sobredeterminação causal. Nem o poderíamos pretender, porquanto se o fizéssemos estávamos a embrenhar-nos irremediavelmente num erro. Pois não é o problema da interrupção do nexo de causalidade uma situação de pluricausalidade – entendida em termos amplos – que se joga quase exclusivamente nessa sede? Diante de uma situação desencadeada por um agente, verificada a intromissão de uma segunda causa, o que se questiona é em que medida a conexão estabelecida se perde ou não, fazendo-se derramar sobre o processo causal o véu da previsibilidade objectiva/probabilidade.

Concitam-se, então, dúvidas, pois que, se, como os autores vêm mostrar, a intencionalidade dela não dista de forma bastante da da relevância negativa da causa virtual, percebe-se ser a solução dispensada para este problema assumida em termos jurídicos e não meramente condicionais, perdendo sentido a tentativa de salvaguarda de um mínimo de condicionalidade a cumprir segundo esquemas lógicos que ficaria, assim, reservada para hipóteses eivadas pela linearidade causal, as quais, bem o sabemos, não passam, na

A categorização não é unívoca, assistindo-se, pelo contrário, a plúrimas expressões designativas do fenómeno²⁴³⁷. Dois parecem ser, no entanto, os nódulos de cristalização das hipóteses que, por uma via ou outra, entroncam na ideia de causalidade múltipla em sentido amplo: causalidade hipotética ou virtual e concausalidade ou causalidade múltipla^{2438 2439 2440}.

maioria das vezes, de casos de escola a postular um determinismo inconsonante com o modo como os factos ocorrem na realidade natural.

Ao que acresce, então, a dúvida maior: por que razão insistir na condicionalidade a propósito já não destas hipóteses, mas daquelas de responsabilidade cumulativa?

No caso dos tiros disparado simultaneamente por A e por B, ninguém duvida ser adequada a acção para causar a morte de B, questionando-se, outrossim, se, e dado que isoladamente cada um deles poderia ter conduzido à lesão, pode ser imputada a qualquer deles a responsabilidade, a ambos ou a nenhum. Pelo que, em última instância, e sendo a condicionalidade incapaz de fornecer uma solução de índole positiva, porquanto o seu objectivo maior seja tão só excludente, acabam por se confundir os patamares dialógicos, oferecendo-se uma solução de outra índole para um problema gerado pelo mecanicismo com que surge matizado o pressuposto de que se parte.

Outras situações parecem desafiar a própria adequação: pense-se nas hipóteses em que só os comportamentos independentes de A e B, em conjunto, são aptos a causar o dano, pelo que isoladamente nenhum deles se mostra idóneo a fazê-lo.

Verdadeiramente, o que se pretende salientar é que só um juízo condicional – que elimine ou substitua o que realmente aconteceu por um cenário hipotético – nos permitirá saber se as pretensas causas actuaram em termos confluentes ou alternativos. Pelo que, em rigor, é ao nível da condicionalidade que se definem os contornos dos problemas com que nos confrontamos ao nível da causalidade cumulativa.

²⁴³⁷ Cf., sobre o ponto, PEREIRA COELHO, *O problema da causa virtual...* cit., p. 24 e ss.; VAZ SERRA, “Obrigação de indemnização...”, ... cit., p. 92 e ss.; PAULO MOTA PINTO, *Interesse contratual negativo...* cit., p. 635; 687; 675; e especialmente p. 652, nota 1858; ID. “Sobre condição e causa...”, ... cit., p. 3, nota 9; ANTUNES VARELA, *Das obrigações...* cit., I, p. 921 e ss.; MENEZES CORDEIRO, *Direito das Obrigações...* cit., II, p. 415 e ss.

²⁴³⁸ Acerca da inclusão do problema da causalidade virtual no círculo mais amplo da causalidade cumulativa, veja-se o depoimento de PEREIRA COELHO, em *O problema da causa virtual...* cit., p. 23: “o problema da causa virtual (...) pressupõe de algum modo uma concorrência de processos ou séries causais. Simplesmente, um dos processos atingiu o seu termo e produziu realmente o efeito de que se trata; o outro tê-lo-ia justamente produzido se por hipótese (hipótese que não se verificou) o primeiro não tivesse tido lugar. O processo da causa real, impedindo o facto hipotético de ser efectivamente causal, influiu portanto de alguma maneira no curso da série casual hipotética”.

Cf., ainda, a distinção de KNAPPE, *Das Problem der überholenden Kausalität*, ... cit., p., p. 10, entre a causalidade concorrente em sentido estrito e a causalidade concorrente em sentido amplo, que abrangeria, também, as hipóteses de causalidade virtual. KNAPPE delimita a *überholende Kausalität* de fórmula próximas (*Mitverursachung* e *Unterbrechung des Kausalzusammenhangs*) que integra no mesmo grupo de situações que se caracterizam pelo facto de vários eventos se apresentarem em relação com o dano [Note-se que KNAPPE entende que só podemos falar de *überholende Kausalität* quando a *Reserveursache* se traduza num evento hipotético não excepcional, devendo negar-se a qualificação nas situações que ela vem a causar um dano na realidade. Cf. KNAPPE, *Das Problem der überholenden...* cit., p. 10 e NEUMANN-DUESBERG, “Einzelprobleme der überholenden Kausalität”, *Juristenzeitung*, 10, Heft 9, 1955, p. 263. Saliente-se, igualmente, a preocupação de KNAPPE de distinguir a *überholende Kausalität* dos casos de *Unterbrechung des Kausalzusammenhangs* (cf. *Das Problem der überholenden...* cit., p. 16). Para uma crítica aos termos da distinção, veja-se, uma vez mais, NEUMANN-DUESBERG, “Einzelprobleme der überholenden Kausalität”, ... cit., p. 264. Para o autor, KNAPPE parece esquecer que a *überholende Kausalität* e a *Unterbrechung des Kausalzusammenhangs* não se excluem mutuamente].

Duas notas se tornam, a este ensejo, prestimosas. Por um lado, nem sempre será fácil a distinção entre a causalidade hipotética e a causalidade concorrente alternativa. Sobre o ponto, sublinhando o mesmo, veja-se, ainda, PEREIRA COELHO, *O problema da causa virtual...* cit., p. 25 e nota 7, onde esclarece que dúvidas se não levantam no tocante à delimitação do problema face à concausalidade (causalidade conjunta), porquanto nesta nenhum dos factos se mostra apto a por si só produzir o dano, e NEUMANN - DUESBERG, “Einzelprobleme der überholenden Kausalität”, ... cit., p. 263. Note-se que, para o autor, o

cerne da *überholende Kausalität* não reside, como KNAPPE erradamente pensou, na causa hipotética. Assim, segundo NEUMANN–DUESBERG, necessário para a *überholende Kausalität* é a existência de um *hypothetischer Schadenseintritt*, mais do que de uma *hypothetischer Ursache*. Para ele, se a causa hipotética se tornar eficaz na realidade causal, do ponto de vista da existência da *überholenden Kausalität* tal é insignificante. NEUMANN–DUESBERG considera que KNAPPE terá exagerado na exigência de que a *Reserveursache* não possa ter qualquer eficácia como resultado. Para o autor, a *überholende Kausalität* também se verifica quando aquela tem eficácia como *Mitursache*. [cf. p. 264].

Por outro lado, importa referir que a formulação do problema nos moldes em que nos é comunicado torna urgente a tarefa, aliás encetada também pelo jurista pátrio, de circunscrição das verdadeiras hipóteses de causalidade virtual, posto que, não concebendo nós o mundo em sentido determinístico, sempre haveria lugar à imaginação de um facto alternativo para a produção do mesmo resultado. Sobre o ponto, distinguindo linguisticamente a causa virtual do facto virtual, veja-se PEREIRA COELHO, *O problema da causa virtual...* cit, p. 26, nota 9. [Para uma detida consideração dos pressupostos do problema, cf., na mesma obra, p. 55 e ss. Sublinhe-se, como garante da inteligibilidade discursiva, que o autor se orienta pela ligação do comportamento do lesante ao dano consequência, contornando assim algumas das críticas que com acerto lhe poderíamos dirigir. Sem que, contudo, tal obste a que assumamos uma perspectiva *ex ante* que, com sentido imputacional, procure determinar qual a relevância das causas hipotéticas para o estabelecimento da conexão entre o comportamento e a lesão do direito subjectivo. Aliás, em bom rigor, classicamente, a problemática da relevância da causa virtual era tratada em sede de causalidade, não sendo levantado o véu da sua intencionalidade em sede de cômputo do dano. Acusando a perspectiva de superficial, PEREIRA COELHO acaba por dizer que “nada nos diz que a causa hipotética, que não tem o relevo de excluir a causalidade do facto para o dano, não tenha o relevo de influir no montante do dano causado pelo facto”, perguntando, então, se “na avaliação deste dano não deverá ter-se justamente em atenção que uma outra circunstância, se não fosse o facto, o teria igualmente provocado?” – cf. p. 114, onde se mostra, então, de forma translúcida que o jurista se orienta pela indagação do dano consequência para lá da tematização da própria causalidade: “é claro que o problema da relevância negativa da causa hipotética não é um problema de causalidade. A sua elucidação situa-se agora no capítulo da doutrina da responsabilidade dedicado ao cálculo ou à avaliação do dano a indemnizar” – cf. p. 115.

Apontemos alguns desses requisitos: 1) é necessário que a causa real do dano tenha efectivamente fundado a obrigação de indemnização de uma pessoa – cf. p. 56; 2) o problema da relevância negativa da causa hipotética só se levanta em relação ao dano efectivamente provocado pela causa operante e não em relação ao provocado pela causa virtual (cf. p. 57-58); 3) o problema da relevância negativa da causa hipotética só se levanta se a intervenção da causa virtual foi na verdade só hipotética, não efectiva, para o dano provocado pela causa real (cf. p. 67); 4) o dano tem de se poder verificar igualmente, sem a causa real, por força da causa hipotética (cf. p. 69), considerando PEREIRA COELHO inúmeras ramificações desta ideia, eivadas de um grau de complexidade não despidendo. Assim, é necessário mostrar-se que a causa hipotética se teria verificado se a causa real não tivesse intervindo, isto é, que a causa hipotética não se verificou em consequência da causa real e que teria ocorrido na ausência desta, questionando-se, então, se a essa consequencialidade basta a condicionalidade *sine qua non* ou se se exige, outrossim, a adequação (cf. p. 69-71), para se considerar, então, preferível a segunda hipótese considerada. “Para se poder afirmar que a causa hipotética, se não fosse a causa real, teria provocado igualmente o dano, é necessário que tenha sido justamente a causa real que impediu a causa virtual de provocar o dano” (p. 76).]

Aliás, a própria causalidade concorrente ou cumulativa, aqui compreendida em termos amplos e despida do rigor terminológico com que adiante a cobriremos, envolverá uma tarefa prévia de determinação da causalidade, porquanto a condicionalidade será, bem o sabemos, sempre múltipla. Donde se concitam dúvidas, dado nem sempre a segunda causa, concorrente ou alternativa, real ou virtual, provir de um comportamento humano, tido como ilícito e culposo. Ou seja, deve a causalidade adequada derramar-se sobre as restantes condições/causas que não provenham do comportamento do lesante? Quando se fala de causalidade concorrente estar-se-á a falar tão-só de condicionalidade concorrente, perdendo-se, assim, o sentido da equivalência de que putativamente se partiu? Repare-se que, se do ponto de vista da causalidade interrompida, a solução para a aporia poderia passar pela identificação da sequência causal interruptiva, o mesmo alicerce argumentativo inexistente por referência às situações de causalidade cumulativa. Nestas o excursão dialógico teria de partir sempre da identificação não de duas causas, mas de dois processos causais, mostrando-se, assim, claramente a imprestabilidade de um posicionamento metodológico normativístico que parta da norma para o caso e não releve deste todas as especificidades que o integram. E, aí, restam-nos duas consequências. Ou se afere o sentido da adequação por referência a essa segunda causa, soando estranho à doutrina, porquanto ela, em rigor, parta dos índices de cognição do agente no momento da prática do facto, podendo a segunda causa não ser humana; ou se deambula entre a condicionalidade e a causalidade, miscigenando-se os conceitos, ora com prejuízo do sentido

No que à primeira respeita, não existe em rigor uma duplicidade de causas efectivas na produção do dano, antes se assistindo à eficácia causal de uma única acção para a emergência daquele, discernindo-se, contudo, que o mesmo se verificaria por meio de outro facto independente²⁴⁴¹. E o que vai questionado é, então, em que medida,

imputacional devido, ora com prejuízo da própria condicionalidade que os autores pretendem salvaguardar como requisito mínimo do ressarcimento.

Referindo-se de certo modo ao problema, embora o apresente com contornos diferentes e lide com ele em termos dissonantes, veja-se PEREIRA COELHO, *O problema da causa virtual...* cit., p. 27, nota 13. Salienta, aí, o insigne civilista que “o problema da delimitação do conceito de causalidade interrompida tem ainda outro lado: o da delimitação (...) em face dos casos de falta de causalidade (de falta de causalidade adequada do 1º facto para o efeito final verificado). Se, por exemplo, A feriu B muito ligeiramente, mas este morreu em consequência de uma imperícia escandalosa do médico que o tratou, é claro desde logo que não se pode falar de uma interrupção do nexos de causalidade”. E mais à frente acrescenta que “não haverá aqui, assim, causalidade cumulativa nem causalidade hipotética interrompida”, tornando claro que, da sua perspectiva, o problema da condicionalidade, para o qual remete as hipóteses sobre que se debruça, se distancia do problema da causalidade adequada. E mostrando que, em última instância, será aquela a ditar a solução do caso. Acresce que, se a concorrência só faz sentido em relação a causas tidas por adequadas, e sendo as condições sempre plúrimas, fica por saber por que razão só se indaga da adequação por referência a algumas delas. Ou seja, parece haver um salto dialógico não fundamentado. Isto é, a relevância jurídica da putativa causa a que acedemos pela intelecção das exigências constitutivas da juridicidade que pressupomos, não sendo aqui considerada, parece deixar sem ancoragem segura a indagação de que se lança mão. É certo que o autor, no tocante à causalidade interrompida, forja três pressupostos: 1) *um nexos de causalidade adequada entre o 1º facto e o efeito final verificado*; 2) *que o 2º facto seja independente do primeiro, no sentido que na seja uma sua consequência adequada*; 3) *que o segundo facto tenha provocado o efeito independentemente do primeiro, de tal maneira que só a eficácia causal do 2º facto tenha operado o dano verificado*. (cf. *O problema da causa virtual...* cit., p. 28, nota 13). Contudo, os índices de aferição da interrupção acabam aí por nos conduzir ao mecanicismo que *ab initio* denunciámos. A resvalar noutras dificuldades de maior. Pensemos no clássico exemplo de A que, sendo ferido por B, é internado no hospital onde contrai uma doença mortal. Sendo consensual na doutrina que há aqui interrupção do nexos de causalidade, pergunta-se se será o segundo facto verdadeiramente independente do primeiro ou se será uma consequência adequada? E será que o efeito do segundo foi, de facto, causado independentemente do primeiro, não se podendo pressupor que a debilidade da vítima, gerada com a agressão, foi de molde a potenciar a infecção? E se nenhum destes dados foi apurado, porquanto insindicável na maioria das vezes, poderemos ainda assim falar de interrupção da conexão previamente esboçada? Sobre o ponto, respondendo a esta crítica, veja-se PEREIRA COELHO, *op. cit.*, p. 32.

Sobre o ponto, veja-se, ainda, HORST NEUMANN-DUESBERG, “Einzelproblem der überholenden Kausalität“, ... cit., p. 263; FIKENTSCHER, *Schuldrecht...* cit., p. 343 e FIKENTSCHER/HEINEMANN, *Schuldrecht...* 10. Aufl., cit., p. 341; VIEWEG, „Schadensersatzrecht“... cit., p. 391 e ss.

²⁴³⁹ Cf., a este propósito, DEUTSCH, *Allgemeines Haftungsrecht...* cit., p. 118.

²⁴⁴⁰ Cf., a este ensejo, ESTEBAN CASARAVILLE, “La concausa. Su concepto en la doctrina y jurisprudencia nacional y extranjera”, *Revista Juridica de Buenos Aires*, 1969, p. 141

²⁴⁴¹ Cf. HUBERT NIEDERLÄNDER, “Schadensersatz bei hypothetischen Schadensereignissen”, ... cit., p. 42. [cf., também, „Hypothetische Schadensereignisse“, ...cit., p. 617 e ss.]

Várias são as hipóteses, a partir daquele enunciado, sistematizadas pelo autor: 1) o evento ocorre mais tarde, mas não pode causar o dano, porquanto ele já tenha sido produzido (*Eingetretenes hypothetisches Ereignis*); 2) o evento posterior é impedido através do primeiro, causando o dano se este não ocorrer (*Verhindertes hypothetisches Ereignis*) [cf. p. 42]; 3) Em ambos os casos, o resultado danoso foi causado antes do evento hipotético, sem que tal seja necessário, já que o evento hipotético pode preceder a produção do dano. Considera, pois, o autor que o factor temporal não é determinante na resolução da questão (*Hypothetisches Ereignis vor dem Schadenseintritt*) [cf. p. 43. Sobre o ponto, veja-se, ainda, para maiores desenvolvimentos, ALBRECHT ZEUNER, „Zum Problem der überholenden Kausalität“, ... cit., p. 447 e ss.]; 4) causalidade interrompida (*Fälle angebrochener Kausalität*) [cf. 44-45]; 5) causalidade antecipada (*beschleunigter Kausalität*) [cf. p. 45 e ss.]. Dentro dos casos que mobiliza como guia da sua reflexão, NIEDERLÄNDER propõe-se, ainda, analisar a questão do lucro cessante (*Entgangener Gewinn*) e da omissão (*Schadensstiftung durch Unterlassung*).

pese embora seja certa a causa, é possível afastar a responsabilidade do agente que a põe em marcha pela coexistência, ainda que virtual ou hipotética, de um outro factor causal²⁴⁴². Com o que se tematiza o problema da relevância negativa da causalidade virtual^{2443 2444}. Mas com o que se deixa intocável o sentido positivo da mesma a implicar, por seu turno, que se equacione o que normalmente é cunhado por causalidade interrompida, ultrapassante ou interrupção do nexos de causalidade^{2445 2446}.

Note-se que o autor considera, ainda, não existir nenhum problema quando a causa hipotética posterior é gerada através do primeiro evento causador do dano. Igualmente, exclui os casos nos quais, através de um evento anterior ao comportamento lesivo, já foi comprometido o dano real [cf. p. 50].

²⁴⁴² Este facto virtual foi designado por HECK de *Reserveursach* (causa de reserva) – cf. *Grundriss des Schuldrecht*, Mohr Siebeck, Tübingen, 1929, p. 48. Cf., ainda, LANGE, “Zum Problem der überholenden Kausalität”, *Archiv für die civilistisch Praxis*, 152, 1952-1953, p. 155.

Considerando que o facto virtual pode resultar de um terceiro ou do lesado; pode surgir antes ou depois do evento lesivo, podendo, também, surgir mais tarde na cadeia causal.

²⁴⁴³ O problema é tratado, entre nós, já pela doutrina mais antiga. Assim, e sem embargo de ulteriores referências, nacionais e estrangeiras, cf. PEREIRA COELHO, *Obrigações*. ... cit., p. 168. Adianta o autor que a causalidade virtual ou hipotética não tem relevância negativa, não excluindo a causalidade do facto. Veja-se, ainda, MANUEL DE ANDRADE, *Teoria geral das obrigações*... cit., p. 362.

Com amplo desenvolvimento, que acompanharemos em texto, do primeiro autor citado, veja-se, por todos, *O problema da causa virtual*... cit. e ANTUNES VARELA, *Das obrigações*... cit., I, p. 954

Também no ordenamento jurídico alemão, o tratamento da questão pode retroceder mais de um século. Afirmando isso mesmo, cf. HERMANN LANGE/GOTTFRIED SCHIEMANN, *Handbuch des Schuldrechts*... cit., p. 180.

²⁴⁴⁴ Dando conta de uma alteração na corrente doutrina alemã, cf., igualmente, DIETER MEDICUS, *Bürgerliches Recht*, ... cit., p. 541. Falando da *Reserveursachen* (*hypothetische Kausalität*), a propósito da extensão do dano a indemnizar e não da fundamentação da responsabilidade, distingue duas posições. A uma mais antiga, que aponta no sentido da irrelevância da causa virtual (uma vez que devem ser tidos em conta os danos que, resultando do primeiro evento danoso, eram reais), opõe-se outra, mais recente, acolhida pelo BGH, que olha para o problema valorando os diversos tipos de danos – danos materiais e danos consequenciais –, sendo que a causa virtual seria irrelevante em relação aos primeiros e relevante quanto aos segundos. A posição do autor torna-se clara a páginas 543. Lançando mão de um factor temporal – *Zeitfaktor* –, MEDICUS sustenta que, relativamente ao dano material (*nähere Schaden* ou *Objektschaden*), se deve retomar o argumento do RG, uma vez que os prejuízos já se verificaram e não é possível retroceder no tempo. Índice de ponderação seria, também, a ideia veiculada por outros autores germânicos – e de que à frente daremos nota – segundo a qual não seria justo submeter o lesado a um duplo risco: risco de perecimento da coisa e risco de realização do crédito ligado à indemnização. Já no tocante aos danos consequenciais, o problema que se colocaria seria o da incidência do valor depreciado do bem no cômputo da indemnização. Aceitando como boa a doutrina, MEDICUS cinde os danos imediatos dos danos mediatos.

Vide, também, GRUNSKY, “Hypothetische Kausalität und Vorteilsausgleichung”, *Festschrift für Hermann Lange zum 70. Geburtstag am 24 januar 92*, Stuttgart, Berlin, Köln, 1992, p. 469, considerando que a causalidade hipotética deve ser entendida como um sub-tipo de compensação de vantagens, podendo-se, pois, concluir que o problema é analisado na óptica do dano, não se ancorando especificamente no tópico da causalidade. Cf. a este propósito, a sistematização das lições de LARENZ, *Lehrbuch*... cit. I, p. 522 e ss. Delimitando o problema da causalidade hipotética relativamente ao da compensação de benefícios, cf. HERMANN LANGE/GOTTFRIED SCHIEMANN, *Handbuch des Schuldrechts*... cit., I, p. 182 (na causalidade hipotética estará em causa um benefício irreal; na compensação de benefícios entraria em cena um benefício real).

²⁴⁴⁵ Dando conta das diversas designações que a figura conhece, veja-se PAULO MOTA PINTO, *Interesse contratual negativo*... cit., p. 652, nota 1858 e “Sobre condição e causa...”, ... cit., p. 3, nota 9.

Mostrando-se crítico da formulação *überholende Kausalität*, cf. HUBERT NIEDERLÄNDER, “Schadensersatz bei hypothetischen Schadensereignissen“, ... cit., p. 42, nota 6. [Veja-se, a propósito da questão terminológica, ALBRECHT ZEUNER, „Zum Problem der überholenden Kausalität“, ... cit., p. 441: *überholende Kausalität, hypothetischer Schadensverlauf, Vorliegen einer Reserveursache*. Veja-se, ainda,

do autor, „Rezension, Von Caemmerer, Das Problem der überholenden Kausalität im Schadensersatzrecht“, *Archiv für die civilistische Praxis*, 162, 1963, Heft 4, p. 516 e ss.].

Sobre ela, cf. LANGE, “Zum Problem der überholenden Kausalität”, ... cit., p. 154-155, onde o autor a explica nos seguintes termos „(...) der Schaden auch ohne das schädigende Ereignis durch einen anderen Umstand eingetreten wäre“, apresentando como exemplo „Jemanda beschädigt eine Maschine, einige Zeit später brennt die ganze Fabrikhalle ab.“ [Salientem-se, ainda, as referências de cunho histórico aí contidas. Considera, na verdade, LANGE importante, para a lograda compreensão do desenvolvimento do pensamento jurídico na matéria, o conhecimento do tratamento que a Pandectística dispensou ao problema, com o qual lidou exclusivamente do ponto de vista da causalidade. Cf. também p. 156, para acompanhar a posição da jurisprudência, ainda ligada à visão daquela].

Veja-se, ainda, para a articulação entre a relevância positiva e a relevância negativa da dita causalidade hipotética ou virtual, PEREIRA COELHO, *Obrigações...* cit., p. 166 e ss.; *O problema da causa virtual...* cit., p. 23 e ss. e 28 e ss. [Referindo-se à causalidade virtual, PEREIRA COELHO afirma que “umas vezes o processo da causal real impediu que o processo da causa virtual tivesse início; a série causal hipotética não chegou a nascer como tal. Outras vezes ela já corria na direcção do dano quando o processo da causa real a encontrou; mas este processo, produzindo o dano pela sua parte, impediu a série causal de continuar. E pode ser até que esta série causal já estivesse praticamente acabada, que já não esperasse por qualquer impulso de fora para produzir o efeito e só a causa real tenha impedido a sua conclusão. Como quer que seja, trata-se de uma causa puramente virtual ou hipotética, cuja eficácia causal não chegou a desenvolver-se efectivamente em relação ao dano de que se trata”] e PAULO MOTA PINTO, *op. cit., loc. cit.* Para maiores desenvolvimentos, veja-se, também, PEREIRA COELHO, *O problema da causa virtual...* cit., p. 46 e ss., nota 41. A propósito da relevância positiva da causa virtual, identificada como um problema de interrupção do nexo de causalidade, coloca o autor alguns problemas, quais sejam, “quando o facto interruptivo é uma conduta que induz a responsabilidade de terceiro, o problema de saber se a série causal interrompida é capaz de influenciar a obrigação de indemnizar deste terceiro pelo dano causado [...] não é senão um problema de relevância negativa da causa hipotética. Tais casos, por outro lado, suscitam também (...) o problema de saber se o facto interruptivo é capaz de influenciar a obrigação de indemnizar do autor da série causal interrompida pelo efeito parcial que ela produziu, e este não é senão ainda um problema de relevância negativa da causa hipotética”. Esclarecendo tratar-se de dois problemas distintos e, portanto, não necessariamente solucionados de modo uniforme, o autor adianta que “a resposta que se der ao problema da relevância negativa se pode repercutir indirectamente na solução do problema da relevância positiva”, ou seja, “se se atribuir à causa virtual relevância negativa (se o autor do facto interruptivo se puder liberar da sua obrigação de indemnizar o dano causado invocando a série causal interrompida como causa hipotética que teria provocado igualmente o dano; se o autor desta série causal se puder liberar da sua obrigação de indemnizar pelo efeito parcial invocando o facto interruptivo como causa hipotética que do mesmo modo o teria provocado) mais se justificará a relevância positiva da causa virtual nestes casos – a protecção do interesse do lesado exigirá então porventura que o autor da causa hipotética responda pelo dano que teria causado”.

Para uma análise das críticas formuladas contra a expressão, cf. PEREIRA COELHO, *O problema da causa virtual...* cit., p. 28, nota 14. As alternativas passariam por designações como *perturbação ou alteração do resultado*; *impedimento do resultado*; *impedimento da causalidade*; *impedimento da formação do nexo de causalidade*.

²⁴⁴⁶ Cf. THOMAS PROBST, “La causalité aujourd’hui...”, ... cit., p. 4 (versão digital), lidando com a causalidade hipotética em termos de causalidade ultrapassante e interrompida. Tomando como exemplo o caso do enfermeiro que injecta um medicamento mortal a um paciente, que depois é atropelado e morre, antes que o medicamento produza o seu efeito, PROBST considera que só o automobilista é responsável, porque “o autor da causa hipotética apenas cria um risco e isso não é suficiente para fundar a responsabilidade”. Duas notas urgem a este propósito. Em primeiro lugar, à luz do modelo imputacional por nós delineado, diríamos que, havendo prova da causalidade real, o enfermeiro veria a sua putativa responsabilidade excluída. Em segundo lugar, convém frisar que o autor distingue a causalidade *outrépassante* da causalidade *dépassant*: a causa inicial produz todos os seus efeitos e o dano realiza-se, pelo que uma causa subsequente não pode ter relevância. É o caso de uma empregada que deixa, por negligência, morrer um animal doméstico, deflagrando depois um incêndio que causa a morte de todos os bichos e também causaria a daquele. A págs. 6, PROBST questiona se não será supérflua a cisão entre a *causalité dépassante* e a *causalité outrépassante*, sendo suficiente o conceito de ruptura do nexo causal para regular as hipóteses em análise, para, logo em seguida, responder em sentido negativo. Para ele, dogmaticamente, as duas hipóteses são diversas, mesmo que a solução – responde aquele que efectivamente causou o dano – possa ser coincidente. Acresce que a interrupção do nexo causal não releva ao nível da causalidade natural, mas da causalidade adequada.

Avulta, também aí, a nota da virtualidade ou carácter hipotético de uma das causas – a primeira posta em marcha –, que não se chega a verificar, porque a sua eficácia é interrompida pela interposição de uma causa superveniente que acaba por ser determinante²⁴⁴⁷.

PEREIRA COELHO, a propósito da relevância positiva da causa virtual, mostra-se céptico na sua afirmação^{2448 2449 2450}. Tão céptico que, mobilizando os argumentos tradicionalmente predispostos para a defesa dela, acaba por afastá-los pontualmente.

²⁴⁴⁷ Sobre o ponto, escreve PEREIRA COELHO, *Obrigações...* cit., p. 167, “saber se o autor desta causa é obrigado a indemnizar os danos que o seu facto teria provocado se não fosse a causa real, que os provocou efectivamente. É o problema da interrupção do nexos de causalidade. Note-se, no entanto, que a interposição de uma segunda condição de verificação do dano pode consubstanciar um caso de causalidade indirecta. Se estivermos diante de uma verdadeira causalidade interrompida, então teremos de considerar que a causa virtual não tem relevância positiva e o dano deve ter-se como consequência do segundo facto (do facto interruptivo)”.

Em sentido concordante, no horizonte discursivo contrafactual, veja-se, ainda, PAULO MOTA PINTO, *Interesse contratual negativo...* cit., p. 652, nota 1858 e “Sobre condição e causa...”, ... cit., p. 3, nota 9. Para uma distinção entre a causalidade interrompida e a causalidade indirecta, cf. PEREIRA COELHO, *O problema da causa virtual...* cit., p. 29 e ss. Diz-nos o autor que “há interrupção sempre que o segundo facto foi independente do primeiro. Suponhamos que o facto A teria provocado o efeito B, se o facto A’ não o tivesse produzido antes. Distinguem-se aqui três hipóteses: a) Entre A e A’ não há sequer uma relação de condicionalidade; A não foi mesmo *conditio sine qua non* de A’; b) Entre A e A’ existe uma relação de condicionalidade, mas não de causa adequada; c) Entre A e A’ há não só uma relação de condicionalidade como também uma relação de adequação”. Para o autor, só nas duas primeiras hipóteses se poderia falar de interrupção, e já não na última, para a qual A’ foi dependente de A. Ilustra a situação com o caso de A ter deixado o livro de B em cima da mesa do café onde o mesmo foi roubado. Esclarece, portanto, que “A-A’-B, a mediação do termo A’ não significará uma interrupção, mas justamente, bem o contrário, uma fase ou termo do processo causal A-B”. Assim, haveria lugar a uma causalidade concorrente e não a uma causalidade interrompida, única solução consonante com a indemnização dos danos indirectos, segundo a lição ali colhida.

Para ulteriores considerações acerca do ponto, veja-se o desenvolvimento destas ideias em texto.

²⁴⁴⁸ Cf. PEREIRA COELHO, *O problema da causa virtual...* cit., p. 47, nota 41.

Acompanhemos, então, o debate acerca do problema.

Invocar-se-ia, em primeiro lugar, a “analogia com os casos de causalidade cumulativa” [a propósito da causalidade alternativa, veja-se BYDLINSKI, *Probleme der Schadensverursachung...* cit., p.32, 65 e 66. Sobre o ponto, *vide infra* o apontamento relativo ao pensamento do autor acerca da matéria. Cf., igualmente, a crítica que LARENZ lhe dirige – v. *Lehrbuch...* cit. I, p. 527, nota 12]. É que também nestes casos o dano se verificaria da mesma forma sem um dos factos e, não obstante, a lei considera pacífica a responsabilidade solidária dos vários responsáveis. Ao que PEREIRA COELHO contrapõe que “a pretensa analogia é ilusória. Não deve esquecer-se que nos casos de causalidade cumulativa a eficácia causal de cada um dos factos cooperou para o efeito concretamente verificado (...)”. Ao que acresceria que “poderá ter-se como injusta a solução tradicional do problema da causalidade interrompida no sentido da irrelevância da causa hipotética. Primeiro, injusta do ponto de vista do autor da série causal interrompida. Injusta logo em si mesma, por permitir que o autor da série causal interrompida venha tirar vantagem do facto de outra ser igualmente uma acção danosa; ou de todo o modo se prevaleça de outro facto eventual, como um caso fortuito que interrompeu a série causal produzindo o dano pela sua parte (...) Depois, pode dizer-se que a solução é injusta porque dá lugar a desigualdades de tratamento injustificáveis entre casos iguais”. Mas também quanto ao ponto PEREIRA COELHO acaba por se mostrar céptico, afirmando então, no cumprimento do ónus da contra-argumentação, que “a circunstância de uma conduta produzir ou não produzir o dano depende realmente da sorte ou da falta de sorte (...). Mas o acaso faz parte da vida: é *assim*. O sentido da argumentação exposta só pode ser o de que não se compagina com a ideia de sanção a atendibilidade de tais circunstâncias puramente fortuitas ou eventuais. Ora, sem dúvida que isso é exacto, e não seremos nós a apoucar o relevo da ideia de sanção. Mas sem dúvida que seria ir longe demais pretender que o regime da obrigação de indemnizar fosse determinado em primeira linha em ordem a esta ideia” (cf. p. 48) e bem assim que “quanto ao segundo aspecto da argumentação (...) deve pensar-se que

não é só aqui que condutas iguais causam danos diferentes, correspondendo-lhes, portanto, indemnizações diferentes (...). [cf. p. 49]

É ainda de injustiça que fala o terceiro argumento avançado, considerando-se que a solução sê-lo-ia do ponto de vista da vítima. Nem por isso PEREIRA COELHO se deixa sensibilizar, entendendo, em contraposição, que, “se o facto interruptivo foi um caso fortuito, o argumento não merece muita atenção (...). Neste caso, obrigar o autor do 1º facto a indemnizar o dano que teria causado seria proporcionar um lucro à vítima (...). Se o facto interruptivo [...] foi [...] uma conduta que induziu a responsabilidade do terceiro, a resposta que imediatamente ocorre é que a vítima pode pedir a indemnização do dano a esse terceiro” [cf. p. 49]. Salientando, porém, a superficialidade da réplica lançada, o autor não hesita em salientar que em muitos casos não há o direito à indemnização contra o autor do facto interruptivo. No desenvolvimento da sua ideia, PEREIRA COELHO orienta-se para a consideração do dano consequência, como bem se nota pela chamada à colação do exemplo de que aqui damos conta: o caçador mata a tiro um cão que tinha sido envenenado pouco tempo antes por outra pessoa. É que, segundo o seu depoimento, “o facto do caçador, matando-o a tiro, não teve por consequência qualquer diminuição do património do dono do cão”. É o cálculo do dano, e do *quantum* indemnizatório, que entra em jogo. O que, se não quisermos arredar desta nota o testemunho do autor no tocante ao efeito parcial já produzido pelo processo causal interrompido, a viabilizar o ressarcimento, não deixa de concitar algumas dúvidas.

Embora disso já tenhamos dado conta, num outro ponto, importa agora retomar as considerações expandidas quando nos debruçámos especificamente sobre a doutrina da causalidade adequada.

Tratando-se especificamente de saber se o agente deve ou não suportar os prejuízos provocados pelo efeito parcial que se produziu antes da interrupção aludida, tem-se afirmado na doutrina o princípio da responsabilidade pelo efeito parcial. Em causa estaria sobretudo uma argumentação ligada ao problema do cômputo do dano a ressarcir. Sem que falte o alerta do autor para os problemas que o critério comporta. São suas as palavras: “no caso de danos pessoais, não se pode propriamente falar de uma diminuição do valor da pessoa. Mas a ideia continua a ser fundamentalmente exacta. Se A fere mortalmente B, mas este, já moribundo, vem a morrer em consequência de um tiro de C sem qualquer relação com a agressão de A, também aqui não pode deixar de ter-se em atenção que se C realmente causou a morte como evento de ordem física, juridicamente apenas antecipou a morte de B por alguns momentos, e assim (abstraindo talvez do maior dano moral sofrido pela família de B) não causou porventura qualquer dano. Também aqui seria errado identificar o dano causado por A simplesmente com os danos resultantes dos ferimentos (conta do médico...); se da agressão de A resultaria a morte como consequência próxima e irremediável, ficou a ser desde logo certo que B não tiraria mais quaisquer proventos da sua capacidade de trabalho; os prejuízos materiais causados pela morte de B pode dizer-se que nasceram logo (como danos presentes ou futuros; mas certos) em consequência da agressão de A. De tudo isto resulta, em conclusão, que muitas vezes o princípio, correctamente aplicado, da responsabilidade pelo efeito parcial realmente produzido conduzirá praticamente às mesmas consequências a que levaria a ideia de responsabilizar o autor da série causal interrompida (dando relevância positiva à causa hipotética) pelo dano que teria causado”.

Continuando a acompanhar o excuro do autor: “a ideia da diferença (...) apenas levaria (...) à seguinte consequência: A seria obrigado a restabelecer a situação que agora existiria se não tivesse agredido B. E portanto A estaria obrigado, apenas, segundo a ideia de diferença, a indemnizar aquelas consequências danosas já caracterizadas (despesas feitas com o tratamento das feridas; lucros cessantes derivados da incapacidade de trabalho de B ...) que não se teriam igualmente verificado se não fosse o seu facto. Não estaria obrigado a mais. Não estaria, por exemplo, obrigado a indemnizar as despesas feitas pela família de B com o seu funeral; ou os proventos que B tiraria do seu trabalho a partir da agressão de C. E, todavia, em toda aquela zona de casos (...) onde à causa virtual se não reconheça relevância negativa, A será obrigado a indemnizar também por estas últimas consequências danosas, sem embargo de que elas se teriam verificado da mesma maneira se não fosse o seu facto. Ora bem (podia dizer-se): assim como a ideia de diferença aqui não é obedecida e A (...) responde (...) também por estes últimos danos – assim da mesma maneira não haverá obstáculo a que A seja responsável pela morte de B. Se uma tal solução contraria a ideia da diferença, explicar-se-á também por uma ideia de responsabilidade” [cf. p. 51]. Mas o autor contesta, negando a analogia entre as situações, porque “A causou efectivamente todas as consequências danosas resultantes dos ferimentos, ainda aquelas que se teriam verificado igualmente se não fosse o seu facto por causa da agressão de C; mas não causou a morte de B (...)”, e “o relevo da ideia de sanção tem de conter-se necessariamente nos limites do dano causado”.

O uso do verbo alheio já vai longo, mas, a um tempo, justifica-se pela impressividade do que fica escrito e motiva ulteriores considerações de indisfarçável importância.

PEREIRA COELHO orienta-se pela lupa do dano consequência. E deixa em branco a problemática do dano evento, ou seja, da lesão do direito subjectivo absoluto, se à primeira modalidade de ilicitude nos

ativermos. Bem se compreende, assim, que o problema seja solucionado de molde a garantir a justiça comutativa do ressarcimento. Só que, bem vistas as coisas, não podemos olvidar que o autor reconhece a existência de casos em que essa solução – acoplada à indemnização do dano realmente criado pelo sujeito que põe em marcha o processo causal interrompido – pode ou não ser realizável pela indefinição daquele, já que ele se funde com o dano subsequentemente gerado pelo processo causal interruptivo, ou conduzir a situações que, em termos práticos, não distam do reconhecimento da relevância positiva da causa virtual. Ora, nestas hipóteses questionamos: qual o sentido fundador dessa responsabilidade se, em bom rigor, o problema da relevância positiva só se coloca a jusante, depois de se concluir pela interrupção do nexo de causalidade e, portanto, pela inexistência dela do ponto de vista da adequação? Somos, é certo, sensíveis ao argumento de PEREIRA COELHO que reforça o carácter aleatório da produção danosa. E sabemos que ele faz parte da estrutura da *realitas* que funciona como horizonte telúrico de actuação humana. Mas continuamos a salientar que não pode ser apenas a aleatoriedade a justificar a imputação, porquanto com isso de pouco ou nada distaria a liberdade humana do comportamento do reino animal. Ponto charneira em todo o nosso diálogo tem sido, pois, a fundamentação ético-axiológica da responsabilidade, de que a indemnização é apenas a parte mais visível, e portanto, ainda que teleologicamente ela se confine à comutatividade que o autor chama à colação, sempre se dirá que não pode ser esta por si só a ancorar a obrigação. Donde, soa estranho que se exclua a responsabilidade do agente e se venha a fazer impender sobre ele uma sanção com contornos idênticos à que se desenharia se não se tivesse excluído a relevância delitual do seu comportamento.

É claro que a responsabilidade se estende ao dano que já se tinha concretizado. Mas, sendo este o dano subsequente e havendo hipóteses em que o que ocorre não é mais do que um agravamento do primeiro dano experimentado, como estabelecer a cisão sem se resvalar num mecanicismo inconsonante com a teleonomologia responsabilizatória? Até porque a causalidade se queda numa relação de exterioridade entre o agente e o que se situa fora da sua esfera. Não estaremos com isto a relegar para a condicionalidade a decisão final abdicando da dimensão imputacional que nos é tão cara?

Repare-se que não contestamos a justeza da decisão a que assim se chega. Simplesmente cremos que ela perde razão de ser se prescindirmos do alicerce que encontrámos na personalidade livre.

Sobre o problema da relevância positiva da causa virtual, cf., ainda, LANGE, “Zum Problem der überholenden Kausalität”, ... cit., p. 153 a 168 [163] (que nega a sua relevância).

Para uma análise do problema da causa virtual atinente ao lucro cessante na sua conexão com a causalidade hipotética, cf. HUBERT NIEDERLÄNDER, “Schadensersatz bei hypothetischen Schadensereignissen”,... cit., p. 51 e 52. Particularmente interessante é o raciocínio do autor que vem afirmar que, ao lado do lucro cessante como dano indemnizável, se devem ter também em conta as circunstâncias posteriores ao evento danoso que resultam na diminuição do dano, alertando, contudo, que as mesmas não são hipotéticas, porque provocam realmente o dano, já que este, quando assume a forma de lucro cessante, não nasce temporalmente no momento da lesão, embora se deva reconduzir a esse ponto. E esta parece ser um aspecto relevante, já que, se um evento posterior elimina o lucro, o primeiro evento deixa de ser causal em relação a ele, o que implica que o problema da causalidade hipotética só surge relativamente ao lucro cessante quando o posterior evento se conexe com o mesmo pressuposto dele, o qual deve ser eliminado pelo primeiro evento danoso. [Para maiores desenvolvimentos, cf. p. 51 e ss., apresentando uma interpretação do § 252 BGB que viabilize a tese proposta, e p. 53 e ss., oferecendo o traçado interpretativo do § 249 BGB. Na verdade, o autor consegue, com a distinção entre factores efectivamente causais e factores hipotéticos, afastar o problema que resulta do facto de não ter justificação a consideração dos factores ulteriores quando redundam numa vantagem para o lesado e a inconsideração deles quando traduzam uma desvantagem. Contrária, assim, um dos argumentos tradicionalmente aduzidos para defesa da tese da relevância. Argumento análogo é mobilizado para contornar a questão da variação do valor da coisa posteriormente à ocorrência do dano, a influenciar o cálculo da indemnização. Nesse sentido, veja-se p. 58 e ss.]

Veja-se, ainda, a p. 53 e ss. a análise do problema sob a óptica da doutrina da diferença (em especial, a análise em torno da argumentação expendida a propósito do § 249º BGB. Sobre o ponto, cf., igualmente, LANGE, “Zum Problem der überholenden Kausalität”, ... cit., p. 159 e ss. e ALBRECHT ZEUNER, „Zum Problem der überholenden Kausalität“, ... cit., p. 441-442. Referindo-se ao § 252 e à argumentação que em torno do preceito se expende a propósito da causalidade virtual, cf. p. 443 e ss.)

Continuando o seu excurso, NIEDERLÄNDER especifica a ideia de responsabilidade pelo resultado, já que não se pode deixar a imputação dependente do que não aconteceu, funcionando o argumento no sentido quer do agravamento dela, quer da sua atenuação [cf. p. 55-56], e detém-se na ponderação do problema sob a óptica do risco. A questão passa pela análise da duplicação ou não do risco para o credor que envolve a consideração da causalidade hipotética. É, aliás, este o alicerce fundamental onde escora a defesa da tese da irrelevância da causalidade hipotética. O autor mobiliza o risco para lidar com o

problema da relevância negativa da causa virtual. Assim, considera que qualquer proprietário suporta um risco de perecimento da própria coisa que é transferido para o lesante sempre que um terceiro dê causa àquela destruição e possa por isso ser responsabilizado. O primitivo risco transmutar-se-ia, então, para um outro, de índole obrigacional – o risco de não cumprimento da obrigação por parte do devedor constituído – ao que se alia uma panóplia de outros riscos, que o acompanham no seu dia a dia. Considerar relevante a causa virtual implicaria duplicar o risco que impende sobre aquele crédito, voltando a recair sobre o lesado o risco de perecimento hipotético da coisa caso ela não tivesse sido lesada [cf. p. 54 e ss. Veja-se, ainda, *supra*, a referência ao entendimento crítico derramado por PEREIRA COELHO sobre a posição e ALBRECHT ZEUNER, „Zum Problem der überholenden Kausalität“, ... cit., p. 444, apreciando o posicionamento. V., também, a referência à teoria em DIETER MEDICUS, *Bürgerliches Recht*, ... cit., p. 542].

No fundo, a consideração do problema à luz do conceito de dano e a assunção da doutrina da diferença como critério definitivo daquilo conduziriam a aceitar a ideia de relevância da causa virtual, tornando-se, assim, incontornável, para os autores que por aqui se orientam, lidar quer com a *Differenztheorie* [sobre o ponto, em sentido crítico, cf. PEREIRA COELHO, *O problema da causa virtual...* cit., p. 127, na medida em que a relevância da causa virtual operante depois da ocorrência do dano real só se justificaria quando verificados dois pressupostos – o momento do cômputo da indemnização seria deferido para momento posterior e ter-se-iam de ter em conta todas as circunstâncias para além da conduta abstraída – e *quod erat demonstratum*], quer com a ideia de lucro cessante [sobre o ponto, cf. autores e obras citados]

Note-se, ademais, que a perspectiva da questão à luz do dano altera sobremaneira os dados do problema. Situando-nos, momentaneamente, no quadro da doutrina tradicional, e fazendo apelo à dualização entre o dano real e o dano patrimonial, só olhando para este – e portanto entendendo a questão à luz do problema do cômputo – pode ser de molde a justificar a relevância da causa hipotética, já que o primeiro se esgota aquando da sua emergência, não ficando submetido às variações circunstanciais posteriores. O que, reportando-nos agora ao modelo ressarcitório em que nos alicerçamos, não pode deixar de ser sublinhado, uma vez que, se o que está em causa é a prescindibilidade ou não do juízo condicional ao nível da causalidade fundamentadora da responsabilidade, sempre mostrará a irrelevância de um curso causal eventual e, bem assim, a falência do *but-for test*, pelo menos se assumido na sua pureza logicista.

Acerca do argumento do vencimento do direito à indemnização no momento da ocorrência do dano, ficando imperturbável se depois um evento posterior hipotético pudesse vir a gerá-lo de igual modo, cf. LARENZ, “Die Berücksichtigung hypothetischer Schadensursachen bei der Schadensermittlung”, ... cit., p. 491 e ss. (o autor distingue os danos directos dos danos indirectos e mobiliza o argumento atrás referido para justificar a irrelevância da causa virtual no que concerne aos primeiros [cf. p. 491: “Der unmittelbare Schaden ergibt sich aus dem Vergleich des Zustandes, in den das durch die Schadenshandlung unmittelbar betroffene Objekt durch dieselbe versetzt worden ist, und dem Zustand, in dem es sich bei Beginn derselben befand”]. A propósito da dicotomia entre danos directos e indirectos, veja-se, ainda, NEUNER, “Interesse und Vermögensschaden”, ... cit., p. 277 a 314, aqui 311 e ss., considerando que a causa virtual apenas relevaria no caso dos danos indirectos. Pese embora a proximidade entre esta classificação e aquela por nós sustentada, apoiados no testemunho de autores nacionais e estrangeiros, saliente-se a não coincidência dos seus termos. Assim, LARENZ, “Die Berücksichtigung...”, ... cit., p. 493. Na verdade, da conjugação do pensamento de LARENZ e NEUNER podemos deduzir que se orientam exclusivamente pela noção de dano, não obstante a identificação dele, quando directo, por NEUNER, com a lesão do direito ou interesse protegido, resvalando, a partir daí, para uma miríade de dificuldades, entre as quais o não afastamento da pertinência da causalidade hipotética, pelo menos ao nível problemático. É, pois, aqui – na medida em que olhamos para o problema da causalidade à luz de uma ideia de imputação que nos remete para a ideia de nexo de ilicitude – que reside o ponto de clivagem entre o entendimento dos autores e o nosso. Não queremos com isto dizer que não releva a consideração do dano. Pelo contrário, sabemos que, ainda que o princípio da responsabilidade nos imponha a valoração da conduta, esta só ganha significado ao nível civil quando projectada num resultado. Simplesmente, a ligação dele ao comportamento do agente não se pode estabelecer sem apelo à intencionalidade especificamente jurídica e ao sentido ético-axiológico do direito. Saber se releva ou não um putativo acontecimento mais não implica do que determinar qual o montante do dano experimentado, dano esse que, como veremos, terá de se inserir na esfera de interesse tutelado pelo direito violado. No ponto dialógico em que nos situamos, orientamo-nos, em nome da comutatividade que com aquela ideia responsabilizatória joga dialecticamente, pela procura dos critérios de recondução do dano evento à esfera de responsabilidade que se erige em torno do sujeito actuante. Nessa medida, perde sentido a causalidade hipotética. Se algum juízo importa, ele passa pela mobilização do critério do comportamento lícito alternativo que anda longe, intencionalmente, do que aqui vai exposto. Assim, afastamo-nos de uma racionalidade de pendor logicista e contrafactual e obviamos alguns dos inconvenientes que, de forma aporética, têm contaminado o discurso do decidente.

Pois que, em tudo o que se vai lendo, se torna claro que, preocupados com a decisão justa, não conseguem os arautos do pensamento tradicional manter-se fiéis ao patamar da contrafactualidade, tendo de operar o salto para o domínio da decisão justa, pelo que perde sentido – se algum houvesse – a insistência com a ideia de factualidade que aqui parece ser dominante); HERMANN LANGE, “Zum Problem der überholenden Kausalität”, ... cit., p. 158 (referindo-se ao pensamento de autores como LARENZ, COING e NEUNER. Veja-se p. 160, afirmando que, do ponto de vista do direito positivo, não deixa de ser uma ousadia a consideração de dois pontos distintos para o cálculo do dano e p. 161 e ss., evidenciando as dificuldades que persistem, pese embora a proposta larenziana e neuneriana. LANGE considera que a distinção entre os danos directos e os danos indirectos não logra resolver satisfatoriamente todas as hipóteses de causalidade virtual. Assim, entende que, em determinadas situações, o direito à indemnização dos danos indirectos não deve ser prejudicado pela existência de factos virtuais ou hipotéticos. Problemático se torna, então, o caso em que o facto virtual suporta a responsabilidade de um terceiro, aventando-se a possibilidade de aplicação analógica do § 830 I BGB [cf. p. 162-163]. Veja-se, ainda, numa referência ao pensamento dos autores, SCHMIDT, “Rechtsmängelhaftung und überholende Kausalität”, *Archiv für die civilistische Praxis*, 152, 1952/1953, p. 112-138., p. 120 e ss. Rememorando a lição de NEUNER, SCHMIDT define, a páginas 121, o dano directo como “die Verletzung des Rechts oder des geschützten Interesses selbst” e o dano indirecto como “alle weiteren ungünstigen Folgen für den Verletzten” e analisa, a páginas ss., a pertinência da tese do autor, bem como de LARENZ e COING); PEREIRA COELHO, *O problema da causa virtual...* cit., p. 120 e ss. (criticando o apontamento e sugerindo que o momento do cálculo da indemnização deve ser assumido como o último momento processualmente possível. A propósito do momento da determinação do dano, cf. TEDESCHI, “Il danno e il momento della sua determinazione”, *Revista di Diritto Privato*, 3, 1993, p. 254 e ss.)

Cf., também, DIETER MEDICUS, *Bürgerliches Recht*, ... cit., p. 541 e ss.; LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts...* cit., I, p. 526 e ss. (a causa virtual não poderia ser relevante quando o evento hipotético, a existir, conduziria a uma pretensão indemnizatória contra um terceiro. De outro modo, o primeiro lesante ficaria exonerado da responsabilidade, enquanto o segundo lesante não seria responsável porque não gerou o dano. Acresce que a responsabilidade do primeiro lesante se justifica por outro motivo: ele teria impedido a pretensão contra o segundo lesante); DEUTSCH, *Allgemeines Haftungsrecht...* cit., p. 118 e ss. Acerca da questão, numa perspectiva diversa, veja-se, ainda, BASIL MARKESINIS, ANGUS JOHNSTON e SIMON DEAKIN, *Markesinis and Deakin's Tort Law*, ... cit., p. 255 a 257. O tema é sugerido pela análise da relevância de *pre-existing conditions* e *looming threats* e, no que às últimas tange, aduz-se a necessidade de cindir as *future contingencies* das *imminent threats*, estabelecendo-se, embora de forma não rígida, como critério o grau de operatividade delas no momento da ocorrência do evento lesivo, a permitir a analogia com as *pre-existing conditions*, sendo certo que a posição maioritária vai no sentido de considerar que o lesante não deve ser responsabilizado pelos efeitos daquelas.

²⁴⁴⁹ Em termos sistemáticos, acerca da irrelevância da causa virtual, cf. MENEZES CORDEIRO, *Direito das Obrigações...* cit., II, p. 418 e ss., [MENEZES CORDEIRO propõe-se, nas páginas citadas, analisar o problema da relevância da imputação virtual. Para tanto, e no que respeita à relevância positiva, começa por relembrar o disposto no artigo 483º CC, que fala de danos resultantes da violação, quando a causalidade virtual se reporta a um comportamento que não se efectivou. Contesta, porém, que as razões aduzidas no sentido da irrelevância negativa da causa virtual possam ser mobilizadas para sufragar a irrelevância positiva – “se quando existe confusão irreduzível entre os vários possíveis autores de danos, nenhum é responsável, então a aplicação de tal regime ao concurso virtual conduziria a que houvesse, de facto, um regime de irrelevância positiva, mas de relevância negativa: o lesado não poderia pedir contas a ninguém, mas o efectivamente imputado liberar-se-ia da responsabilidade”. No tocante à relevância negativa, o CC indicia, segundo o insigne civilista, uma posição favorável à relevância. Confrontados com os artigos 491º, 492º/1, 493º e 807º/2, o jurista deverá tentar perceber se estamos diante da regra ou de excepções. Ora, “todo o esquema delitual não é perturbado pela causa virtual; mantém-se incólume ainda quando se estabeleça que, na sua ausência, teria operado outra imputação de dano idêntico”. Há que responder a duas questões, tal como ensina MENEZES CORDEIRO: “1) um delito deixa de o ser, perde a natureza de acto ilícito voluntário, sempre que o dano por ele provocado viesse a emergir de outro factor?; 2) a imputação objectiva é paralisada em circunstâncias equivalentes?”, e sempre que as respostas sejam negativas, devemos concluir pela irrelevância negativa da causalidade virtual, que é o que acontece, com excepção dos casos apontados]; BRANDÃO PROENÇA, *A conduta do lesado...* cit., p. 433, considerando que, “ao abandonar o plano da causalidade e centrando a atenção na realidade danosa, a relevância da causa hipotética surge como um efeito forçoso da diferença mommseniana. A colocação da tónica na avaliação do património global do lesado impele o julgador a sopesar o desenvolvimento causal hipotético, que se verifique até ao momento decisivo da liquidação”; PESSOA JORGE, *Ensaio...* cit., p. 417 e ss., afirmando a relevância da causalidade virtual, no tocante ao cômputo dos danos; ADELAIDE

MENEZES LEITÃO, *Normas de protecção...* cit., p. 723, considerando a irrelevância da causa virtual, “salvo se houver analogia material com os casos do artigo 491º, 492º e 493º CC, nos quais funciona uma presunção de culpa”; ANTUNES VARELA, *Das obrigações em geral...* cit., I, p. 921 e ss., (rejeitando a relevância positiva da causalidade virtual, mas problematizando a sua relevância negativa. Quanto a esta, afirma contundentemente que ela não destrói a relação de causalidade adequada entre o dano real e o dano e elenca, quanto ao problema, uma série de conclusões: a causa virtual não releva quando consista num facto de terceiro capaz de constituir o autor em responsabilidade, se tivesse provocado realmente o dano; a questão só se levanta em relação ao dano provocado pela causa real e não quanto ao dano devido à causa virtual, pelo que “se a pessoa atropelada mortalmente era um doente canceroso, cuja vida estava por meses, a capacidade de trabalho que deve ser considerada na fixação da indemnização não pode deixar de tomar em conta o dano já causado pela doença, pondo-se o problema da relevância da causa virtual apenas em relação ao dano imputável à causa real” – p. 928; são excepcionais as soluções em que a lei consagra a relevância negativa da causa virtual – artigo 491º, 493º, 807º/2, 1136º/2, mas mesmo em relação a elas justificar-se-á o regime da irrelevância negativa da causa virtual quando os danos procedam directamente de culpa ou dolo do devedor. Curiosamente, o apontamento crítico do autor permite-nos perceber que verdadeiramente não está em causa um jogo lógico assente na condicionalidade, mas uma ponderação valorativa de condutas e de esferas de responsabilidade, secundando, assim, aquela que é a nossa posição quanto ao ponto); HENRIQUE SOUSA ANTUNES, *Responsabilidade civil dos obrigados à vigilância...* cit., p. 270 e ss. (entendendo que nos artigos 491º, 492º e 493º não existe relevância negativa da causa virtual); ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações...* cit., p. 767 (considera que o autor da causa virtual apenas está obrigado a reparar o efeito parcial porventura produzido, de que o seu facto foi causa real ou operante. Por exemplo, o cavalo de B é envenenado por A; C abate-o a tiro; a morte do cavalo foi produzida pelo tiro de C, mas não se pode dizer que este tenha causado qualquer dano a B, porque o cavalo morreria de seguida. Portanto, o dano que corresponde ao valor do cavalo gerou-se em consequência do facto de A e não do facto de C. A responsabilidade de A não resulta de se atribuir relevância à causa virtual, mas tão-só de dever ser responsabilizado pela diminuição do valor do bem – cf. p. 768/769, nota 3. Assumamos como ponto de partida de uma reflexão apurada o exemplo oferecido por ALMEIDA COSTA. Há diversas hipóteses a considerar. Sabemos que o cavalo é envenenado por A e morto a tiro por C. A, com o seu comportamento, cria uma esfera de risco/responsabilidade, na qual se integra o resultado morte. Esta resposta só estará, contudo, completa se cotejarmos a esfera de responsabilidade de A com a esfera de responsabilidade de C. Imaginem-se, então, diferentes cenários. C abateu o animal para evitar o seu sofrimento. A sua esfera de responsabilidade é absorvida pela esfera de risco de A. Se tal não ocorrer, e pudermos claramente individualizar as situações, então A é responsável pela danificação do objecto e C é responsável pelo seu perecimento absoluto. Há duas lesões, ou seja, mais do que um dano evento, não se gerando responsabilidade solidária – cf. ZIMMERMANN/KELINSCHMIDT, “Successive events outside the victim’s sphere”, 2. Germany, *in Digest...* cit., p. 484, considerando que, “se o dano atribuído ao potencial segundo lesante exceder o causado pelo primeiro lesante, não emerge o problema da causalidade hipotética, sendo o segundo responsável pelo dano adicional”. Ao nível da determinação do *quantum* indemnizatório, porque a utilidade do bem sobre o qual o direito de propriedade incidia estava diminuída, deve ser reduzido o ressarcimento. Caso não se consigam individualizar os dois danos, porque, por exemplo, não é possível determinar até que ponto o evenenamento determinou que o cavalo sucumbisse com um tiro, há um só dano e duas esferas de responsabilidade, sem que nenhuma absorva a outra. Aqui a solução mais justa é a responsabilidade solidária. Repare-se que nada do que expendemos tem a ver com a causalidade hipotética. A este propósito, lembre-se o enquadramento que na obra *Digest...* cit. é feita destes casos. Sob a epígrafe *successive events outside the victim’s sphere*, colocam-se lado a lado problemas atinentes à causalidade virtual – v.g. o comentário ao caso decidido pelo *Bundesgerichtshof* de 13 de Outubro de 1966, p. 483 – e à causalidade cumulativa – cf. caso decidido pela *Cour de Cassation/Hof van Cassatie*, de 6 de Janeiro de 1993, na Bélgica. Cf. também a este ensejo Ac. Relação do Porto de 8 de Julho de 2002, com comentário de ANDRÉ PEREIRA, *Digest...* cit., p. 489: A é proprietário de um imóvel. Em Dezembro de 1999, uma infiltração provocou danos na sala do demandante – tecto e paredes. Em Janeiro de 2000, um incêndio no edifício fez com que as paredes daquele apartamento ficassem todas amarelas. O Tribunal de 1ª Instância considerou que se estava diante de um caso de causalidade hipotética, mas o tribunal de recurso sustentou que havia dois danos diferentes. A via de os reparar seria a mesma: há concorrência de sucessivos eventos e os lesantes são solidariamente responsáveis. V., igualmente *Cars v. Abraham* [1962] 1 QB, *in Digest...* cit., p. 490: A colidiu com o Rolls Royce de B, causando um dano pequeno na frente do automóvel; B considerou que o carro só ficaria bom se toda aquela parte fosse substituída; o custo da reparação é de 75 libras; duas semanas antes, o Rolls Royce tinha estado envolvido noutra colisão, sofrendo um dano que motivou uma reparação do mesmo género; a pessoa responsável pelo primeiro acidente indemnizou em 75 libras; a Court of Appeal

considerou que A não era obrigado a reparar, porque no momento da colisão, o veículo já estava danificado. Sobre o ponto, veja-se, ainda, o artigo 3:104 PETL: 1) se uma actividade causou definitivamente e irreversivelmente danos, uma actividade subsequente que sozinha teria gerado o mesmo dano deve ser desconsiderada; 2) uma actividade subsequente deve ser, não obstante, considerada se conduziu a um dano adicional ou agravado; 3) se a primeira actividade causou um dano contínuo e a segunda actividade mais tarde o teria causado, ambas são consideradas causas do dano continuado desde esse momento em diante.); PAULO MOTA PINTO, *Interesse contratual...* cit., p. 651 e ss.; RIBEIRO DE FARIA, *Direito das Obrigações...* cit., p. 477 e ss. e 494 e ss.; GERALDES DE CARVALHO, “A causalidade...”, ...cit., p. 27 e ss.

A propósito da eventual relevância das causas hipotéticas, cf., ainda, no ordenamento jurídico alemão, e agora de forma mais sistemática, *inter alia*, HERMANN LANGE/GOTTFRIED SCHIEMANN, *Handbuch des Schuldrechts...*cit., p. 180 e ss., considerando que a responsabilidade civil só serve para ressarcir danos que foram de facto atingidos e não para proteger bens que de todo o modo seriam lesados e referindo-se à conhecida dicotomia entre os danos directos e os danos indirectos para efeitos da determinação da relevância da causalidade hipotética; HERMANN LANGE, “Zum Problem der überholenden Kausalität”, ... cit., p. 153; BYDLINSKI, *Probleme der Schadensverursachung...* cit., p. 32 e ss., 65 e ss. e 76 e ss. (lidando com o problema da relevância da causa virtual quando o evento hipotético, a concretizar-se, conduziria à responsabilidade de um terceiro, o autor entende que o primeiro lesante causou o real resultado, mas com a consideração da causa hipotética ele não causou realmente os prejuízos, porque os mesmos teriam surgido sem a sua intervenção. É, portanto, responsável como um possível causador. Também o segundo lesante – hipotético – surge como um possível causador, devendo ser considerados ambos como responsáveis); DEUTSCH, *Allgemeines Haftungsrecht...*, cit., p. 115 e ss.; LEMHÖFER, “Die überholende Kausalität und das Gesetz”, *Juristische Schulung*, 66, p. 337 e ss.; SCHMIDT, “Rechtsmängelhaftung und überholende Kausalität”, ... cit., p. 112; ZEUNER, “Zum Problem der überholenden Kausalität”, ... cit., p. 441 e ss.; DIETER MEDICUS, *Bürgerliches Recht...*cit., p. 541, depondo no sentido da não univocidade de soluções, consoante o tipo de danos em causa (assim, no caso de dano a um objecto, a causalidade hipotética seria irrelevante, porque a pretensão surge no momento em que o objecto é destruído, tornando-se parte do património da vítima e não podendo ficar sujeito à influência de eventos subsequentes; já no caso de danos patrimoniais consequenciais, a resposta será ponderada em termos diversos. Idêntica posição é sufragada pelo BGH: estando em causa a indemnização pela destruição de coisas, os eventos hipotéticos posteriores são irrelevantes, uma vez que o segundo evento não tem qualquer efeito sobre elas; inversamente, a causalidade hipotética seria relevante no cálculo dos lucros cessantes, da incapacidade permanente e da perda contínua de vantagens); LARENZ, *Lehrbuch...* cit., I, p. 523 e ss. (o autor analisa o problema no quadro da tematização dos factores de redução dos danos – *Schadensmindernde Faktoren* – e distingue-o das hipóteses de causalidade cumulativa. Neste último caso, o segundo evento – por si só adequado a causar o dano – acelera o efeito do primeiro evento, pelo que a causalidade não seria meramente hipotética. Esta é tematizada quando, após o evento, que causa o dano e funda a responsabilidade, um segundo evento ocorre e ele teria causado o mesmo prejuízo se não fosse o primeiro evento ter ocorrido. Ora, segundo a doutrina da diferença, parece não fazer sentido impor uma indemnização, mas o resultado pode parecer estranho, sobretudo nos casos em que o segundo evento é meramente hipotético e só surge depois de o pedido de indemnização ter sido deduzido. A questão torna-se, assim, como explicita o autor, mais complexa, impondo precisões várias e diferenciações, consoante os casos. A disputa passa por saber, diz-nos LARENZ, quais os pontos de diferenciação: alguns sustentam que o grau de culpa dos lesantes deve relevar; outros que a adequação deve ser ponderada. Considerado o estado da doutrina, LARENZ frisa que não se enfrenta a este nível um problema da causalidade, mas de imputação – cf. p. 525. De acordo com a teoria da diferença, a resposta ao problema da relevância da causa virtual seria sempre negativa – a situação da vítima seria exactamente a mesma. Simplesmente, sob este ponto de vista, a imputação nem sequer se justificava. Há, por isso, de acordo com LARENZ, de distinguir, entre os danos directos da violação dos bens, o dano material – *Objektschaden* – e os danos subsequentes causados. No que diz respeito ao dano material, ele ocorre no momento do evento danoso, pelo que se tem em conta o valor objectivo, tendo o lesante de indemnizar, independentemente do que com ele ocorreria de outra forma. Em vez do bem, passa a existir no património do lesado um crédito indemnizatório que já não seria afectado subsequentemente. Diferente deve ser o juízo relativamente aos danos consequenciais, à perda de utilização, à incapacidade e aos lucros cessantes, no tocante aos quais devem ser consideradas as causas hipotéticas. Assim, se A destroi um camião que fica numa garagem onde deflagra um incêndio durante a noite, o valor objectivo do bem continua a ser indemnizado, mas os lucros cessantes só devem ser contabilizados até ao momento do incêndio. LARENZ trata, igualmente, das situações em que uma característica pré-existente do lesado ou de uma coisa do lesado teria provocado o mesmo dano/lesão ao fim de um tempo – cf. p. 526. O evento

lesivo aumenta o seu efeito danoso, mas não é pressuposto da ocorrência do dano. Nestes casos, o dano deve ser integralmente imputado. Em contrapartida, é diverso o juízo relativamente aos casos em que é certo que a doença iria eclodir e o evento só a antecipa, considerando-se que aqui o evento hipotético deve ser tido em conta. Mais acrescenta o insigne civilista germânico que a causalidade hipotética, no que respeita aos danos patrimoniais, não é para ter em conta no caso em que, se a causa hipotética se tornasse efectiva, ela imporia a responsabilidade de um terceiro. O autor opõe-se assim ao entendimento de BYDLINSKI, *op. cit., loc. cit.*, justificando tal oposição pelo facto de o § 830 BGB implicar que os danos tenham sido realmente causados e não apenas hipoteticamente); ID., “Die Berücksichtigung hypothetischer Schadensursachen bei der Schadensermittlung”, ... cit., p. 487 e ss.; KNAPPE, *Das Problem der überholenden Kausalität...* cit.; VON CAEMMERER, “Das Problem der überholenden Kausalität im Schadensersatzrecht”, *Gesammelte Schriften*, Band I, *Rechtsvergleichung und Schuldrecht*, Mohr Siebeck, Freiburg 1962, p. 411 e ss.; NEUMANN-DUESBERG, “Einzelprobleme der überholenden Kausalität”, ... cit., p. 263 e ss.; HANS-JÜRGEN KAHR, *Kausalität und überholen Kausalität im Zivilrecht*, Hamburg, 1969

²⁴⁵⁰ Veja-se a este propósito a lição de RICHARD W. WRIGHT, “The grounds and extent of legal responsibility”, ... cit., p. 7 e ss., a qual suscita, por seu turno, importantes reflexões. Olhemos primeiro para as linhas mestras do pensamento do autor no artigo citado para, depois, em articulação com o que ficou inscrito em texto, expendermos as nossas conclusões.

WRIGHT parte da ideia de que a justiça contaminadora do direito delitual é a chamada justiça da interacção, por via da qual se procuram proteger as posições subjectivas edificadas previamente e no âmbito da qual a compensação surge como o remédio basilar, razão por que não há responsabilidade civil sem a existência de um dano. Contudo, considera que é importante a fixação de limites à extensão da responsabilidade. O primeiro deles identifica o que o autor designa por *no-worse-off-limitation*. Esta, longe de contrariar o ideário ressarcitório que assim se explicita, ampara-o, já que, nos termos da restrição, se sustenta que “a pessoa não é responsável quando se prove que o dano teria ocorrido de igual forma na ausência da conduta”, não bastando no cumprimento do ónus probatório a mera possibilidade ou probabilidade, antes se exigindo que o dado seja *almost certainly*. Na determinação da verificação do mesmo resultado, temos de ser cautelosos. O alerta do autor é-nos fornecido por via exemplificativa: A provoca uma inundação que destrói a casa de B. Esta teria sido, de igual modo, destruída por um fogo que a água apagou. Se o lesado não tivesse um seguro contra incêndios, teria sofrido um dano não compensável mesmo na ausência da negligência do lesante, o que, segundo o *no-worse-off-limitation*, determinaria a exclusão da responsabilidade. Na hipótese inversa, em que tinha contratado um seguro de cobertura do risco de incêndio, ele não teria sofrido o mesmo dano, posto que, pese embora a destruição da habitação, ele teria obtido o ressarcimento dos prejuízos. Nesse sentido, a sua posição piora verificada que seja a conduta negligente do agente.

Repare-se, contudo, que o enfoque é colocado na determinação do dano e não no procedimento de estabelecimento donexo causal, o qual, sempre que não se conclua que a responsabilidade não deve ser excluída, se firma, independentemente do não preenchimento do requisito da necessidade condicional. O autor trata, portanto, separadamente a questão da causalidade de facto e a outra da extensão do dano a indemnizar. É claro que o não agravamento da situação do lesado depõe no sentido da inexistência da pertinência causal. Parecem ser, contudo, elementos normativos – e não físicos – a fornecer a solução tida por justa. O que permite – embora de forma não radical – traçar uma linha de fronteira entre o pensamento do autor e o de PEREIRA COELHO, pois que, se é clara a penetração pelo dever-ser no modelo de (ir)relevância proposto pelo último, não é menos seguro que a fundamentação no justo é mais vincada em WRIGHT, aspecto que, longe de uma importância enciclopédica, comporta consequências de não pequena monta. Na verdade, o jurista anglo-saxónico evidencia que, ao tratar do *no-worse-off-limitation*, estamos no quadro de uma limitação que exclui a responsabilidade do lesante por uma lesão que foi causada pela sua conduta ilícita e culposa e pela qual, *prima facie*, ele é legalmente responsável, pelo que devemos encarar o problema como uma *defense*, relativamente à qual incumbe ao lesante o ónus da prova.

Parece ser, então, aqui que nos apartamos, também, do pensamento de WRIGHT. É que, como decorre do exposto, no momento da abordagem judicativa da questão enunciada, já se terá reconstituído o decurso causal. Não estamos envolvidos pela incerteza causal, tão pouco pretendemos firmar a causalidade de facto. Situando-nos, como se intui pela exposição do autor, num momento posterior, partimos de um dado – o comportamento do lesante foi, de facto, causa do dano, pelo que nos vemos, afinal, mergulhados numa problemática similar àquela que PEREIRA COELHO aborda ao tratar da relevância da causa virtual, ainda que, *in fine*, colha uma diversa resposta.

Ora, a clivagem resulta, afinal, do diferente modo como o pressuposto é encarado pelo autor. Na verdade, entroncando a solução materialmente adequada num conceito de justiça interactiva que faz do homem

Mais do que analisá-los, tarefa que remeteremos para a nota que acompanha estas lucubrações, importa-nos, agora, aceder à intencionalidade que o autor derrama sobre o problema²⁴⁵¹. A qual, por seu turno, se torna clarividente se percebermos, como ficou explanado anteriormente, que a sua construção se alicerça na virtualidade da causa e na análise de processos causais confluentes, dado que justifica, lógico-argumentativamente, o tratamento da relevância negativa e da causalidade interrompida em termos de verso e reverso dialógico.

Se o que o autor questiona – em harmonia com o tema central da sua tese – é em que medida, pressuposta que seja a origem humana, ilícita e culposa da causa real, pode o seu autor exonerar-se mediante a invocação do processo causal hipotético, então, de forma paralela, poder-se-ia indagar se aquela relevância negativa da causa virtual, quer se afirme, quer se infirme, deve ou não ser acompanhada de uma potencial relevância positiva dela, que imporia, desta feita, a responsabilidade daquele que pôs em marcha o processo causal hipotético que viria a ser interrompido.

Ora, assim sendo, acaba PEREIRA COELHO por remeter para a sede da condicionalidade a solução final em matéria de imputação e consequente imposição de uma obrigação ressarcitória. É certo que essa solução de que se fala não é encontrada em termos logicistas, nem tão pouco decorre do modo como o problema vai formulado, antes se alicerçando em argumentos vários que apelam, inclusivamente, à intelecção da teleologia do instituto. Mas exactamente aqueles termos de onde se não deduz axiomáticamente a resposta não deixam de mostrar que a causalidade adequada não cumpre o desiderato imputacional com que por nós é matizada, posto que, se o fizesse,

indivíduo titular, a este nível, de uma liberdade tão-só negativa, WRIGHT não pode senão argumentar com base na causalidade que é, pese embora a responsabilidade venha, posteriormente, a encontrar limitações (a par da *no-worse-off limitation*, o autor fala da *superseding-cause limitation* e da *risk-playout limitation*). Sabemos, porém, que, a partir do momento em que se aceite uma certa noção de pessoa actuante no tráfego jurídico, a reclamar uma concepção de liberdade positiva que permite desenhar, *a priori*, uma *role responsibility*, estamos em condições de firmar a imputação objectiva para lá da prova da causalidade de facto ou da condicionalidade, para quem entenda que ela envolve dados normativos. De tudo o que ficou dito resulta, não obstante, o afastamento estrito da necessidade como pressuposto intransponível de alicerçamento da pretensão indemnizatória procedente. Aliás, em bom rigor, a *actual causation* que o pensamento de WRIGHT pressupõe estabelecida cumpre-se longe daquela, pela resposta satisfatória ao *NESS-test*, “mais inclusivo que o *but-for test*” (cf. p. 12), razão pela qual o autor propõe a exclusão da responsabilidade *a posteriori*, pela análise do mencionado critério. Refira-se, também, em sintonia com o que vem sendo dito na escarpelização do modelo proposto pelo insigne jurista, que o que ficou inscrito não vale para os casos “em que não há o concurso de duas forças, por o contributo causal do lesante ser passivo, só se combinando com forças da natureza”, matéria onde os tribunais se inclinam para a não responsabilização.

²⁴⁵¹ Para um panorama geral acerca da problemática da causalidade hipotética e das soluções dispensadas ao problema, cf. o que se dirá *infra*, cap. XI. Sublinhe-se, porém, que aí o enfoque será colocado no cômputo do dano, problema à luz do qual, tradicionalmente, a questão era perspectivada.

não faria sentido estar *a posteriori*, e com base numa linguagem de tipo contrafactual, a reequacionar as bases da imputação.

Ao que acresce uma outra crítica. Na verdade, porque a adequação há-de ser testada por referência às duas géneses causais, o modo como o problema é formulado não deixa de mostrar, novamente, o sentido aporético de um critério que, caracterizado pela sua elasticidade, acaba por estendê-la a extremos tais que resvala no que foi denunciado por muitos como uma fórmula vazia²⁴⁵².

Ainda que dele se tenha dado nota, importa, pois, agora, olhar com redobrada atenção para as equações que, a este propósito, são colocadas em diálogo. Para o que continuaremos a acompanhar o pensamento de PEREIRA COELHO, ou não fosse ele a marca do pensamento jurídico português em matéria de causalidade²⁴⁵³.

No que à causalidade hipotética concerne, o autor fala, a par da problemática da relevância negativa da causa virtual, da causalidade interrompida.

Caracteriza-se esta por se verificar que “um facto teria provocado realmente determinado efeito, mas a verificação [dele] foi interrompida por outro (...) que por sua parte o produziu com anterioridade”²⁴⁵⁴. Como bem se compreenderá, a emergência de uma situação problemática desta índole fica dependente da prévia tomada de posição acerca da adequação de um comportamento por referência ao dano sobrevindo, na medida em que o carácter indirecto da lesão não é de molde a excluir a responsabilidade do primeiro agente. Pelo que, se momentaneamente nos focarmos nos quadros tradicionais de resolução do problema, são plausíveis dois cenários. Ou bem que a adequação não se cumpre e o problema se não coloca; ou bem que ela se firma e o facto, não sendo normal e provável no decurso causal, vem interrompê-lo, excluindo a obrigação de ressarcimento dos danos que sobre ele impendia de outro modo²⁴⁵⁵.

Também de acordo com o que já deixámos inscrito em nota, e agora repristinamos de modo instrumental para a nossa argumentação, PEREIRA COELHO

²⁴⁵² Cf. o que ficou dito *supra* a propósito do tema.

²⁴⁵³ O acompanhamento não se quedará, aliás, por aqui. Na verdade, utilizamos o excuro para cumprir dois objectivos. Mostrar, por um lado, a inconsistência da causalidade adequada como critério central de imputação. Evidenciar, por outro lado, em que medida as soluções pensadas em termos de causalidade virtual podem depor no sentido da prescindibilidade da indagação condicional com um cunho contrafactual a repercutir-se em sede de causalidade conjunta e concorrente. Ao que acresce, ainda, uma tomada de posição acerca da *vexata quaestio* que concretamente se enfrenta. Adiante-se, nessa medida, que esse firmar de ideias não deixará de colher *nuanças* obrigatórias na cisão primacialmente assumida entre a causalidade fundamentadora da responsabilidade e a causalidade preenchedora dela.

²⁴⁵⁴ Cf. PEREIRA COELHO, *O problema da causa virtual...* cit., p. 28.

²⁴⁵⁵ Um terceiro cenário cogitável seria o da afirmação da causalidade sem subsequente interrupção do nexu, a postular um problema de causalidade concorrente ou cumulativa em sentido estrito. A este propósito, rememore-se a lição FORCHIELLI, já referida atrás.

detém-se na concretização dos critérios de interrupção da conexão perfunctoriamente estabelecida. Falar de interrupção do nexo de causalidade requereria, assim, que o facto superveniente fosse independente do primeiro, qualidade que possuiria sempre que este não fosse *conditio sine qua non* do seu surgimento ou, sendo-o, não se mostrasse adequado, segundo os padrões de aferição da causalidade em termos jurídicos, para o gerar²⁴⁵⁶. Precisa o jurista que não basta, contudo, perguntar se existe uma conexão entre o primeiro e o segundo facto “em si mesmo”, tendo de se perscrutar se ela se verifica, “encarando este [o segundo facto] na sua direcção concreta em relação ao efeito que provocou”²⁴⁵⁷. Ao que acresce, ainda com PEREIRA COELHO, que o segundo facto “tenha provocado o efeito independentemente do primeiro, de tal maneira que só a eficácia causal do segundo tenha operado o dano concretamente verificado”²⁴⁵⁸.

Percebe-se quer a precisão, quer a complementação da ideia primacialmente avançada. Na verdade, naqueles casos em que a génese do segundo processo causal não é diametralmente distante da que se syndica, dificilmente se poderá falar de independência *tout court*, ou não fosse o acontecer natural matizado pelo imbricamento em cadeia de causas e efeitos. E a probabilidade a que a doutrina da adequação nos conduz pouco nos adianta, uma vez que ou se assume como boa a formulação negativa e, descoberto o factor anómalo apto a interromper a conexão, sempre ficará por saber em que medida ele foi ou não potenciado pelo primeiro comportamento, sendo que a negatividade de que se parte não pode deixar de conduzir a uma resposta positiva; ou se adere à formulação positiva e, ainda assim, restarão problemas no tocante a situações limite. E se o exemplo é chamado à colação por PEREIRA COELHO para afastar o critério temporal, soa estranho que A venha a ser responsabilizado pelo atropelamento que B sofre vinte anos depois de ver amputada a sua perna, na sequência da agressão perpetrada por C. É que, bem vistas as coisas, a causalidade adequada acaba por não ser aí critério de coisa alguma, sobretudo quando, abrindo as portas à aferição da condicionalidade, ou melhor a um raciocínio contrafactual que procura delinear a

²⁴⁵⁶ Cf. PEREIRA COELHO, *O problema da causa virtual...* cit., p. 31.

²⁴⁵⁷ Cf. PEREIRA COELHO, *O problema da causa virtual...* cit., p. 32. Mais especificamente, e recorrendo ao exemplo do autor, de forma a não desvirtuar o seu pensamento, “um veículo muito pesado, por manobra imprudente do condutor, danificou gravemente uma casa que passou a ameaçar ruína (...). Pouco dias depois, a casa abateu em consequência de um ciclone ou do embate de outro veículo”. Ora, a indagação deve orientar-se pela questão de saber se “o primeiro facto (...) torna mais provável ou favorece objectivamente a queda da casa em consequência de um ciclone ou do choque de outro veículo”, o que, se, segundo o autor, não passa necessariamente pela adesão a uma das possíveis formulações da causalidade adequada, não pode deixar de, em nosso entender, se mostrar em consonância com o critério de que se parte.

²⁴⁵⁸ Cf. PEREIRA COELHO, *O problema da causa virtual...* cit., p. 34.

factualidade subjacente ao caso, ela vem compatibilizada com a intencionalidade daquela.

Repare-se, na verdade, que a abstracção tendencialmente conceptualizante da causa com que se estabelece a conexão requerida pelo sistema delitual acaba por ter de ser colmatada pela consideração de estádios intermédios do processo causal. Os mesmos que, no tocante à interrupção do nexa, podem vir ou não excluir a responsabilidade. E que só operam nesse sentido quando não causados, eles próprios, de forma adequada pelo primeiro facto. Ora, a aferição da adequação, neste patamar, já não perscruta a aptidão ao comportamento para gerar um tipo de dano, mas parece apontar no sentido da concretude que o pensamento do autor que temos vindo a acompanhar revela.

Só que, não obstante, o que vem a resultar é ainda o resvalar para um fisicismo pouco consentâneo com a intencionalidade predicativa da responsabilidade. A independência do segundo facto relativamente ao primeiro é aferida pela probabilidade daquele resultar deste. Uma probabilidade que, desnudada de sentido axiológico, acaba por voltar a polarizar-se em termos tendencialmente estatísticos. E tal só poderia ser contornado com a prévia delimitação de uma esfera de responsabilidade, à qual pudessem ser reconduzidos os efeitos a ponderar. Sabemos, ademais, que por si só a edificação de tal esfera não cumpriria o nosso objectivo imputacional, razão pela qual a concretizámos pelo cotejo com outras esferas de risco emergentes.

A vantagem é não só prático-normativa, tornando menos nebulosas soluções que de outro modo poderiam ser oscilantes, como fundacional, derramando-se a intencionalidade especificamente jurídica sobre as soluções concretas. Única, aliás, capaz de viabilizar a intelecção do sentido com que devem ser mobilizados os critérios predispostos pelo sistema para a resolução daqueles. O que, em bom rigor, se comprova pela inconcludência com que a adequação nos presenteia. É ela e não outra, na abstracção a que nos referimos, que leva o jurista a ter de voltar à condicionalidade e com ela a mergulhar na linguagem contrafactual com que temos dialogado.

Peca esta pelo determinismo com que surge imbuída. Peca, ainda, por se vir a mostrar ser ela, afinal, a depor a solução, com o que se perde o sentido imputacional e o horizonte de referência da personalidade²⁴⁵⁹. Cremos, em alternativa, que a correcta solução para os problemas com que lidamos a este nível é encontrada.

²⁴⁵⁹ Peca, ademais, por não fornecer critérios de resolução dos problemas que se alicercem na justiça tal como a entendemos.

Na definição dos pressupostos da problemática da relevância negativa da causa virtual, PEREIRA COELHO, concretizando a ideia de que é necessário afirmar que, se não fosse a causa real, a causa hipotética teria provocado igualmente o dano, sustenta que se impõe que a causa real tenha impedido a causa virtual de provocar o dano, dizendo, então, que “há-de ter sido justamente a causa real (e não outros factos, embora conexionsados com ela) que subtraiu o objecto do dano ao risco de ser atingido pela causa virtual”²⁴⁶⁰. Retomando o exemplo oferecido pelo autor, e já por nós referido, “A rouba o carro da garagem de B, onde nessa noite há um incêndio que o destruiria se ele lá estivesse. Todavia, o carro é igualmente destruído num acidente ocorrido quando A o conduzia”²⁴⁶¹. Considera o autor que é indiferente saber se a subtracção foi ou não anterior ao incêndio, e embora noutra lugar tenha ponderado a possível incidência do calor no mecanismo do veículo, com o que a causa virtual teria sido ainda condição da emergência da causa real, não deixa de ser demonstrativo dos dois pontos que pretendemos sublinhar.

Paradigmático disso parece ser o exemplo colhido em PEREIRA COELHO, *O problema da causa virtual ...* cit., p. 37. Tornando dialogantes a causalidade interrompida e a causalidade antecipada, categoria autonomizada por alguns autores, o jurista que aqui temos vindo a acompanhar, pelo carácter ilustrativo do seu pensamento na matéria, propõe a consideração do seguinte caso: “C, por ocasião de um incêndio provocado por A na casa de B, rouba o carro da garagem, onde ele de outro modo seria destruído, poucos momentos depois, pelo fogo. C sai com o carro, que fica completamente destruído num acidente. Porém, mostra-se que o acidente só foi possível em consequência dos estragos que o calor ou as chamas já tinham produzido no veículo”. Também aqui, segundo o autor, a solução passa por determinar a independência ou não da segunda causa, procurando saber se ela interrompeu ou não o nexos causal estabelecido perfunctoriamente.

Imagine-se que a segunda causa foi independente, por se ter provado que nenhuma interferência houve do calor no mecanismo automóvel. E imagine-se, também, que aquele que subtraiu o automóvel da habitação em chamas o fez, não com o intuito de se apropriar de coisa alheia, não se denotado, em termos penais, um crime, mas outrossim como uma forma de salvar a propriedade alheia. Haverá, de facto, verdadeira independência? Ou poder-se-á supor que o estado de pânico do condutor foi de molde a potenciar o acidente? E se o discurso se deixa entretecer pelos *ses*, sempre haverá que perguntar se não é afinal a condicionalidade a fornecer uma resposta. Que nunca deixará de ser aporética. Exactamente porque se não parte de uma esfera de responsabilidade.

Ademais, ao extrair do ser o juízo de dever-ser estamos a perder do horizonte de referência discursiva o alicerce ético-axiológico que informa e enforma aquele juízo. Com o que podemos adiantar não ser possível obter uma solução normativamente adequada e materialmente justa senão através da consideração da liberdade e portanto da *voluntas* que está na base do segundo acontecimento. Erigindo ela uma segunda esfera de risco/responsabilidade há-de ser no cotejo entre ambas que se encontrará a solução justa.

É claro que haverá casos em que o facto dito interruptivo ou antecipante não pode ser desventrado da natureza. Mas são esses mesmos que, fazendo apelo a uma noção de facto fortuito ou caso de força maior, vêm, no cotejo anunciado, permitir a densificação dos contornos eventualmente difusos da esfera de responsabilidade do primeiro agente que assim se concretiza.

O argumento aí será absolutamente normativo, que não normativístico, e afastará a urgência da determinística consideração condicional.

²⁴⁶⁰ Cf. PEREIRA COELHO, *O problema da causa virtual... cit.*, p. 77.

²⁴⁶¹ Cf. PEREIRA COELHO, *O problema da causa virtual... cit.*, p. 77, nota 32.

Por um lado, a equação do problema parece apontar quer no sentido da condicionalidade, quer na recondução da *ultima verba* para a física ponderação de qual foi a real causa do dano, ainda que, posteriormente, os argumentos se esgrimem a favor ou contra a relevância da causa hipotética com base em considerações dogmáticas²⁴⁶². Se confrontarmos o caso com outro por nós cogitado, em que A subtrai o automóvel para o salvaguardar das chamas, podemos dizer que a causa real – o acidente – impede o objecto de ser atingido pela causa virtual. Mas será justo neste caso orientarmo-nos pela causa real? Ou, pelo contrário, deverá ser a causa hipotética a fundar a responsabilidade, não porque se torne relevante, mas outrossim porque ela própria pode ser vista como causa do ponto de vista jurídico, ou melhor dizendo, do ponto de vista da imputação fundada numa esfera de risco/responsabilidade que se edifica a montante? Não porque a *conditio sine qua non* passe a ser palavra de ordem, mas porque as especificidades do caso concreto distendem ou comprimem as linhas limítrofes daquela²⁴⁶³. Razão pela qual a constatação do furto pode ser de molde, pelo dolo que o envolve, a alterar os dados do problema, posto edificar-se aqui outra esfera de risco. Restando saber, em última instância, se o dolo do agente, alicerçador daquela, consome ou não a responsabilidade do incendiário. Pelo que, por maioria de razão, perde qualquer sentido a eventual responsabilização daquele se o furto tiver ocorrido antes. E, não obstante, o simples aventar do problema, na sua definição dos contornos, acaba por mostrar que é a condicionalidade que se patenteia, pelo “se não fosse o furto, o automóvel sairia destruído de igual forma”.

O que, por outro lado, nos leva a reafirmar o que tantas vezes já sublinhámos. O acidente de automóvel é adequado a causar a destruição do automóvel. O incêndio é adequado a causar a destruição do automóvel. Desvelam-se dois processos causais, real e hipoteticamente, não se percebendo que a subtracção do objecto do risco de ser atingido pela causa virtual só faz sentido na transcendência necessária pelo sentido da pessoalidade responsável, que, projectando-se em múltiplos critérios imputacionais de

²⁴⁶² Cf. HERMANN LANGE/GOTTFRIED SCHIEMANN, *Handbuch des Schuldrechts...* cit., p. 184, considerando que existe ao nível da doutrina e da jurisprudência a convicção de que, no quadro da causalidade virtual, se lida com uma questão de imputação de danos (*Schadenszurechnung*) e não se causalidade (*Ursachenzusammenhang*).

Note-se que a referência à imputação não implica uma absoluta sintonia discursiva entre o que inscrevemos em texto e aquilo que os autores sufragam. Na verdade, importa não esquecer que a maioria da doutrina germânica, de que aquela citação faz eco, se orienta, na resolução deste concreto nóculo problemático, não pela fundamentação da responsabilidade – isto é, pela ligação entre o dano-evento ou lesão do direito e a conduta do agente –, mas pelo preenchimento dela – ou seja, pela questão do cômputo dos danos a indemnizar.

²⁴⁶³ Estamos a pressupor, por facilidade argumentativa, que o incêndio tinha tido uma causa humana.

geometria variável, resolve *a priori* as dúvidas com que aqui somos confrontados²⁴⁶⁴
2465 2466

Se tudo isto é certo, olhemos agora para a solução predisposta por PEREIRA COELHO para o problema da relevância negativa da causa virtual. Na verdade, antes de apresentar a sua posição sobre o tema, mesmo antes de esgrimir argumentos no diálogo que entretece com uma miríade de juristas, o insigne civilista pátrio esclarece não ter profundidade a tese que, conferindo relevância negativa à causa hipotética, se apoia “na falta de causalidade para o dano do processo causal efectivo”²⁴⁶⁷. E acrescenta: “o problema de causalidade que aqui se levanta esgota-se na averiguação da relação de condicionalidade entre o facto e o efeito real concretamente verificado. Se o efeito concreto foi condicionado pelo facto, no sentido de que não se teria verificado sem ele, a causalidade deve ser afirmada, embora, se não fosse o facto e por força doutra circunstância, se tivesse verificado um efeito do mesmo género (um dano economicamente idêntico, traduzindo-se em uma idêntica diminuição patrimonial)”²⁴⁶⁸.

Sem que tal corresponda à assunção plena da relevância negativa da causa virtual, não deixa o parágrafo transcrito de fornecer linhas de inteligibilidade do

²⁴⁶⁴ Note-se que o sentido do que aqui vai dito se orienta pela problematização da causalidade fundamentadora da responsabilidade e não pelo cômputo do dano. Aí os termos da equação serão diversos.

Sobre o ponto, cf. HUBERT NIEDERLÄNDER, “Schadensersatz bei hypothetischen Schadensereignissen”... p. 51 e ss. (pressupondo a dicotomia, e tendo em conta as circunstâncias que ocorrem temporalmente num momento posterior à lesão, o autor analisa uma série de argumentos aduzidos a propósito da relevância da causa hipotética. E salienta que, ao nível jurisprudencial, se tem entendido que, nestes casos, sairia incólume o nexa de causalidade entre o evento danoso e o dano, quedando-se o problema, não com o estabelecimento daquele, mas com o cômputo do dano).

²⁴⁶⁵ Quanto ao ponto, embora de forma não concordante com o que expusemos, cf. SCHMIDT, “Rechtsmängelhaftung und überholende Kausalität”, ... cit., p. 112 e ss. Sustenta o autor que a causa hipotética só releva quando se traduz num facto adequado. Sendo inadequada, ela não teria a virtualidade de eliminar a causalidade do mesmo modo que um comportamento inadequado não funda a responsabilidade. São já considerações de valor que entretecem o juízo proposto pelo autor (cf., designadamente, p. 129 e ss.).

Referindo-se ao dado, cf. HERMANN LANGE/GOTTFRIED SCHIEMANN, *Handbuch des Schuldrechts...* cit., p. 186, onde os autores se mostram críticos do posicionamento.

Para uma crítica do seu pensamento, designadamente no tocante ao preenchimento da ideia de adequação, ali convertida, segundo parecer do civilista português, em normalidade, veja-se, entre nós, PEREIRA COELHO, *O problema da causa virtual...* cit., p. 145 e ss., e em especial, pelo reforço da questão da comutatividade, p. 149, nota 44. Veja-se, ainda, do autor, p. 152 e ss., dialogando com outro dos autores que olha para o problema da causalidade virtual sob a óptica da adequação (VEITH).

²⁴⁶⁶ No fundo, o que estamos a querer significar passa pela consideração metodológica da impossibilidade de resolução de um problema jurídico ancorados num juízo puramente empírico. A própria doutrina tradicional mostrava a insuficiência criteriológica de tal via, ao dar o salto em frente e decidir da relevância ou irrelevância da causalidade hipotética com base numa intuição do justo que acompanhava a mobilização de argumentos de direito positivo. Perdia-se, porém, em clareza discursiva e segurança judicativa por se não sopesarem os termos em debate com base na pressuposição da intencionalidade especificamente jurídica.

²⁴⁶⁷ Cf. PEREIRA COELHO, *O problema da causa virtual...* cit., p. 125.

²⁴⁶⁸ Cf. PEREIRA COELHO, *O problema da causa virtual...* cit., p. 125.

pensamento do autor que, não sendo acolhidas *in totu* por nós, servem dois propósitos: explicitar os termos do problema com que estamos a lidar, por um lado; e, por outro lado, argumentar no sentido da prescindibilidade de um juízo condicional prévio ao juízo de causalidade, por nós entendido, no sentido imputacional e não meramente probabilístico em que foi vertida a doutrina da adequação.

Assim, a crítica de PEREIRA COELHO dirige-se, em primeira linha, ao referente dialógico em que se polarizam os autores que avançam com tal explicação. Como já referimos anteriormente, o autor olha para o problema na óptica do cálculo do dano a indemnizar e não do estabelecimento do nexó de causalidade, enquanto pressuposto dessa obrigação cujo objecto concreto se há-de apurar²⁴⁶⁹. Feita a aproximação ao tema desta perspectiva, e já não daquela encabeçada, o autor vai para lá da mera constatação de não existência de causalidade²⁴⁷⁰. Só que, porque a jusante se polariza, não deixa de com isso excluir relevância, do ponto de vista da fundamentação da responsabilidade, à causa hipotética. Com o que acaba por negar a exigência de um juízo de *condicionalidade sine qua non* estrito no que à edificação dos limites ressarcitórios respeita.

Fá-lo, contudo, não pelo arredar da intencionalidade contrafactual com que ela vem pensada, mas pela dicotomização entre o dano concreto e o dano abstracto. De facto, conforme esclarece, “a causalidade hipotética deixa imperturbada em qualquer caso a causalidade real do facto para o dano”²⁴⁷¹, reflectindo a sua posição, *inter alia*, a recusa de ver na ligação causal uma conexão entre o facto e o dano patrimonial, a que se opõe, para a considerar como um relação entre o facto e o dano real concretamente verificado²⁴⁷².

Mas não deixa de mergulhar nos alicerces da tese primacialmente aventada. Até porque, “o problema da relevância negativa da causa virtual assume relevo em sede de

²⁴⁶⁹ Cf. PEREIRA COELHO, *O problema da causa virtual...* cit., p. 126: “é justamente um repúdio desta concepção (tradicional) que está na base da nova tese da relevância da causa hipotética. Ela é fundamentalmente caracterizada (...) por não pôr o problema da relevância negativa da causa hipotética como um problema de causalidade, mas antes como um problema que tem as suas conexões decisivas na doutrina do dano, do cálculo do dano a indemnizar”

Cf. HUBERT NIEDERLÄNDER, “Schadensersatz bei hypothetischen Schadensereignissen”,... p. 51.

²⁴⁷⁰ Veja-se, a propósito da ocorrência de causas supervenientes e causas virtuais, o apontamento oferecido por W.V.H. ROGERS, *Winfiel and Jolowicz ...* cit., p. 215, mostrando como outras podem ser as considerações se o problema for perspectivado do ponto de vista do cálculo do dano indemnizável. É que a essa luz não deixa de ser forte a argumentação segundo a qual o montante indemnizatório não será o mesmo no caso de lesão da vida de um jovem ou da lesão da vida de um idoso que se encontrava numa fase de doença terminal.

²⁴⁷¹ Cf. PEREIRA COELHO, *O problema da causa virtual...* cit., p. 125 e p. 171 e ss.

²⁴⁷² Cf. PEREIRA COELHO, *O problema da causa virtual...* cit., p. 136.

causalidade, isto é, o problema de saber se o nexos de causalidade entre o facto constitutivo de responsabilidade e o dano subsiste neste caso ou poderá ser negado em atenção à causa virtual”^{2473 2474}.

E aqui a opção lógica não pode deixar de se situar entre duas alternativas. Ou bem que a causa virtual não releva e a causalidade se afirma; ou bem que ela releva e falharia aquele nexos. Sendo assim perceptível o carácter de questão prejudicial relativamente à equação dela em sede de cálculo do dano a indemnizar, sublinhado pelo jurista português²⁴⁷⁵, pode intuir-se da ponderação do segundo segmento que a resposta ao primeiro se orientará no sentido negativo.

Importa, contudo, para que o diálogo com PEREIRA COELHO não surta prejudicado, voltar a olhar para as suas palavras, colhendo delas os argumentos que viabilizem o esquisso de como vai pensada a causalidade em geral pelo autor.

A primeira nota que trazemos à colação corresponde, em termos, enumerativos àquela que é realçada pelo autor. Nota que, correspondendo ao que *supra* tínhamos concluído, nos leva a dizer “o problema de causalidade que se nos põe aqui é o problema da relação de condicionalidade entre o facto constitutivo de responsabilidade e o dano real verificado”²⁴⁷⁶.

²⁴⁷³ Cf. PEREIRA COELHO, *O problema da causa virtual...* cit., p. 170.

²⁴⁷⁴ Para uma análise dos argumentos que giram em torno da questão da relevância da causa hipotética, cf. HUBERT NIEDERLÄNDER, “Schadensersatz bei hypothetischen Schadensereignissen”, ... cit., p. 51 e ss.

²⁴⁷⁵ Cf. PEREIRA COELHO, *O problema da causa virtual...* cit., p. 171.

²⁴⁷⁶ Cf. PEREIRA COELHO, *O problema da causa virtual...* cit., p. 171. Na verdade, tal como tínhamos salientado *supra*, o jurista considera que a relação de adequação, tal como é concebida, não pode ser afectada pela hipótese de emergência de uma outra causa.

Veja-se, ainda, p. 173, para os casos em que a “série causal hipotética (...) já corria na direcção do efeito no momento em que o facto constitutivo da responsabilidade foi praticado”. Salienta que, assim sendo, pode haver circunstâncias que, se cognoscíveis, pelo autor podem influir no juízo de adequação.

Repare-se, contudo, a incidência de um facto virtual no juízo de adequação não resulta de um raciocínio contrafactual, mas da valoração de determinados elementos que alteram o índice cognitivo do agente com que se joga no proferimento daquele.

A nota não é despendida. Antes deve ser sublinhada, já que não negamos o relevo que determinadas circunstâncias, não exemplares, particulares do caso, mesmo atípicas, podem ter em sede de imputação de um dano ao seu autor. Simplesmente, esses dados deverão ser tidos em conta como qualquer outro no momento da realização do direito em concreto. Ou dito de outro modo, deverão ser sopesados no juízo de assimilação entre os critérios predispostos pelo sistema – ainda que por via doutrinária – e a situação de que se parte. Só que aí o que estamos a fazer é a resolver uma questão de direito. E nesse direito enquanto dever ser que se derrama sobre o ser, mediante um raciocínio de carácter analógico, porque mobilizamos a intencionalidade normativa do critério, acedendo ao fundamento em que se louva, vamos para lá da adequação enquanto juízo probabilístico e tendencialmente conceptual. Pelo que maior será o peso relativo dos elementos que, emergindo de esferas de risco específicas, configuram o que no quadro do pensamento tradicional era visto como uma causa virtual. Até porque, na realidade, a sua suposição não pode deixar de apontar num sentido determinístico.

Para um melhor entendimento da problemática do ponto de vista da adequação, cf. nota 2 da p. 173 da obra citada.

Ora, se o que se procura conezionar é o dano real, concreto, e o facto do agente de acordo com um juízo de condicionalidade, “basta uma constatação elementar para vermos que [ela] não pode ser negada, desde logo, quando, como na maioria dos casos, a causa hipotética só actuaria depois da verificação real do dano. Nestes casos, efectivamente, a subsistência de uma tal relação apesar da causa hipotética resulta simplesmente da ideia de que o momento decisivo para a averiguação do nexo de causalidade (condicionalidade) entre o facto e o dano é, obviamente, o próprio momento em que o dano (real) se verifica”^{2477 2478 2479}.

E se idêntica linearidade não pode estender-se às situações em que a causa virtual se torna operante antes da produção do dano, PEREIRA COELHO parece resolvê-las no mesmo sentido pela invocação do argumento do dano real gerado. O que se passa a questionar é, então, se o efeito concreto se teria verificado de igual modo, para se considerar que “a causalidade do facto para o dano não é excluída porque um dano idêntico se teria verificado se não fosse o facto”^{2480 2481}.

A primeira conclusão que se nos afigura segura, ao acompanharmos o trabalho do insigne jurista, é a da irrelevância da causa virtual para a determinação da responsabilidade. Contudo, segundo o seu depoimento, a ancoragem do discurso neste patamar deixaria incompleto o tratamento da causalidade virtual ao nível da

²⁴⁷⁷ Cf. PEREIRA COELHO, *O problema da causa virtual...* cit., p. 175.

²⁴⁷⁸ Desvela-se, portanto, uma diferença entre a ponderação de tais elementos e aquela que é entretecida em termos da relação de adequação. Nesta o juízo é *ex ante*, reportando-se ao momento da prática do facto; aqui polariza-se temporalmente no momento em que o dano avulta.

Raciocinando segundo o modelo por nós esboçado, cremos confluir num só momento o que aqui se cinde num binómio. Na verdade, se temos em conta um padrão de exigibilidade, controlabilidade e previsibilidade, não podemos deixar de ter em conta elementos que, formando outras esferas de risco que com a que tem no comportamento livre do lesante o seu epicentro, podem avultar depois disso.

Assim se percebendo que o menos que a adequação comunica, conduzindo o jurista à problemática com que aqui lidamos, pode ser suprido a montante desde que adequadamente percebida a concreta realização do direito e o fundamento da responsabilidade a impor, na sua projecção nos critérios sistemáticos constituídos e a constituir, um sentido imputacional ao que anteriormente era tido como puramente causal, ainda que normativizado.

²⁴⁷⁹ Cf., quanto ao ponto, a exposição de LANGE, “Zum Problem der überholenden Kausalität”,... cit., p. 156.

²⁴⁸⁰ Cf. PEREIRA COELHO, *O problema da causa virtual...* cit., p. 177.

²⁴⁸¹ Na tentativa de abordagem exaustiva do pensamento do autor, convém não esquecer que, sendo a sua conclusão a de que *a causa hipotética deixa sempre imperturbado o processo causal efectivo* (cf. p. 185), ela se estende ao caso “em que o mesmo fortuito que destruiu efectivamente a coisa nas mãos do obrigado a indemnizar a teria igualmente destruído se ela estivesse em poder da pessoa com direito à indemnização (...). Se o efeito que se considera na relação de condicionalidade é o próprio efeito concreto, é claro que a causalidade da mora para o dano é irrecusável mesmo neste caso” (cf. p. 185).

Referindo-se ao problema da mora, o autor vem sustentar que a relevância causal dela não é afastada pela hipotética verificação de um facto fortuito.

Sublinhe-se que fica, assim, claro o tratamento unitário que o autor dispensa ao problema da condicionalidade, o que bem se entende pela perspectiva que encabeça, orientada para a consideração da causalidade sob a óptica do ressarcimento e não da responsabilidade.

responsabilidade civil, urgindo indagar se a mesma releva ou não no tocante à extensão do dano a indemnizar.

Abre, assim, as portas a uma analítica que muito se louva, dado serem diferentes as intencionalidades específicas de cada um dos nódulos controversos. Sem que venha, contudo, a coincidir com aquela que protagonizamos.

PEREIRA COELHO cinde a questão da causalidade, que na sua óptica liga o comportamento do agente ao dano real, daqueloutra da extensão do dano a indemnizar, por seu turno infungível relativamente à do cálculo ou avaliação do dano^{2482 2483}.

Qualquer uma delas tem na figura do dano o denominador comum, pensado ora como dano real, ora como expressão patrimonial dele, respectivamente. Pelo que, em bom rigor, a dicotomia a que o autor alude não se verte numa dúplice realidade, mas numa dual perspetivação do mesmo fenómeno.

Tempo, pois, para – ainda que incidentalmente – nos distanciarmos do seu pensamento. Não irremediavelmente, mas outrossim de modo a, na intelecção dos dados sistemático-doutrinários que nos oferece, estarmos em condições de encontrar aí um ponto de apoio firme para as lucubrações que se seguem. Ou dito de outro modo, os tópicos que introduziremos em jeito de comentários mais não têm do que a função de explicitar de que forma, embora nos afastemos do autor em muitos pontos, podemos ainda assim considerar útil a sua lição para a argumentação que pretendemos expender.

²⁴⁸² Cf. PEREIRA COELHO, *O problema da causa virtual...* cit., p. 187, em especial nota 26. Imageticamente, alude a que é diferente delimitar a extensão de um terreno e medi-lo dentro do perímetro pré-delineado.

²⁴⁸³ Sobre o ponto, veja-se LANGE, “Zum Problem der überholenden Kausalität”,... cit., p. 156 e ss. Note-se o testemunho do autor acerca da querela que divide o pensamento jurídico alemão a propósito do ponto de incidência problemática da causalidade hipotética: de um lado, os que, fiéis à visão tradicional, continuam a olhar para a questão do ponto de vista da causalidade; de outro lado, aqueles que, na esteira de PLANCK, sustentam que um evento hipotético deixa intocável o curso causal, embora possa influenciar na medida da responsabilidade. Entende-se, assim, que entre os argumentos mobilizados para sustentar dialogicamente uma das posições assumidas se encontre a referência quer ao § 249 BGB, quer à teoria da diferença.

Veja-se, igualmente, HUBERT NIEDERLÄNDER, “Schadensersatz bei hypothetischen Schadensereignissen”,... cit, p. 51 e HECK, *Grundriss des Schuldrechts...* cit., p. 48 (o autor sustenta que a teoria da diferença exige a consideração do evento hipotético, ligando, portanto, a solução da questão ao conceito de dano. A assunção do problema do lucro cessante torna-se, então, compreensível a este nível. Porque a teoria da diferença conduz a resultados inaceitáveis quando o evento hipotético (*Reserveursache*) depende de uma circunstância que fundou a responsabilidade de um terceiro, pondera-se a aplicação do § 830 I BGB, por analogia. Quer isto dizer que o autor sustenta a relevância da causa hipotética, restringindo-a, contudo, aos casos fortuitos e aos comportamentos do lesado).

Para uma ponderação do pensamento de HECK a este propósito, cf., uma vez mais, LANGE, “Zum Problem der überholenden Kausalität”, ... cit., p. 157, cujo trabalho aqui se acompanha, e PEREIRA COELHO, *O problema da causa virtual...* cit., p. 134 e ss., em especial, p. 136 (pela referência importantíssima, ainda que implícita, aos termos da conexão causal). Veja-se, também, a este propósito, LARENZ, *Lehrbuch...* cit.I, p. 526; DEUTSCH, *Allgemeines Haftungsrecht...*cit., p. 119 e ss.; HERMANN LANGE/GOTTFRIED SCHIEMANN, *Handbuch des Schuldrechts...* cit., p. 195 e ss.; DIETER MEDICUS, *Bürgerliches Recht...*cit., p. 541 e ss.

PEREIRA COELHO orienta-se pelo dano real, logo focaliza-se no dano consequência, distanciando-se, assim, da polarização na ilicitude, ao invés da nossa lupa, privilegiadora, pelos motivos expendidos, do dano evento, ou lesão do direito subjectivo absoluto, quando atidos à primeira modalidade de ilicitude delitual.

Mas isso não implica que se deixe de louvar a autonomização do problema da extensão do dano a indemnizar, sublinhando-se, deste modo, o pendor responsabilizatório que, a montante, deve ficar solucionado.

Só que, se assim é, critica-se na impoção de PEREIRA COELHO a chamada à colação de um critério tendencialmente neutro do ponto de vista axiológico, que mais não faz do que importar para o mundo juridicamente cunhado o logicismo naturalista.

Várias são as razões que fundam a nossa discordância.

Na verdade, não é metodologicamente possível resolver um problema jurídico com base num critério empírico, como aquele para que parecem apontar as notas expendidas pelo insigne civilista pátrio. A insustentabilidade de tal posicionamento resulta, aliás, de forma clara das correcções com que nos deparamos ao longo da sua obra. Correcções que mais não denotam do que a falência de uma solução que se pretendia, afinal, neutra.

É que, em rigor, o nexu de condicionalidade que se intenta erigir sustenta-se num processo logicista de eliminação do comportamento cuja eficácia causal se perscruta. Só que ele pouco nos esclarece.

Atendendo ao resultado abstracto, ao tipo de dano verificado, sempre se poderia dizer que ele subsistiria por outra via que não a da ocorrência do evento, afastando-se de todo o modo a possibilidade de estabelecimento posterior da relação de adequação; se, pelo contrário, o enfoque fosse colocado, como faz o autor, no dano concretamente experimentado, nem por isso as dificuldades se atenuam.

A tomada em consideração do resultado concreto, com todas as circunstâncias particulares que o rodeiam, não deixa de ser prestimosa. Mas se a aceitamos sem reserva sabemos, outrotanto, que delas apenas relevaremos aquelas que num jogo dialéctico-analógico foram ressaltadas por aquela intencionalidade a que se aludiu. Isto é, a concretude a que se alude não é absoluta, não sendo possível relevar do resultado todas as suas idiossincrasias.

A preocupação com o resultado concreto, a afastar, incontornavelmente, a relevância da causa virtual mais não faz do que dizer que, ainda que outra condição pudesse ter conduzido ao mesmo resultado, tal não obstará à edificação da causalidade.

Seguro parece ser, portanto, o abdicar da *conditio sine qua non* na sua pureza logicista. A única forma de a salvar é, bem o sabemos, a predicação no resultado concreto. Mas, tal não deixa de querer significar que existe da parte do autor a consciência da inviabilidade de manutenção de um patamar neutral de abordagem do problema. Ou dito de outro modo, com recurso a um exemplo, se A dispara um tiro contra B, provocando a sua morte, que viria a falecer, de todo o modo, por ter sido envenenado previamente por C, a certeza da lesão do direito à vida não é de molde a excluir a responsabilidade do atirador.

E, não obstante, o disparo não é condição sem a qual a morte não se teria verificado, embora seja condição sem a qual aquela morte em concreto se não produziria²⁴⁸⁴.

Imagine-se, na verdade, que o disparo só causou de imediato a morte de B porque este, fisicamente debilitado pela acção do veneno, não conseguiu resistir ao ferimento? Intuída a necessidade de reponderar a solução, vemos que insistir no processo de eliminação em nada nos orienta. E bem assim, se o quisermos transmutar num processo de substituição pouco ou nada se adiantará. Pois que um e outro só seriam defensáveis se pudéssemos ou postular um mundo determinista, ou reconstituir todo o encadeamento causal de forma a apurar o relevo contributivo de cada um dos factores pretensamente causais.

Abstraindo do envenenamento, aquela morte, naquelas condições, teria ocorrido de igual modo?

Se a resposta for sim, estamos a postular o determinismo do ser; se a resposta for não, estamos a convocar como referente de sindicância dados estranhos ao caso, chamando à colação outros elementos, a entroncar na probabilidade de que cura a doutrina da adequação. E assim a fugir da condicionalidade para enveredar na causalidade, a qual pressupõe, na fidelidade ao pensamento tradicional, o prévio desenho da primeira e, portanto, a opção pela alternativa afirmativa àquela interrogação.

²⁴⁸⁴ Não se ignoram, voltamos a frisá-lo, todos os argumentos que militam contra a consideração do resultado em concreto. Rememoramos, *inter alia*, os depoimentos de BYDLINSKI, *Probleme der Schadensverursachung ... cit.*, p. 17; CHRISTOPH ROTHENFUSSER, *Kausalität und Nachteil, ... cit.*, p. 75-81; CANARIS, “Die Vermutung aufklärungsrichtigen...”, ... cit., p. 15. Contudo, cremos que a sua ponderação fora dos quadros da logicidade própria da condicionalidade *sine qua non* e, bem assim, da causalidade adequada ditará o afastamento das reservas que em relação a esse ponto de partida do discurso do decidente se poderiam formular.

Porque, no fundo, ter-se-ia de indagar quão normal é um disparo daquele tipo provocar instantaneamente a morte²⁴⁸⁵.

Algumas conclusões são, prefunctoriamente, viáveis. Assim, a pureza da logicidade que contamina a *conditio sine qua non* é abandonada. A presença de uma única causa real ou de várias é determinada em termos probabilísticos, aproximando-nos, em certa medida, da formulação da adequação. Por outro lado, nem sempre é possível determinar se há ou não independência dos factos, aspecto que torna inviável a conclusão acerca da virtualidade ou realidade de um pretense concurso de causas da lesão. A qualificação de um problema nos termos da causalidade virtual ou da causalidade concorrente torna-se, então, complexa²⁴⁸⁶. E permite aventar a possibilidade de analogia entre as situações: imagine-se, naquele caso do disparo e do envenenamento, que não se consegue dilucidar qual das forças mortais actuou em primeiro lugar. Não podemos concluir que a irrelevância da condicionalidade virtual legítima que se afaste, no domínio da causalidade concorrente e conjunta, o nódulo dilemático da *conditio sine qua non*^{2487 2488 2489}? Ou dito de outro modo, a partir do

²⁴⁸⁵ Na verdade, o raciocínio passaria por saber se o homem comum, não envenenado, teria ou não resistido ao disparo. O recurso ao dado estatístico e/ou probabilístico teria aqui um lugar de destaque. Com a diferença relativamente à causalidade, porquanto esta olharia para o dano abstracto.

A não ser esse o raciocínio ou resvalaríamos para o determinismo e a resposta seria sempre sim; ou consideraríamos que nunca um evento intercorrente pode ser indiferente na produção do dano e a resposta seria não.

De todo o modo, saliente-se que, ao lançar-se mão do primeiro arrimo argumentativo, seríamos levados a ajuizar juridicamente com base em razões não juridicamente cunhadas.

²⁴⁸⁶ A este propósito, cf. BYDLINSKI, “Die Verursachung im Entwurf eines neuen Schadenersatzrechts“, ... cit., considerando que a causalidade hipotética corresponde a uma causalidade cumulativa separada no tempo.

Referindo-se à posição de BYDLINSKI, veja-se, entre nós, SINDE MONTEIRO, *Définition de la causalité: la causalité dans les projets nationaux*, ... cit., p. 14-15. Cf., também, “Sobre uma eventual definição da causalidade nos projectos nacionais europeus de reforma da responsabilidade civil”, ... cit., p. 161-188.

A proximidade denotada entre a causalidade cumulativa e a causalidade hipotética determina, aliás, que, no projecto austríaco de reforma do direito das obrigações, as duas hipóteses recebam igual tratamento. Cf. *infra* §1294.

²⁴⁸⁷ Tempo, pois, de precisar os conceitos, de forma a garantir a inteligibilidade do discurso. Cf., a título de sistematização das diversas formulações, PAULO MOTA PINTO, *Interesse contratual negativo*... cit., p. 652, nota 1858 e “Sobre condição e causa...”, ... cit., p. 3, nota 9, como, aliás, tínhamos já tido oportunidade de referir.

Para além da causalidade virtual, fala-se na doutrina, com terminologias diferentes, de *causalidade complementar* (concausalidade necessária, conjunta) – há duas causas reais, sendo ambas necessárias para a produção do dano, porquanto só uma não teria tido eficácia causal –; de causalidade cumulativa, *causalidade cumulativa não necessária*, causalidade plural, causalidade adicional ou concurso cumulativo – há duas acções, mas cada uma delas, por si, teria sido bastante para causar o dano.

Amiúde, somos também confrontados com a expressão *causalidade alternativa* e *causalidade adicional*. Veja-se, a este propósito, HART e HONORÉ, *Causation*... cit., p. 235 e ss.

Mais importante do que a terminologia parece ser, contudo, a intelecção dos contornos com que as situações problemáticas podem vir tipificadas, tarefa esta que abraçaremos em texto.

Saliente-se, não obstante, que PAULO MOTA PINTO, numa alusão à força impressiva do vocábulo, refere que a expressão *causalidade alternativa* já leva insita uma pretensa resposta para o problema (*op. cit., loc. cit.*).

Cf., igualmente, DEUTSCH, *Allgemeine Haftungsrecht...* cit., p. 101 e ss., falando de *Gemeinsame (Teil-) Kausalität* (nenhum dos participantes é totalmente causal. Pelo contrário, cada um apenas fornece uma contribuição limitada, só podendo ser responsabilizados de acordo com a regra do § 830 I/1, a que faremos referência de imediato); *Alternative (Voll-) Kausalitäten* (colocando problemas de prova); *Kumulativ-überschiessende Kausalität* (causalidade cumulativa excessiva). O autor refere, ainda, a ideia de *konkurrierender Kausalität*, a que acede por intermédio da obra de TUHR/PETER, *Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts*, 3. Aulf., 1974.

Veja-se, também, DUNZ, “Fremde Unrechtshandlungen in der Kausalkette”, *Neue Juristische Wochenschrift*, 66, p. 134 e ss., igualmente citado por DEUTSCH (p. 103), a apresentar o conceito de *doppelter oder paralleler Kausalität*; e DIANA MONTENEGRO DA SILVEIRA, *Responsabilidade civil por danos causados por medicamentos defeituoso...* cit., p. 116, falando de causalidade complementar, causalidade cumulativa, causalidade subsequente, causalidade alternativa, e considerando esta última bastante distinta das restantes.

Cf., ainda, a este propósito, FRITZ LINDENMAIER, “Adäquate Ursache und nächste Ursache”, ... cit., p. 255 e ss. Considerando os modos de surgimento da causalidade múltipla adequada, o autor fala de *mittelbare Verursachung* – causalidade indirecta (um evento – *mittelbare Ursache*/causa indirecta – provocou outro – *unmittelbare Ursache*/causa directa – que directamente causou o resultado); *Ergänzende (Komplementäre) Verursachung*/causalidade complementar (um primeiro evento perigoso não é apropriado sozinho para causar o dano; um outro evento também não, mas, após o segundo evento, o primeiro ganha uma eficácia que conduz ao resultado); *Gehäufte (konkurrierende, Kumulativ oder solidarische) Verursachung* (um resultado é produzido com base em dois ou mais eventos, que sozinhos também teriam produzido a consequência). Diz-nos LINDENMAIER que, “em caso de múltiplas causas para um dano indivisível, uma causa posterior é para considerar como próxima quando ela imprimiu ao curso dos acontecimentos a direcção para a inevitabilidade do dano, não tendo sido ela própria condicionada inevitavelmente por uma causa anterior. Se, no entanto, existir um nexo de causalidade forçoso entre a causa anterior e a mais recente, então é a anterior que deve ser vista como a causa próxima”. O apontamento do autor permite-nos retirar breves conclusões e impõe um esclarecimento. Na verdade, mostra-se, no diálogo estabelecido com o seu pensamento, o quão próximo anda a problemática da multiplicidade causal da normativa resolução de um problema imputacional. Acontece que, em vez de se orientar por critérios juridicamente informados, o autor acaba por resvalar na ponderação fisicista do problema. Para isso não terá sido estranho – e assim damos início ao esclarecimento que urgia – o facto de as lucubrações de LINDENMAIER se inserirem no campo de investigação do seguro de responsabilidade civil, onde, tradicionalmente, a causalidade relevante é dada através da fórmula da causa próxima.

Cf., também, entre nós, BRANDÃO PROENÇA, *Direito das Obrigações ...* cit., p. 193 e ss. Fala o insigne jurista de causalidade exclusiva (o comboio passou por cima do suicída, considerando que aqui, para além das ponderações meramente causais, o importante é a afirmação de que os actos do suicída foram determinantes, de modo a justificarem a imputação do dano); causalidade concorrente (o atropelamento do peão deve-se à conjugação necessária da conduta culposa de dois condutores ou do condutor e do peão); causalidade cumulativa (o dano resulta de várias causas, sendo que qualquer delas o produziria, como por exemplo no caso de poluição fluvial devida à actividade de duas tinturarias); causalidade alternativa (o dano é provocado por uma causa de autoria incerta); causalidade indirecta (uma causa anterior favorece ou eleva o risco de surgimento de uma causa posterior, como no caso do atropelado que contrai uma infecção no hospital. Nestas situações, o responsável pela causa indirecta terá de suportar os danos secundários provocados pela causa directa, tenha ela a ver com os actos do lesado, de terceiros ou com circunstâncias fortuítas).

Veja-se, igualmente, KEN OLIPHANT, “La pluralité de responsables en droit anglo-saxon”, www.grerca.univ-rennes1.fr/digitalAssests/267/267959_koliphant.pdf, p. 2, sublinhando que não existe uma terminologia universalmente aceite para se aplicar às situações de múltipla autoria, e falando de a) causalidade concorrente (dois eventos são causas naturais do prejuízo que o lesado sofre); b) causalidade interrompida (dois eventos estão ligados por causas naturais ao prejuízo da vítima. O autor do primeiro evento não será responsável se a intervenção do segundo nega a causalidade adequada entre o primeiro e o prejuízo, isto é, se interrompe o nexo de causalidade); c) causalidade agravada (dois eventos lesam independentemente e consecutivamente a vítima. Os efeitos das duas lesões sobrepõem-se. Assim, por exemplo, e acompanhando aqui a exposição do autor, V sofre uma lesão nas costas durante um acidente de trabalho pelo qual o seu empregador, D, é responsável. V não tem a partir daí capacidade para executar outros trabalhos que não sejam tarefas leves e acaba por ver os seus rendimentos diminuídos).

Posteriormente, e independentemente do acidente, V tem problemas nas vértebras e torna-se totalmente inapto para o trabalho. D é responsável pela perda de rendimentos até ao momento em que a incapacidade para trabalhar é também gerada pela doença na coluna. E depois disso?); d) causalidade cumulativa (uma determinada lesão é causada pela exposição tóxica atribuída às emissões de D1 e D2, sendo necessário provar que a contribuição de cada um foi substancial. Adianta o autor que, se a lesão for divisível, a responsabilidade estabelece-se segundo a proporção da sua contribuição em relação à exposição tóxica; se a lesão for indivisível, a responsabilidade é solidária); e) causalidade alternativa (a lesão pode ter sido causada por um de dois eventos, não se sabendo qual deles constitui a real causa do dano).

Outras precisões serão estabelecidas ao longo da restante dissertação.

Cf., ainda, STEPHEN WEBER, *Haftpflicht*, 2008, <http://www.have.ch/download/H3Prozess/Weber.pdf>, onde o autor configura graficamente as diversas hipóteses de *Doppel oder Mehrfachkausalität*.

Por referência ao nosso direito mais antigo, cf. VAZ SERRA, “Obrigação de indemnização...”, ... cit., p. 92 e nota 185.

²⁴⁸⁸ A propósito deste problema, acompanhemos, *brevi momenta*, os ensinamentos de MENEZES CORDEIRO, *Direito das Obrigações...* cit., II, p. 412. O autor fala do problema do concurso de imputações (verificado sempre que a um mesmo dano correspondem várias previsões de imputação) e considera que, ao abordar como tal o concurso de normas, fica habilitado a tratar aspectos atinentes à co-autoria e à cumplicidade. São vários os concursos de imputação a considerar: 1) concurso homogéneo (o mesmo dano provoca imputações diversas, mas todas do mesmo tipo, como por exemplo, quando todas são delituais ou todas são pelo risco); 2) concurso heterogéneo (do mesmo dano emergem imputações várias de tipo diverso, como por exemplo, quando uma imputação é delitual e outra é pelo risco. Segundo esclarece o autor, normalmente este concurso é aparente, porque as respectivas previsões normativas compreendem já a solução para a situação de concurso); 3) concurso subjectivo (o mesmo dano é imputado a várias pessoas. Pode ser meramente aparente, como na situação do artigo 500º CC, já que “o ordenamento prescreve uma determinada hierarquia para as diversas imputações, de tal forma que ou apenas uma delas funciona ou funcionam ambas em momentos diferentes”, mas pode ser real. Nesta hipótese, o dano é imputável a várias pessoas. A saída do concurso passa pela constituição de uma obrigação subjectivamente complexa, que opera em regime de solidariedade, com posterior repartição pelos intervenientes “mercê da graduação dos respectivos regressos em função das culpas”); 4) concurso objectivo (assiste-se a uma variedade de eventualidades que conduzem aos mesmos danos. Como faz notar – cf. p. 415, nota 255 –, o concurso objectivo “só ganha uma dimensão exacta quando acompanhado por um concurso subjectivo; caso contrário, não há dificuldades em apontar o sujeito sobre quem recai a obrigação de indemnizar. Ora, se a doutrina tradicional aborda o problema falando de concurso de causas, ele não deve, no entanto, “limitar-se à problemática da causa uma vez que (...) a mesma não deve ser desinserida do evento que, mercê de adequada valoração normativa, dá lugar a determinada imputação”. Este concurso objectivo pode ser necessário [dois ou mais eventos concorrem para a produção de um dano, sendo essa concorrência condição essencial para a verificação do mesmo – ex: A e B agridem conjuntamente C, matando-o]; cumulativo [dois ou mais eventos provocam um dano, sendo certo que bastaria a ocorrência de qualquer um deles para o mesmo dano se verificar – ex: A e B agridem C, matando-o, sendo certo que qualquer das agressões causaria a morte]; alternativo [dois ou mais eventos incidem sobre uma situação de dano, sendo impossível demonstrar qual deles concretamente o causou – ex: A e B agridem C, que morre; uma das agressões era inofensiva, sendo impossível descortinar qual é uma e qual é outra]. No primeiro caso, em que se verifica um concurso necessário, gera-se uma obrigação solidária, nos termos dos artigos 490º e 497º CC. A solução dispensada aos casos de concurso cumulativo deve ser a mesma, já que, “embora não haja unicidade do acto ilícito pressuposta pelo artigo 490º CC, verifica-se a previsão do artigo 483º CC em relação a dois ou mais intervenientes”, surgindo várias pessoas como responsáveis pelo dano. Já no tocante ao concurso alternativo se verificam maiores dificuldades. De acordo com MENEZES CORDEIRO, “face à inexistência de uma norma semelhante ao § 830 BGB, é impossível a aplicação do artigo 497º. O lesado não consegue demonstrar a culpa de algum dos agentes, nem sequer é capaz de demonstrar o comportamento danoso. Mesmo que haja presunção de culpa, ela não pode funcionar, por não ser possível elucidar contra quem funciona tal presunção”. Notando-se que o que há é desconhecimento quanto ao comportamento danoso e não quanto à culpa, uma vez que, de outro modo, funcionaria o nº2 do artigo 497º, o insigne civilista mostra-se repugnado com a aplicação analógica do artigo 490º.

Cf., ainda, p. 417. De acordo com aquilo com que aí encontramos, o concurso objectivo pode, ainda, ser efectivo [um dano é imputado a duas ou mais eventualidades], ou virtual [um dano é imputado a uma eventualidade, mas, se não tivesse existido, ocorreria na mesma, sendo imputado a uma eventualidade diversa. Neste caso, fala-se de causalidade antecipada para designar o evento efectivamente ligado ao

momento em que uma pessoa não fica exonerada da responsabilidade só porque um processo causal alternativo virtual ocorre, na medida em que ele deixa intocável – em termos probabilísticos – o resultado concreto, não é possível argumentar que, naquelas situações em que é dúbio qual é a causa real e qual é a causa virtual, também a relação de causalidade permaneceu intangível²⁴⁹⁰?

O dado não é perceptível sem mais, impondo, pelo contrário, que se sistematizem algumas das ideias avançadas neste excuro. Distinguem-se as hipóteses de causalidade virtual das situações de causalidade concorrente. A dicotomia, que em termos conceptuais se afigura simples, mostra-se, por vezes, dilemática na prática judicativa. Basta, para o efeito, que se tenha gerado uma situação de dúvida acerca da concreta autoria do dano, donde resulta clara a analogia problematizante com as situações de causalidade alternativa incerta. É claro que continua a discernir-se uma diferença: aí não haverá uma, mas duas causas hipotéticas, que não têm, então, o sentido de possível causa se outra não se tivesse tornado operante, mas de putativa génese do dano.

De todo o modo, afirma-se que a relação de condicionalidade entre o facto constitutivo da responsabilidade e o dano permanece intocável com a existência de uma virtual causa danosa. E vimos que a afirmação só pode ser aceite quando nos orientamos pelo dano concreto, já que o teste da *conditio sine qua non* falharia se nos polarizássemos no dano abstracto. Só que há dúvidas quanto à possibilidade de, no seio de um pensamento logicista, se perspectivar a solução do ponto de vista da concretude do resultado. Basta, para o entender, lembrar que a solução acerca da condicionalidade

dano e de causalidade interrompida para traduzir o evento hipoteticamente ligado se não fosse o concurso].

²⁴⁸⁹ A este ensejo, cf. BACKHAUS, “Einige Überlegungen zum Verhältnis Kumulativer und hypothetischer Kausalität”, *Versicherungsrecht*, 1982, p. 210 e ss.

²⁴⁹⁰ Note-se que momentaneamente nos integramos no quadro do pensamento tradicional para mostrar que, mesmo aí, perde sentido a prisão à indagação condicional. Outra seria a via de solução de acordo com o modelo imputacional por nós forjado. Se pensarmos no referente de sentido comunicador da responsabilidade, como contrapólo de actualização da liberdade, então saberemos *a priori* que a violação dos deveres emergentes na comunicação do *eu* com o *tu* faz irradiar uma esfera de risco/responsabilidade que é abraçada pelo agente envenenador. A qual, no cotejo com a amplitude daqueloutra erigida em torno do atirador, poderá ou não ser consumida por ela. Sabemos, também, que, em concreto, um dos pretensos lesantes – cuja esfera de risco/responsabilidade mobilizamos na formulação do nosso juízo – pode vir provar que o seu comportamento não foi causa da lesão, apresentando elementos suficientemente seguros da real origem do dano. Assim sendo, excluir-se-ia, *a priori*, o problema, porque passaria a existir um único pólo de imputação da responsabilidade. Os dados da equação jogar-se-iam, tal como sustenta PEREIRA COELHO, tão-só a jusante, no momento da determinação do *quantum indemnizatório*.

A grande diferença que nos separa do pensador é que, não nos aprisionando ao logicismo da *condicionalidade sine qua non*, não estamos limitados pela definição de um resultado que, sendo olhado em concreto, não pode incluir notas de concretude bastante que façam com que, na inquirição condicional, se ofereça, desde logo, a resposta ao problema que se tem em mãos.

sine qua non vai ínsita na indagação que dela se faça, por ficar dependente das descrições que do evento e do dano se estabeleçam²⁴⁹¹.

Acresce que, ao olharmos para a concretude da situação, podemos ser remetidos para outro tipo de dificuldades pois, não pondo assim de lado a complexidade telúrica, temos de ter em conta situações em que não é possível postergar o imbrincamento dos acontecimentos na realidade. De facto, a causalidade virtual pode ser encarada do ponto de vista da interrupção donexo causal: A disparou um tiro contra B, que teria morrido de qualquer modo porque tinha sido envenenado por C²⁴⁹². Poder-se-á saber se a vulnerabilidade potenciada pelo veneno a circular no organismo condicionou ou não o facto de não ter resistido ao disparo?

Além disso, ao dizer que não se nega a responsabilidade de A, teremos de concomitantemente sustentar a não responsabilidade de C. Ou seja, a irrelevância negativa da causalidade virtual é acompanhada da sua irrelevância positiva. Só que, do ponto de vista tradicional, isto acabaria por contender com a ideia de que, havendo dúvidas sobre qual dos possíveis autores foi efectivamente causador do dano, nenhum seria responsável²⁴⁹³. É que, como refere MENEZES CORDEIRO, tal solução levaria a que houvesse irrelevância positiva da causa virtual, mas também a que se afirmasse a sua relevância negativa (o lesado não poderia pedir contas a ninguém, mas o efectivamente imputado liberar-se-ia da responsabilidade)^{2494 2495}.

Mostram-se assim as contradições no seio da doutrina tradicional. E evidencia-se como a resposta para a dita questão da causalidade virtual só pode ser pensada no quadro de um juízo de imputação. MENEZES CORDEIRO atesta-o²⁴⁹⁶ e, também o subscreve, ainda que com as devidas distâncias, a nossa ideia segundo a qual as nervuras problemáticas aqui chamadas à liça são objecto de ponderação no quadro imputacional por nós traçado.

²⁴⁹¹ Isto não obsta a que, do nosso ponto de vista, seja fundamental atender às especificidades do caso concreto e não só às circunstâncias exemplares da hipótese controvertida. O que aqui se mostra é que não é coerente partir de uma perspectiva puramente logicista e, dentro dela, tentar captar o que escapa à lupa da logicidade.

²⁴⁹² Mostrando a dificuldade de distinguir a causalidade virtual da interrupção do nexode causalidade, cf. KNAPPE, *Das Problem der überholenden...* cit., p. 16; NEUMANN-DUESBERG, “Einzelprobleme...”, ... p. 264; PEREIRA COELHO, *O problema da causa virtual...* cit., p. 23.

Veja-se, também, a este propósito, MARTIN GEBAUER, *Hypothetische Kausalität...* cit., p. 4.

²⁴⁹³ Note-se que essas dúvidas poderiam surgir logo que não se conseguisse determinar qual o agente mortífero: se a bala, se o veneno.

²⁴⁹⁴ Cf. MENEZES CORDEIRO, *Direito das Obrigações...* cit., II, p. 418

²⁴⁹⁵ Relembre-se, também, BYDLINSKI, sustentando, no quadro da problematização da causalidade virtual, que, se o primeiro lesante causou o real resultado, mas não os prejuízos porque os mesmos teriam surgido sem a sua actuação, é responsável como possível causador. *Op. cit.*, p. 32, 65 e ss.

²⁴⁹⁶ Cf. MENEZES CORDEIRO, *Direito das Obrigações...* cit., II, p. 418

Por outro lado, se, afinal, a questão recebe uma resposta que não pode ser alcançada em termos puramente logicistas, percebemos com a condicionalidade *sine qua non*, afinal, não é central na economia do pensamento tradicional. Mas será que podemos afirmar a sua prescindibilidade? Se mantivermos a ancoragem da resposta logicista, somos confrontados com o seguinte cenário: não se dá relevância negativa à causalidade hipotética do ponto de vista da fundamentação da responsabilidade, porque se mantém intocável a relação de condicionalidade de facto entre o evento e o dano. Mas então isso significa que, se forem duas as causas hipotéticas, nenhuma conduz à exclusão da responsabilidade do agente da outra. Por outro lado, sendo duas as causas hipotéticas, porque a mera hipótese de dano não funda a responsabilidade, nenhum dos agentes será obrigado ao pagamento de uma indemnização, excluindo-se a relevância positiva. Só que, ao excluir-se a relevância positiva, está-se, do mesmo passo, a afirmar a relevância negativa das duas causas hipotéticas, donde os termos lógicos da equação falham necessariamente. Pelo que, ou se insiste na manutenção da pura logicidade e se compromete a justeza material das soluções, ou se abdica dele. E fazendo-o, legitimamos a prescindibilidade da condicionalidade sem a qual a este nível, tornando-a também irrelevante do ponto de vista da causalidade concorrente.

Ao mesmo tempo, se não nos enredarmos nas aporéticas sindicâncias orientadas pelo resultado concreto, então é aquela prescindibilidade que avulta com toda a transparência.

Se os problemas são inequivocamente imputacionais, então é nesse horizonte discursivo que se devem ponderar as hipóteses em que concorrem duas acções para a produção do mesmo resultado, sendo que qualquer uma seria suficiente para a consecução dele – isto é, nenhuma é *condição sine qua non* do surgimento do dano.

Macroscopicamente, duas são as vias de solução pensáveis: ou se considera que não é possível o abandono do requisito condicional e a consequência lógica terá de ser a desresponsabilização dos agentes, pese embora a injustiça que se intui na solução; ou se considera, pelo contrário, que cada agente pode ser responsabilizado, pese embora o desvio relativamente à resposta tradicional.

A doutrina nacional tem deposto no sentido da segunda alternativa. Assim, o testemunho de PEREIRA COELHO²⁴⁹⁷, VAZ SERRA²⁴⁹⁸, ANTUNES VARELA²⁴⁹⁹, MENEZES CORDEIRO²⁵⁰⁰ e mais recentemente PAULO MOTA PINTO²⁵⁰¹.

Fazem-no por aplicação analógica do disposto no artigo 497º CC. Estabelece o preceito a responsabilidade solidária de todos aqueles que contribuíram para a emergência do dano.

Percebe-se, por isso, a solução doutrinal.

Na verdade, se A e B disparam ao mesmo tempo um tiro sobre C, que morre na sequência do ferimento com as balas, ambos exerceram um efeito causal sobre o resultado final. Embora não haja uma actuação concertada, a interpretação dispensada ao artigo prescinde dela em nome da protecção da vítima, contornando, assim, a um tempo, a imposição da verificação estrita da condição *sine qua non*.

Afigura-se, por isso, obter um resultado de índole hermenêutica. É a interpretação da norma que viabiliza o alargamento da hipótese nela consagrada aos problemas com que agora lidamos.

Razão bastante para, alterados os termos da equação, avultar com complexidade crescente o caso concreto. Imagine-se que, diante de uma situação análoga, não se consegue dilucidar com clareza qual o tiro que atingiu a vítima mortalmente. Já não se estaria, aí, diante de uma situação de causalidade cumulativa, embora não necessária, mas outrossim de causalidade alternativa²⁵⁰².

²⁴⁹⁷ PEREIRA COELHO, “O nexa de causalidade...”, ... cit., p. 189 e ss. Para o autor, o efeito concreto seria outro sem qualquer um dos factos, e nessa medida qualquer dos factos condicionou o efeito concreto que ocorreu em consequência da eficácia causal dos dois factos.

²⁴⁹⁸ VAZ SERRA, “Obrigação de indemnização...”, ... cit., p. 95 e ss. VAZ SERRA considera que, havendo concorrência de factos, podemos confrontar-nos com duas hipóteses: nenhum deles é suficiente para produzir o dano ou qualquer um deles é bastante para isso. No primeiro caso, cada um dos agentes deve responder pela totalidade do dano, porque cada facto foi condição da emergência da lesão. Mas, “se o dano puder ser atribuído por partes a cada um daqueles que o produzem, de modo que cada um deles só tenha causado uma parte do dano, só deve responder por essa parte (...), a não ser que haja uma cooperação conscientemente contrária ao direito” – cf. VAZ SERRA, “Obrigação de indemnização...”, ... cit., p. 94. Mais acrescenta o autor que, “se o dano é produzido, não como consequência de uma conduta comum, mas de actos independentes de vários, embora concordantes para o mesmo fim, a solução deve ser ainda a de cada um dos autores responder por todo o dano”. Já se (p. 95) “qualquer dos factos era suficiente para produzir o dano (...), poder-se-ia julgar que falta a conexão causal entre o facto de um dos autores e o dano, pois esse facto não é condição *sine qua non* do dano. No entanto, não seria isso razoável. A vítima ficaria sem indemnização apesar de o facto de qualquer dos autores ter sido suficiente para produzir o dano. Portanto, deve cada um deles considerar-se responsável pelo dano total”.

²⁴⁹⁹ ANTUNES VARELA, *Das obrigações...* cit., I, p. 884

²⁵⁰⁰ MENEZES CORDEIRO, *Direito das Obrigações*, II, ... cit., p. 416.

²⁵⁰¹ PAULO MOTA PINTO, *Interesse contratual negativo...* cit., p. 652 e “Sobre condição e causa...”, ... cit., p. 3, nota 9.

²⁵⁰² Salientando a diferença, cf., uma vez mais, PAULO MOTA PINTO, *ops. cit., loc. cit.* Refira-se que o autor fala de causalidade alternativa incerta.

Sobre o ponto, em conexão com as dificuldades patenteadas pela doutrina da *conditio sine qua non*, veja-se, ainda, ANTUNES VARELA, *Das obrigações...* cit., I, p. 884 e nota 1.

Cf., igualmente, BASIL MARKESINIS, ANGUS JOHNSTON e SIMON DEAKIN, *Markesinis and Deakin's Tort Law*, ...cit., p. 193, onde se fala dos casos de *cumulative causes attributable to the separate carelessness of multiple defendants* e se ilustra a hipótese com recurso a diversos precedentes jurisdicionais, nos quais a *Court of Appeal* veio considerar os lesantes responsáveis em nome do princípio do incremento do risco, fazendo-se impender sobre eles a prova do nexo de causalidade.

Diferentes seriam os casos como aquele que se versou em *Fairchild v. Glenhaven* [2001] EWCA Civ 1881 (11th December 2001), citado pelo autor e já por nós abordado nas páginas introdutórias da nossa dissertação, porquanto aí não haveria certeza se estávamos a lidar com uma situação de *one single material cause* ou *multiple causes*. No fundo, ou se redundaria numa situação de incerteza causal ou, de uma outra perspectiva, ter-se-ia em mente a imprescindibilidade dos diversos contributos causais para o surgimento do dano [acerca do precedente *Fairchild*, cf. também ARIEL PORAT e ALEX STEIN, "Indeterminate causation...", ... cit., p. 694 e ss.: A contraiu mesotelioma depois da sua exposição ilícita a amianto por múltiplos empregadores. A doença começou numa simples célula mesotelial na pleura que depois se tornou maligna. Esta célula tornou-se mesotelial graças a uma fibra ou várias de amianto que o lesado inalou. Ele só esteve exposto a amianto no seu emprego, mas não consegue identificar individualmente o empregador, pelo que demanda as três entidades patronais para que trabalhou. A *House of Lords* considerou que eles eram solidariamente responsáveis, tendo entendido que a contribuição material do lesado é relevante para o risco de lesão. Este há-de ser considerado relevante se preencher duas condições: a) há-de ser semelhante aos riscos de lesão a que outros lesantes expuseram ilícitamente o lesado; b) o conjunto desses riscos deve conter um que realmente se materializou. De acordo com a perspectiva de PORAT e STEIN, a analogia que se estabelece com o caso *Summers v. Tice* não é perfeita (caso dos dois caçadores). No caso *Fairchild*, a exposição da vítima ao risco de lesão não ocorre em simultâneo, mas a principal razão para considerar os dois atiradores responsáveis encontra-se no facto de a dificuldade de prova não dever recair sobre o lesado inocente, mas sobre os pretensos lesantes culpados. Note-se que os autores recorrem na fundamentação da imputação delitual nos casos como estes ao conceito de *evidential damage*. Os precedentes *Holtby* e *Allen* vêm substituir o tradicional entendimento do tudo ou nada pelo princípio da responsabilidade proporcional, que, surgindo no âmbito da *indeterminate causation*, configura um importante desenvolvimento. Cf., ainda, MARGARET FORDHAM, "Causation in the tort of negligence – a dispensable element?", *Singapore Journal of Legal Studies*, 2003, p. 285-301; MILLER, "Judicial Approaches to contested causation: *Fairchild v. Glenhaven Funeral Services in Context*", *Law, Probability and Risk*, 2002, p. 119 e ss.; COGGIOLA, "L'accertamento del nesso di causalità nei casi di mesoteliomi conseguenti ad esposizione ad amianto: una nuova pronuncia della House of Lords", *Responsabilità civile e previdenza*, 2006, p. 1782]. V., também, BANAKAS, "Causalité juridique et imputation. Réflexions sur quelques développements récents en droit anglais", *Les distorsions du lien de causalité en droit de la responsabilité civile*, *Revue Lamy Droit Civil*, 2007/40, n°2641, p. 94, dando conta do caso *Fairchild v. Glenhaven Funeral Services* e considerando que, nestas hipóteses, se deve responsabilizar solidariamente já que os agentes aumentaram materialmente o risco de contrair uma doença. Cf., ainda, BANAKAS, "Causalité juridique et imputation...", considerando que o precedente citado e o *Civil Liability Act 2006* introduziram, nos casos de desenvolvimento de mesotelioma, o princípio da responsabilidade individual por culpa sem prova da causalidade individual, princípio esse que, segundo o autor, não tem o alcance do *market-share liability*. O *Civil Liability Act 2006* consagra a regra da responsabilidade solidária nos casos de mesotelioma. A este ensejo, veja-se, também, KEN OLIPHANT, "La pluralité de responsables...", ... cit., considerando que a solução pensada ao nível do precedente *Fairchild v. Glenhaven Funeral Services* pode também aplicar-se quando um dos factores causais não é ilícito (por exemplo, o comportamento do lesado) e sustentando que, nos casos de desenvolvimento de mesotelioma, o fundamento da responsabilidade parece ser mais a criação ilícita do risco, pelo que a responsabilidade há-de ser proporcional ao risco criado (ideia de uma responsabilidade repartida).

A propósito da causalidade alternativa incerta, cf., também, *inter alia*, CONSTANTIN KRUSE, *Alternative Kausalität im Deliktsrecht* ... cit., em especial p. 4 e ss., apresentando uma perspectiva histórico-dogmática do problema. Cf., designadamente, p. 138, lidando com a abordagem que o direito romano teve acerca da questão. A este nível, veja-se a referência a D. 9,2,51 (JULIANUS): *Ita vulneratus est servus, ut eo ictu certum esse moriturum: medio deinde tempore heres institutus est et postea ab alio ictus decessit*. JULIANUS e ULPIANUS, recorrendo às autoridades mais antigas e à própria estrutura da *lex Aquilia*, mostram que, nos casos de causalidade incerta, não é possível proceder-se à atribuição do dano a um dos agentes, antes se devendo solucionar o problema com uma uniforme distribuição dos riscos. Para ULPIANUS e JULIANUS todos seriam responsáveis. Solução diversa surge, aparentemente, através da *Glosa*

Partindo-se da interpretação do artigo 497º CC para ver quais os casos que integram a sua previsão normativa, entende parte da doutrina que, porque aqui não há verdadeiramente cumulação de causas, mas incerteza relativamente ao nexo a apurar em termos fácticos, ele não pode ser aplicado^{2503 2504 2505}.

de Acúrsio (D. 9,2,11,2): duas pessoas infligiram um dano, mas não se sabe qual das duas o fez: *Sed contra videtur, scilicet in dubio neminem teneri, apud* CONSTANTIN KRUSE, *Alternative Kausalität im Deliktsrecht...* cit., p. 55. Conforme esclarece o autor citado, há que estabelecer uma distinção. Em determinados casos, a violação emana de um grupo bem definido; noutros casos, é totalmente incerto qual é o agente lesivo (isto é, além do suspeito, pode ter sido qualquer outro). Naquela situação, o grupo dos potenciais lesantes foi causal para o surgimento do dano, sendo nesta perspectiva que se pode considerar a causalidade alternativa – cf. p. 55. Ademais, enquanto outros olhavam para a solução como uma excepção ao princípio da causalidade, ACÚRSIO olha-a do ponto de vista da prova, como uma excepção ao princípio. Sobre o ponto, cf., para maiores desenvolvimentos, p. 187, cap. III da nossa dissertação.

A este propósito, cf., ainda, BERNHARD ALEXANDER KOCH, „Rezensionen: Constantin Kruse, Alternative Kausalität im Deliktsrecht – Eine historische und vergleichende Untersuchung“, *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht*, 2008, p. 887-888

²⁵⁰³ Veja-se, afirmando a impossibilidade de se aplicar o artigo 497º CC a situações como a que chamamos à colação, MENEZES CORDEIRO, *Direito das Obrigações...* cit., II, p. 416 e ss.; VAZ SERRA, “Responsabilidade contratual e extracontratual...”, ... cit., p. 97 ss. (note-se que o autor, ponderando a possibilidade de acolhimento, entre nós, de uma solução como a do § 830 BGB, remete a questão para a análise do instituto da responsabilidade civil – assim, cf. nota 250 e VAZ SERRA, “Responsabilidade contratual e extracontratual”, ... cit., p. 107 e ss., negando a aplicação, entre nós, da solução prevista no § 830 BGB) e PEREIRA COELHO, *O problema da causa virtual...* cit., p. 24.

Em sentido contrário, cf. CALVÃO DA SILVA, “Causalidade alternativa...”, ... cit., p. 465 e ss. Aderindo a uma formulação negativa da causalidade adequada, CALVÃO DA SILVA sustenta que cada lesante deve ser responsabilizado, bastando para isso que se prove que ambos os autores foram prováveis responsáveis. Para isso, invoca a inversão do ónus da prova quando se adira àquela formulação negativa, bastando ao lesado provar a condicionalidade. Mais concretamente bastará ao lesado provar que uma qualquer causa, ou melhor um dos comportamentos de um dos produtores, é *conditio sine qua non*. Cada uma dessas condições é presumida como causa adequada do dano (“le dommage est la conséquence normale, typique, probable du DES défectueux” – *op. cit., loc. cit.*), pelo que “o autor da lesão deve ilidir essa presunção, demonstrando circunstâncias excepcionais, anormais, extraordinárias ou irregulares” que tenham influenciado a situação. Determinada a capacidade abstracta, entende-se que o lesado pode utilizá-la para estabelecer a sua presunção, a probabilidade séria que aquele ou aqueles produtores sejam os responsáveis. Mais especificamente, “pode-se mesmo dizer que o agente do dano não é verdadeiramente um desconhecido”. Veja-se, ainda, *Responsabilidade civil do produtor...* cit., p. 579 a 587.

Em sentido concordante com CALVÃO DA SILVA, veja-se, ainda, PAULO MOTA PINTO, *Interesse contratual...* cit., p. 654, nota 1859. Cf., também, CARNEIRO DA FRADA, *Direito civil...* cit., p. 107, nota 125.

²⁵⁰⁴ Embora por referência ao ordenamento jurídico belga, cf., a propósito, pelo carácter exemplar da exposição, HERMAN COUSY AND ANJA VANDERSPIKKEN, “Causation under Belgian Law”, *Unification of tort law: causation...* cit., p. 35 e ss. São aí contempladas diversas situações: a) diferentes autores adoptam diferentes comportamentos e todos se mostram necessários para a produção do dano, isto é, sem um deles ele não teria avultado – há responsabilização de todos os agentes; b) diferentes autores colaboram no sentido de perpetrarem o acto ilícito, ocorrendo a chamada *faute commune* – há responsabilidade dos diversos agentes; c) o dano é causado por um membro indeterminado de um grupo definido de sujeitos – em regra, não há lugar à responsabilidade. Contudo, a vítima pode, em determinadas circunstâncias, vir a ser indemnizada, se todos participaram na actividade que por sua vez causou a acção da qual resultou o dano. Nessa medida, no conhecido casos dos caçadores que disparam em simultâneo alvejando um terceiro, consideram os autores, na esteira da jurisprudência firmada no tribunal de cassação, que todos são responsáveis, por se entender tratar-se aqui de uma acção concertada, conjunta, salientando-se, não obstante, que “a colectivização da *faute* pela qual o grupo é responsável pelo acto cometido por um dos seus membros só é aceitável se o risco de causar o dano fosse tal que deveria ter restringido a actividade conjunta deles”. Na base deste requisito está, aliás, a não responsabilização dos produtores nos famosos casos já por nós enunciados *supra* da causalidade alternativa envolvendo o DES (cf. p. 35 e 36) [cf., a propósito do caso citado, *Summers v. Tice* 33 Cal. 2d

80, 119 (1948), nos EUA]. Mais problemáticas, segundo os autores, são as hipóteses em que não é possível encontrar uma actuação concertada por parte dos diversos agentes, porque cada um actua isoladamente, sendo o comportamento suficiente para causar o dano. É que, aqui, a consideração extrema da doutrina da equivalência das condições redundaria no absurdo da não responsabilização de qualquer um deles.

Lidando com o problema dos danos causados por um membro não identificado de um grupo de pessoas determinadas, no ordenamento jurídico francês, cf. HASSEN ABERKANE, “Du dommage causé par une personne indéterminée dans un groupe déterminé de personnes”, *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 1958, p. 516 e ss. Analisaremos a posição do autor *infra*. Refira-se agora que considera que a solução de responsabilização nestes termos implica um prolongamento da ideia de personalidade moral, na medida em que teria sido constituída uma realidade sociológica que não se pode negar, pelo que não seria aplicada a figura quando o grupo em questão surgisse fortuitamente, não tendo o mínimo de estabilidade e coerência interna. Na verdade, só estes requisitos permitiriam falar de um gérmen de personalidade moral, cf. GENEVIÈVE VINEY/PATRICE JOURDAIN, *Traité. Les conditions...* cit., p. 236 e ss.). O problema surge, consoante esclarecem, quando não é possível identificar o autor do dano, mas se pode provar que ele necessariamente provém de certas pessoas que fazem parte de um grupo. Para justificar a responsabilidade colectiva das pessoas que podem ter estado na origem do dano cujo autor não é identificado, faz-se apelo à ideia de que o facto foi realizado em comum – apelo a uma *faute collective* ou a uma *faute connexe*; outras vezes fala-se de um *fait non fautif* que engendra a responsabilidade com fundamento no artigo 1384º/1 CC. Segundo o testemunho das autoras, “os tribunais tendem a justificar a assimilação entre a situação dos autores possíveis de um dano anónimo e aquela dos co-autores responsáveis *in solidum* pela ideia de *faute collective/faute connexe* ou pela noção de *garde collective* ou de *garde en commum*. Mas isto não é suficiente como argumento. Recorre-se a uma ficção, esquecendo que persiste a incerteza quanto ao nexos causal”. Por isso, adiantam ser necessário prescrutar outros fundamentos alicerçadores da solução: recurso a uma ideia de personalidade de facto, ou justificação processual da solução com a ideia de obstaculização da prova (assim no caso de escola dos caçadores em que a vítima, pela actuação simultânea dos lesantes, se veria impossibilitada de cumprir em juízo o seu encargo). Na sua proposta doutrinal, falam, contudo, da admissão de uma presunção de causalidade – cf. p. 246 – e estabelecem limites para a tendência jurisprudencial: é necessário que a identificação do autor do dano seja efectivamente impossível, já que a solução da *obrigação in solidum* deve ser vista como um recurso subsidiário, que deixa de fazer sentido quando se obtenha a prova efectiva da causalidade. Assim, se um dos membros provar a sua não participação, ele deve ser liberado da responsabilidade; se um dos membros conseguir provar qual dos outros foi o autor do dano, todo os outros são exonerados.

Cf., a este propósito, e com referência preferencial ao ordenamento jurídico francês, FLORENCE G’SSELL-MACREZ, *Recherches...* cit., p. 367 e ss. Afirma a autora que, “em casos simples, a questão da imputabilidade material não se coloca: o autor do acto é simplesmente aquele que o cometeu. Mas as coisas não são sempre assim tão simples. Em certos casos, pode ser difícil determinar quem cometeu o acto ilícito. É o que acontece sempre que o autor do dano é uma pessoa indeterminada no seio de um grupo. Também é o caso quando a pessoa comete fisicamente o acto, mas é de tal forma constringido que é difícil discernir se é o seu autor. (...) em todas elas, as dificuldades relativas à imputabilidade material são questões de causalidade”. Lidando, em seguida, com os problemas atinentes à determinação da causalidade do dano gerado por uma pessoa indeterminada no seio de um grupo determinado, a autora adianta que uma das vias de solução é o recurso à *faute commune* ou à *faute collective*, que permite condenar *in solidum* cada um dos protagonistas. E antecipa que, na reforma do direito da responsabilidade civil, “elaborada sob a direcção de Catala, o artigo 1348º dispõe que, sempre que um dano é causado por um membro indeterminado de um grupo, todos os membros identificados respondem solidariamente, salvo se se demonstrar que um não pode ser o autor” (*Avant Projet de Réforme du Droit des Obligations*). Próxima da noção de *faute commune* está aquela outra que, no horizonte da *Common Law*, vai conhecida pela *aggregate nuisance* – veja-se, quanto a ela, W. V. HORTON ROGERS, “Causation under English Law”, ... cit., p. 49 e ss. Sustenta o autor que a categoria indica que cada agente deve ser responsabilizado pela globalidade do dano emergente. Cf. *Lambton v. Mellish [1894] 3, apud op. cit., loc. cit.*: “if the acts of two persons, each being aware of what the other is doing, amount in the aggregate to what is an actionable wrong, each is amenable to the remedy against the aggregate cause to complaint”.

O critério parece passar aí pela desvelação de um ponto de conexão entre a conduta dos diversos agentes que permita qualificá-los como *joint tortfeasors*.

Cf., também, THOMAS PROBST, “La causalité aujourd’hui”,... cit., p. 9, considerando que a causalidade alternativa não coloca um problema dogmático, mas um problema atinente à prova do nexos de causalidade natural. Mais adianta o autor que, se os dois potenciais autores tiverem cometido uma *faute commune*, a responsabilidade será solidária (nos termos do artigo 50º/1 C. Obrigações); na ausência de

Outra seria a solução disponibilizada pelo ordenamento jurídico alemão. Em face do § 830 I, “se vários agentes tiverem causado o dano mediante uma acção ilícita praticada em conjunto, cada um é responsável pelo dano”, o mesmo valendo para as situações em que “não se consegu[e] determinar qual dos vários agentes causou o dano com a sua acção”^{2506 2507 2508 2509 2510 2511}.

uma *faute commune*, a simples possibilidade causal não é suficiente para fundar a responsabilidade (artigo 8º CC).

²⁵⁰⁵ Também TRIMARCHI (*Causalità e danno...* cit., p. 10 e ss.), no quadro do ordenamento jurídico italiano, contesta a possibilidade de responsabilização solidária em face de situações de causalidade alternativa incerta, por não existir no CC italiano um preceito idêntico ao § 830 BGB.

Veja-se, ainda, BORDON/ROSSI/TRAMONTANO, *La nuova responsabilità civile*, ...cit., p. 163 e ss.; PONZANELLI, “Pallino anonimo ovvero attività pericolosa com responsabile ignoto e problemi di welfare state”, *Foro Italiano*, nº79, 1992, 1348 e ss.

²⁵⁰⁶ § 830 I/1: se várias pessoas tiverem causado o dano mediante uma acção ilícita praticada em conjunto, cada um é responsável pelo dano.

§ 830 I/2: Acontece o mesmo se não se conseguir determinar qual dos vários agentes de um grupo causou o dano.

§ 830 II: os instigadores são tratados como co-autores.

§ 840: se um dano é imputável a vários responsáveis, eles são solidariamente responsáveis.

Cf., independentemente de ulteriores precisões, SCHIEMANN, “§§ 823-838, 840-853 BGB, ProdHaftG”, *Erman Kommentar zum BGB*, Hrsg. H. P. WESTERMANN/K. KÜCHENHOFF, 12. Auflage erscheint, 2007

²⁵⁰⁷ Cf., a este propósito, ULPANUS, D. 9.2. 11.2. Se várias pessoas provocaram a morte de um escravo, e não é claro qual a conduta que foi fatal, apesar de só um ter cometido um *occidere*, nestes casos de causalidade incerta, todos os lesantes são considerados responsáveis.

V., para uma análise da questão em termos históricos, NILS JANSEN, “Damage caused by less than all possibly harmful events. Damage caused by less than all possibly harmful events outside the victim’s sphere”, *Digest...* cit., p. 353; CONSTANTIN KRUSE, *Alternative Kausalität im Deliktsrecht ...* cit., p. 150 e ss., distinguindo uma primeira fase, onde se integra a elaboração do preceito, e uma segunda fase do desenvolvimento científico, ao que alia uma análise da jurisprudência do *Reichsgerichts* (p. 163) e do *Bundesgerichtshofs* (p. 171). Veja-se, ainda, p. 138, onde somos contemplados com o pensamento romano a propósito da causalidade alternativa.

²⁵⁰⁸ Veja-se, sobre o preceito em apreço, LARENZ/CANARIS, *Lehrbuch...*cit., II/2, p. 578 e ss., considerando que, se o comportamento de qualquer dos sujeitos poderia ter causado o dano, não faria sentido conceder um benefício ao lesante, exclusivamente porque outro poderia também tê-lo causado.

Note-se que, de acordo com o ensinamento dos autores, se A furta violentamente a carteira de C e B se junta a esse comportamento, lesando a integridade física daquele, o § 830 tem apenas uma eficácia declarativa, porque a responsabilidade resultaria directamente do § 823 BGB. A sua importância só avulta, portanto, quando a responsabilidade dos sujeitos não decorre de forma imediata e clara do preceito mãe em matéria delitual. O fundamento do § 830 BGB reside, pois, no facto de haver uma interacção dos lesantes ou um acordo entre eles – “é pela participação conjunta na acção ilícita que provocaram a não evidência do requisito. O grau e o tipo da culpa legitimam pois o enfraquecimento da exigência ao nível causal”.

Acerca da importância da previsão normativa, LARENZ e CANARIS acrescentam, ainda, que ela “desempenha também uma função sobre aqueles delitos relativamente aos quais se prevêem especiais requisitos para a pessoa do agente” (cf. p. 565).

²⁵⁰⁹ Para uma referência a este problema no quadro da *common law*, cf., *inter alia*, e sem embargo de outras referências introduzidas *supra* e a introduzir *infra*, *Bonnington Casting Ltd. v. Wardlaw* (1956); *McGhee v. National Coal Board* (1973); *Wilsher v. Essex Area Health Authority* (1988); *Fairchild v. Glenhaven Funeral Services Ltd* (2002), e os comentários de CONSTANTIN KRUSE, *Alternative Kausalität im Deliktsrecht...* cit., p. 191 e ss. (p.192, 195, 196) e BANAKAS, “Causalité et imputation...”, ... cit. V., ainda, BASTIAN A ZAHN, “Harmful conduct as the touchstone of causation: na analytical comparison of Baker v. Corus and Julian”, *The Edimburg Law Review*, 15, 2011, p. 197 a 217 (analisando o precedente *Fairchild* à luz dos ensinamentos de JULIANUS)

²⁵¹⁰ Sobre as situações de múltiplos lesantes, no quadro do ordenamento jurídico alemão, cf., *inter alia*, LARENZ/CANARIS, *Lehrbuch...* cit., II/2, p. 563 e ss.; DEUTSCH, “Das Verhältnis von Mittäterschaft und

O preceito tudesco estabelece, portanto, a orientação judicativa para dois grupos de casos²⁵¹². Às hipóteses de causalidade conjunta ou complementar juntar-se-iam as de

Alternativtäterschaft im Zivilrecht”, *Juristenzeitung*, 1972, p. 105 e ss.; ID., *Allgemeines Haftungsrecht...* cit., p. 100 e ss. e p. 317 e ss.; THEO BODEWIG, “Probleme alternativer Kausalität bei Massenschäden”, *Archiv für die civilistische Praxis*, 185, Heft 6, 1985, p. 506 e ss.; BREHM, “Zur Haftung bei alternativer Kausalität”, *Juristenzeitung*, 35, Heft 3, 1980, p. 585 e ss. (com importantes contributos acerca do fundamento da previsão normativa); ASSMANN, “Multikausale Schäden im deutschem Haftungsrecht”, *Multikausale Schäden in modernen Haftungsrechten* (FENYES/WEYERS, hrgs.), 1988, p. 99 e ss.; JOACHIM GERNHUBER, “Haftung bei alternativer Kausalität”, *Juristenzeitung*, 16, heft 5/6, 1961, p. 148 e ss.; THOMAS MEHRING, *Beteiligung und Rechtswidrigkeit bei § 830 I 2 BGB. Zugleich ein Beitrag zur Behandlung der Fälle von Anteilszweifeln und Opfermehrheiten*, Duncker und Humblot, Berlin, 2003; TOBIAS MÜLLER, *Wahrscheinlichkeitshaftung von Alternativtättern, Ein Beitrag zur Dogmatik des § 830 BGB*, Peter Lange, Frankfurt am Main, 2001; HERMANN LANGE/GOTTFRIED SCHIEMANN, *Handbuch des Schuldrechts...* cit., p. 156 e ss.; DEUBNER, „Zur Haftung bei alternativer Kausalität“, *Juristisch Schulung*, 62, p. 383 e ss.; TRAEGER, *Der Kausalbegriff...*cit., p. 228 e ss.; INGBORG PUPPE, „Zurechnung bei mehreren Beteiligten“, *Jura*, 1998, p. 21-31; WESTERMANN/BYDLINSKI/WEBER, *BGB – Schuldrecht, Allgemeiner Teil*, cit., p. 248; KLAUS VIEWEG, „Schadensersatzrecht“... cit., p. 398 e ss.; CHRISTINA EBERL-BORGES, „§830 BGB und Gefährdungshaftung“, *Archiv für die civilistische Praxis*, 196, Heft 5, 1996, p. 491 e ss.; HEINZE, „Zur dogmatischen Struktur des § 830 I/2 BGB“, *Versicherungsrecht*, 73, p. 1081 e ss.; BACKHAUS, “Einige Überlegungen zum Verhältnis Kumulativer und hypothetischer Kausalität”,... cit., p. 210 e ss.; BAUER, “Die Problematik gesamtschuldnerischer Haftung trotz ungeklärter Verursachung”, *Juristenzeitung*, 71, p. 4 e ss.; BRIGITTE KEUK, “Die Solidarhaftung der Nebentäter”, *Archiv für die civilistische Praxis*, 168, 1968, Heft 2, p. 175 e ss.; GERHARD RIES, “Zur Haftung der Nebentäter nach § 830 und § 840 BGB”, *Archiv für die civilistische Praxis*, 177, Heft 6, 1977, p. 543 e ss.; OLIVER BERG, „La pluralité de responsables en droit allemand“, www.grecca.univ-rennes1.fr/digitalAssets/267/267950_oberg.pdf; THOMAS WECKERLE, *Die deliktische Verantwortlichkeit mehrerer*, Karlsruher, Göttingen, 1974; ESSER/WEYERS, *Schuldrecht*, Band II, ... cit., p. 606 e ss.

Com grande importância para o tema, cf. BYDLINSKI, “Haftung bei alternativer Kausalität”, ... cit., p. 1 e ss.; ID., “Mittäterschaft im Schadensrecht”, ... cit., p. 410 e ss. [Note-se que o autor, analisando o problema da *Lehre von der Mittäterschaft*, parte para uma investigação acerca do próprio papel que à causalidade é reservado no quadro delitual]; ID., “Aktuelle Streitfragen um die alternative Kausalität”, ... cit., p. 3 e ss.

²⁵¹¹ Cf. o artigo 926º CC Grego (ao qual tivemos acesso pela análise jurisprudencial de E. DACRONIA, *Digest...* cit., p. 363 e ss., em comentário à decisão 1191/2001 do Tribunal de Apelação de Atenas. Dispõe o nº2 que, se o dano é provocado por dois ou vários sujeitos e não se pode determinar que acção conduziu ao dano, todos são responsáveis. Segundo o jurista grego, a presunção de causalidade a que assim somos conduzidos é ilidível, existindo quatro requisitos de aplicação do artigo 926º/2: a) é necessário que ocorra um acto de mais do que uma pessoa (sendo irrelevante saber se os actos são ou não sucessivos ou simultâneos, se são ou não idênticos, se há ou não um acordo prévio entre os lesantes); b) cada um dos actos, independentemente, tem de ser adequado para causar o dano (ou seja, tem de ser uma potencial causa do dano); c) cada um dos actos tem de ser ilícito e culposos; d) tem de ser impossível determinar qual deles foi causa do dano.

²⁵¹² No âmbito de um estudo de direito comparado – *Digest of European Tort Law*, vol. I, *Essential Cases on Natural Causation...* cit., p. 1 e ss. –, os casos de causalidade múltipla são sistematizados da seguinte forma: 1. *Danos causados por menos do que todos os possíveis eventos lesivos* (dois ou mais causas podem ter independentemente causado o dano, mas não temos a certeza de qual causou na realidade a lesão); 2. *Danos causados por várias causas simultâneas e independentes*; 3. *Danos causados por várias causas sucessivas e independentes*; 4. *Causalidade mínima*. No primeiro grupo delineado, encontram-se diversas sub-hipóteses: a) danos causados por menos do que todos os eventos possíveis fora da esfera da vítima (de que é exemplo o clássico caso dos caçadores: quatro caçadores encontram-se a exercitar a sua actividade e disparam na mesma direcção e ao mesmo tempo, ferindo mortalmente A. Apenas uma das balas, de uma das armas, atingiu a vítima, não se sabendo, porém, quem foi o autor do disparo fatal); b) danos causados por menos do que todos os eventos possíveis, incluindo eventos que se situem na esfera da vítima (exemplo: depois do paciente V ter saído do hospital, fica doente. Não se sabe em que medida a doença de V é causada por negligência dos médicos ou pela sua própria condição de saúde); c) danos causados a menos do que todas as vítimas por um evento danoso (tratam-se aqui das situações de indeterminação da vítima. Oferecendo um exemplo, o questionário da obra que

causalidade alternativa ou causalidade incerta^{2513 2514 2515 2516 2517 2518}, havendo de posteriormente lidar-se com a questão da causalidade cumulativa^{2519 2520 2521 2522 2523 2524}
2525

acompanhamos fala-nos da situação em que, “na área onde a fábrica A está colocada, o risco de contrair cancro é 200% mais elevada do que noutras áreas e 200% maior do que nesta zona antes de a fábrica ter começado a trabalhar. O Tribunal está convencido que existe um nexo entre as emissões ilegais e o aumento da incidência de cancros, mas não consegue determinar, de entre as pessoas doentes, quais aquelas que desenvolveram a patologia por causa das emissões”); d) danos causados a menos do que todas as vítimas possíveis por um ou mais possíveis eventos danosos (aqui, mesmo que seja certo que cada sujeito causou o dano, cada um deles pode invocar que não foi ele que causou o dano em concreto. O exemplo paradigmático destas hipóteses é encontrado nos célebres casos DES). Já no segundo grupo a que os autores se referem, podemos verificar que diferentes eventos ocorrem em simultâneo, sendo que cada um teria sido suficiente para causar o dano da vítima. O problema aqui é que nenhum dos eventos se pode considerar *conditio sine qua non*, no sentido estrito do termo: A e B, dois caçadores, disparam ao mesmo tempo, na mesma direcção. Ambos acertam na cabeça de V, que vai a passar, mas cada uma das balas isoladamente teria tido o mesmo efeito letal. No terceiro grupo contemplam-se as situações em que o primeiro evento causou um dano e um segundo evento teria causado o mesmo dano, pelo que nenhum deles pode ser considerado, também aqui, *conditio sine qua non* do dano. Os eventos sucessivos podem situar-se fora da esfera da vítima (exemplo: A colide com o carro de V que estava parado na estrada e destrói-o integralmente. Um minuto depois, o carro de B colide com os destroços de V, que continuavam no mesmo lugar, colocando-se o problema da relevância negativa da causa hipotética); ou podem situar-se na esfera da vítima (exemplo: A pega fogo à casa do vizinho. Metade da casa foi destruída pelo incêndio e a restante foi destruída por um terramoto que ocorre posteriormente, colocando-se a questão de saber se A pode invocar este segundo facto para se eximir da responsabilidade). Nos casos de causalidade mínima, “o dano que resulta de um acto individual não pode ser quantificado, mas todas as causas mínimas provocam um dano mensurável”, pelo que, “considerando a *conditio sine qua non*, o dano teria ocorrido mesmo que uma das causas mínimas não tivesse existido” (exemplo: uma longa greve causa um dano à economia. O dano total é muito importante, mas o dano individual, causado por cada grevista, não pode ser quantificado).

As diversas hipóteses contempladas no questionário – o qual serve de guião ao desenvolvimento da obra citada – correspondem às categorias que foram sendo tematizadas ao longo dos anos pela doutrina nacional e estrangeira: causalidade alternativa incerta, indeterminação da vítima, causalidade cumulativa, causalidade hipotética, causalidade mínima. O sentido mais expositivo do que categorial com que são apresentados os conceitos justifica-se pela necessidade de gerar uma plataforma de entendimento entre juristas inseridos em diversos ordenamentos jurídicos e oferece-nos uma visão clara acerca da taxonomia de situações com que a este nível se há-de lidar.

²⁵¹³ Para uma análise dos requisitos da responsabilidade prevista no § 830 I/1 e II BGB, cf. LARENZ/CANARIS, *Lehrbuch...* cit. I, p. 566 e ss. Explicam os autores que se exige uma contribuição de facto dos demandados, não tendo esta de ser uma contribuição de tipo físico, podendo traduzir-se numa colaboração de tipo psíquico (o mero estímulo ou simples aconselhamento podem ser suficientes). O lesado não tem de demonstrar a causalidade da contribuição fáctica para a lesão ou para o dano, o que não significa que o nexo de causalidade não tenha qualquer importância. Aos cúmplices e participantes deve ser dada a possibilidade de prova em contrário, porque o efeito protector do § 830 está cumprido. Cf. p. 567 e ss., a propósito da premeditação dos cúmplices (*Mittäters*) e dos participantes (*Teilnehmers*). Ensinam os civilistas que a mera combinação entre a objectiva contribuição de facto e a intenção não basta para a aplicação dos preceitos, havendo de juntar-se a isso um juízo sobre a ilicitude da contribuição do cúmplice [A este ensejo, cf. BETTINA WEIBER, “Gibt es eine fahrlässige Mittäterschaft?”, *Juristenzeitung*, 53, Heft 5, 1998, p. 230 e ss.]. No que respeita ao § 830 I/2 BGB, prevendo-se a solução para os casos de *Haftung von Alternativtätern*, prescreve-se uma responsabilidade por uma causalidade possível (*Haftung für nur mögliche Kausalität*) – cf. p. 570. Contrariamente ao que ocorre no primeiro parágrafo, os agentes não têm de ter actuado conjuntamente: a responsabilidade pelo dano é de um ou de outro, falando-se, por isso, de *Alternativtäterschaft* em oposição a *Mittäterschaft bzw. Teilnahme*. Para uma súmula dos requisitos de aplicação do § 830 I/2 BGB, v. p. 572 (prevê-se que uma das partes causou o dano através da sua conduta; comportamento ilícito; só um é responsável, estando todos os elementos do *Tatbestand* delitual verificados em relação a cada um dos sujeitos. Inclusivamente, é importante que o comportamento pudesse ser causal em relação ao dano. Note-se que o § 830 I/2 BGB não se aplica se a causalidade se estabelecer exclusivamente por referência a uma conduta. Assim, cf. o caso decidido pelo

Bundesgerichtshof a 7 de Novembro de 1978, *in Digest...* cit., p. 357: A atinge B numa estrada. B fica estendido numa estrada durante algum tempo. C passa por aquela estrada, mas não vê B e atropela-o novamente. As lesões conduziram à morte de B, não sendo possível saber quando ocorreu a lesão fatal. O Tribunal rejeitou a aplicação do § 830 I/2 BGB, uma vez que aqui é possível estabelecer a causalidade relativamente à conduta de A. V. o comentário de ZIMMERMANN e KLEINSCHMIDT. Os autores chamam-nos a atenção para o facto de, mesmo que a colisão do primeiro lesante não tenha sido fatal, a morte teria de lhe ser atribuída por ter deixado a vítima sem auxílio. No mesmo sentido, cf. a decisão austríaca de 22 de Abril de 1986 – *Oberster Gerichtshof*, 22 de Abril de 1986, *in Digest...* cit., p. 361. Considera que o § 1302 ABGB – aplicável aos casos de causalidade alternativa incerta por analogia – não se pode aplicar quando se tem a certeza que o primeiro agente efectivamente lesou o direito da vítima, ao mesmo tempo que potenciou a segunda lesão. A única coisa que não se sabe é até que ponto o segundo acto aumentou o dano. Para uma crítica do ponto de vista, cf. BYDLINSKI, “Aktuelle Streitfragen um die alternative Kausalität”, ... cit., p. 3 e ss., aqui p. 15 e ss., já que para o autor, sendo o comportamento do segundo lesante ilícito e culposo, não haveria motivo para não se estabelecer a analogia relativamente aos casos em que a causalidade é incerta no tocante às duas putativas causas. Acompanhe-se, um pouco mais à frente, ulteriores desenvolvimentos acerca do pensamento do autor).

Nega-se a responsabilidade de todos os participantes se o acto de um deles estiver coberto por uma causa de exclusão da ilicitude ou se não existe em relação a ele culpa. O dado de suma importância é explicitado pelos autores, *op. cit.*, p. 576, e mostra-se, segundo ali se colhe, em sintonia com a teleologia da solução normativa, já que “nestes casos não é certo que a vítima possa obter uma indemnização”. Note-se, porém, não ser esta uma posição unânime. Vozes se levantam contra a ideia de que, a partir de uma causa de exclusão da responsabilidade ou da verificação do concurso de culpas do lesado, se deve advogar de imediato a não responsabilidade de todos os lesantes. No fundo, consoante esclarecem LARENZ e CANARIS (cf. p. 578), “a questão passa por saber se a aplicação do § 830 I/2 fica dependente de o lesado ter direito à indemnização, só havendo dúvidas quanto à legitimidade passiva”. É que, se assim for, impõe-se que os pressupostos da responsabilidade estejam preenchidos em relação a cada um dos participantes individualmente considerados. Se na base da previsão estaria a ideia da injustiça que envolveria a possibilidade de exoneração da responsabilidade do lesante porque outro também poderia ter causado o dano, um novo entendimento sobre o preceito parece focalizar-se no dano concretamente sofrido – cf. p. 579. O que verdadeiramente releva é a aptidão para a produção do dano, a viabilizar a inversão do ónus da prova. Por isso, em casos em que não há culpa ou em que se verifica o concurso de culpas do lesado, deve continuar a aplicar-se o § 830 I/2 BGB. Abre-se, assim, uma importante porta no sentido da resolução dos casos de danos em massa. Para outras considerações, veja-se o que *infra* se dirá sobre os famosos casos DES. Sobre o ponto, com amplo desenvolvimento, cf. THEO BODEWIG, “Probleme alternativer Kausalität bei Massenschäden”, *Archiv für die civilistische Praxis*, 185, Heft 6, 1985, p. 505 e ss., aqui p. 527. O problema coloca-se em situações como a relatada pelo autor: ao lado do comportamento ilícito e culposo de um sujeito – relativamente ao qual se prova a causalidade – surge outro que está a coberto de uma causa de justificação. A posição maioritária aponta para a impossibilidade de aplicação do § 830 I/2 BGB. É que, se este tivesse causado o dano, o lesado não teria nenhuma pretensão indemnizatória e a finalidade do preceito não está em proporcionar uma pretensão ressarcitória, mas ajudar a vítima na prova que se há-de estabelecer no quadro de uma pretensão desse tipo.

Invocando, a este ensejo, a ideia de recusa de vantagens para o lesado, v. GERNHUBER, “Haftung bei alternativer Kausalität”, ... cit., p. 151. Para outro entendimento, v. BYDLINSKI, “Aktuelle Streitfragen um die alternative Kausalität”, ... cit., p. 31. Na verdade, a solução gizada sob a égide da limitação das putativas vantagens auferidas pelo lesado acaba por determinar, em muitas hipóteses, soluções injustas. Basta, para o efeito, pensar que o lesante que actua ilícita e culposamente pode afastar toda a sua responsabilidade pela simples invocação da ausência de culpa e/ou ausência de ilicitude do comportamento de outro pretense lesante. Há, pois, que ponderar de modo diverso os dados do problema. Cf. p. 19, onde o autor recusa cindir as diversas hipóteses de causalidade alternativa incerta (isto é, considera que a intencionalidade problemática da hipótese prevista na norma – a pressupor dois ou mais participantes – é análoga à intencionalidade problemática do caso em que o comportamento humano concorre com uma causa natural ou com a actuação não culposa e/ou não ilícita de outro agente). Do autor, cf., igualmente, *Probleme der Schadensverursachung...* cit., p. 70.

Veja-se, a este propósito, também HERMANN LANGE/GOTTFRIED SCHIEMANN, *Handbuch des Schuldrechts...* cit., p. 157, sustentando que o § 830 I/2 BGB não se aplica aos casos de causalidade cumulativa, uma vez que o preceito serve para auxiliar o lesado na produção de prova, o que ocorreria se nenhum dos agentes pudesse ser identificado, não servindo para fornecer adicionais responsáveis.

Acerca da aplicação do § 830 BGB aos casos de causalidade incerta, cf. *Bundesgerichtshof*, 22 Junho 1976, in *Digest...* cit., p. 355, com comentário de R. ZIMMERMANN e J. KLEINSCHMIDT. De acordo com o ensinamento dos autores, há três requisitos para a aplicação do preceito: a) duas ou mais pessoas têm de ter criado, de um modo atribuível a si, um risco que pode ter causado o dano; b) qualquer das condutas pode ter causado o dano; c) não é possível saber qual das pessoas pode ter causado o dano. A decisão citada vem, então, “clarificar o âmbito de aplicação do § 830 BGB e sublinhar a *ratio* do preceito: em causa está a protecção acrescida do lesado, salvaguardando-se a posição do lesante por ele poder provar que não causou o dano”. Se A e B não tiverem contribuído potencialmente, mas realmente para a produção do dano, não se aplica o preceito, devendo ser considerados solidariamente responsáveis como agentes independentes.

Cf., também, GERT BRÜGGEMEIER, *Haftungsrecht...* cit., p. 189, considerando que a causalidade alternativa fica tradicionalmente condicionada pela verificação de dois requisitos, a convocar a ideia de identidade/unidade espacial e temporal. Por detrás da ideia de unidade do processo, reside o critério da similitude do perigo. Por outro lado, a responsabilidade solidária só se justifica quando os possíveis causantes se localizam na classe dos participantes.

²⁵¹⁴ Cf. *Bundesgerichtshof*, 11 Maio de 1971, in *Digest...* cit., “Damage caused by multiple tortfeasors”, com comentário de ZIMMERMANN e KLEINSCHMIDT, p. 267: “uma luta entre dois grupos de crianças acaba com eles a atirarem pedras uns aos outros. Uma criança ficou gravemente ferida num dos olhos por causa de uma das pedras. Não é claro, porém, quem atirou em concreto aquela pedra, sendo apenas certo que a pessoa que a arremessou pertencia ao grupo que foi demandado. Apesar das dúvidas acerca da autoria, os membros do grupo são todos responsabilizados. Não colhe, sequer, para exonerá-los da responsabilidade o facto de uma das crianças ser inimputável e, portanto, ter actuado sem culpa, podendo ter sido ela a efectiva autora do evento lesivo. Aplica-se o § 830 BGB, devendo o conceito de conjuntamente ser interpretado segundo a doutrina penal. Eles têm de ter colaborado conscientemente e intencionalmente em ordem a causar a lesão, não bastando que actuem simultaneamente”. Consideram os autores que, quando várias pessoas causam um dano através de actos individuais e sem uma cooperação consciente, a imputação do dano em termos de *joint perpetration* ou de *alternative perpetration* não é apropriada.

Trata-se de uma posição jurisprudencial que, como veremos numa das notas subsequentes, sofreu uma mutação, tendo-se, entretanto, alargado o leque de pessoas incluídas no conceito de participantes, a justificar a aplicação do § 830 I/2 BGB. Cf. a explicitação de LARENZ e de BODEWIG sobre o ponto.

²⁵¹⁵ Cf. BYDLINSKI, “Mittäterschaft im Schadensrecht”,... cit., p. 412 e ss., falando de uma causalidade possível e da libertação do lesado da sempre dilemática prova do requisito responsabilizatório. Para uma análise dos critérios concretizadores dessa possível causalidade, veja-se, do autor, “Haftung bei alternativer Kausalität”, ... cit., p. 12 e ss. Cf., ainda, *Probleme der Schadensverursachung* ... cit., p. 77 e ss. e p. 87 (propondo a aplicação do preceito quando o concurso se verifica entre a conduta do pretendo lesante e um facto natural ou a conduta do lesado); “Aktuelle Streitfragen um die alternative Kausalität”, ... p. 30 e ss. [defendendo uma responsabilidade repartida e baseada em probabilidades. A este propósito, embora longe do quadro de referência em que BYDLINSKI se move, cf. a decisão do Tribunal Federal Suíço de 14 de Julho de 1983, in *Digest...* cit., p. 399, com comentário de B. WINIGER e K. KRELL – O proprietário de um terreno de cultivo sofreu danos, na sequência de emissões poluentes provenientes de uma fábrica de alumínio. O Tribunal admitiu a responsabilidade do lesante, mas, como poderia haver outras causas (poluição atmosférica proveniente de outras fábricas, condições de manutenção da terra, localização geográfica, etc), reduziu a indemnização, nos termos do artigo 42º e 43º CC Suíço; e a decisão do *Kantongerecht Middelbrug* da Holanda de 1 de Fevereiro de 1999, in *Digest...* cit., p. 406, com comentário de W. H. VAN BOOM e I. GIESEN – A foi exposto a amianto durante 35 anos em que trabalhou para B. Desde que tinha 17 anos, fumava cerca de 20 cigarros por dia. Morreu de cancro do pulmão, perguntando-se que parte do dano pode ser atribuída à exposição dos abestos e que parte da lesão foi causada pelo facto de fumar. O Tribunal considerou que tanto o amianto como o tabaco são causas do tipo de cancro de que A faleceu. O facto de A fumar deve ser valorado em termos de concurso de culpas do lesado (artigo 6: 101 BW). O Tribunal considerou B responsável em 26%]; “Haftung bei alternativer Kausalität”, ... cit., p. 3; “Haftungsgrund und Zufall als alternativ mögliche Schadensursachen”, *Festschrift für Gerhard Frotz*, Wien, 1993, p. 3 e ss. (considerando que a causalidade alternativa também é chamada a depor quando uma das causas se situa na esfera de risco do lesado, para o que convoca o § 1304 ABGB).

BYDLINSKI procura determinar qual a importância do conceito de causalidade ao nível da responsabilidade civil, para o que analisa o papel que ao requisito cabe no seio de hipóteses de co-autoria. Tendo em conta que o conteúdo mínimo da relação de causalidade aceite pela doutrina e jurisprudência se vem a traduzir pela fórmula da *conditio sine qua non*, o insigne jurista percorre uma série de situações

para determinar se nelas se cumpre ou não o requisito, pese embora não se duvide que fundam uma pretensão indemnizatória. Assim, se há casos de co-autoria que não se revelam particularmente problemáticos, porque a causalidade dos participantes não é duvidosa (pense-se no exemplo do ladrão que desvia uma cerca enquanto o outro entra), outros haverá em que o decurso causal para o dano não foi tornado claro. É por referência a tais âmbitos de relevância concreta que se fala de uma causalidade possível, mas não provada – cf. p. 413. A doutrina maioritária resolve tais problemas com apelo a uma ideia de actuação conjunta (e inclusivamente a uma vontade conjunta que se tornou actuante, como no caso em que dois ladrões entram numa casa e, enquanto um furta ouro, o outro furta prata, sendo ambos responsáveis pela totalidade do dano causado). Só que – pergunta o autor – “efectivamente o comportamento de cada agente foi condição sem a qual para o surgimento do dano?”. Ora, diz-nos BYDLINSKI, “sem a sua participação, o resultado danoso teria sido, em muitos casos, o mesmo. Seria diferente se o agente não tivesse agido sem a participação dos outros dois. Mas isto não resulta da vontade conjunta, antes devendo ser tratado ao nível dos factos. Parece, pois, que falha aqui o requisito da causalidade”. Noutras situações, em que se denota uma participação passiva (*untätig Teilnahme* – pense-se no caso em que um ladrão arromba uma casa, enquanto outro fica à porta a vigiar para garantir que não é surpreendido), BYDLINSKI, apoiando-se na doutrina mais antiga de RUMPF, depõe no sentido da falha na causalidade (cf. p. 414), rejeitando, assim, a teoria da causalidade assente na condição não determinante (*nicht-entscheidenden Bedingung*) como raiz explicativa da solução legal. Segundo esta posição, o resultado sempre surgiria sem a condição, mas nele operar-se-ia uma significativa transformação. Assim, não estaria arredado do horizonte problemático a causalidade do comportamento passivo do ladrão que ficou à porta. Só se este não soubesse absolutamente nada da vigilância do outro se poderia dizer que ambos não tinham actuado conjuntamente, exonerando-se a responsabilidade do cúmplice. Como bem nota BYDLINSKI (cf. p. 415), o pensamento da condição não essencial mostra-se improcedente. Pedindo de empréstimo as palavras do jurista, “segundo esta teoria, o resultado lesivo deve ser, em qualquer caso, influenciado de alguma forma pelo evento (...). Este pode ser descrito com mais ou menos precisão. (...) Quando o evento é descrito com inclusão de certas especificidades, alarga-se o círculo de circunstâncias e a causalidade pode ser afirmada”. Quer isto dizer que, não só quanto muito a influência há-de ter sido meramente psicológica, como os mesmíssimos argumentos que levam os autores a duvidar da bondade da configuração do resultado em concreto, enquanto expediente salvífico da *conditio sine qua non*, podem ser aqui chamados à colação. Acresce que o impacto da causalidade psicológica pode nem conseguir ser calculado em termos determinísticos para, com base nela, se sustentar logicisticamente a solução solidarística. Conclui, portanto, BYDLINSKI que “a responsabilidade não se apoia na causalidade provada existente, mas na incerteza da situação causal” (cf. p. 416), para mais à frente afirmar que “a simples suspeita de causalidade, a mera possibilidade de existir tal nexa, é de relevar no quadro da multiplicidade de agentes. E ela é suficiente, em combinação com o grau de negligência no caso de causalidade alternativa do § 830 I/2 BGB, para sustentar a indemnização”. Assim, a perspectiva que olhava para o problema do ponto de vista da “consciente acção conjunta de vários agentes” é substituída por outro ponto de vista, a culminar na ideia de que recai sobre cada participante uma suspeita de causalidade. O problema que a doutrina tradicional não consegue descortinar à lupa da sua visão é o de saber se a acção conjunta que fundamentou a indemnização de cada participante também conduz, ou não, a uma responsabilidade com base numa causalidade não provada (cf. p. 418). Em rigor, o traçado legal não nos permite aplacar as dúvidas, na medida em que o § 830 I/1 BGB apenas nos fala de uma multiplicidade de agentes que, através de uma acção conjunta, causaram um dano. As diversas acções são aí tomadas como uma acção causadora do dano (*einerschadensursächlichen Handlung*), não interessando perguntar qual a relação que cada uma individualmente estabelece com o dano. De acordo com o quadro normativo, é possível responsabilizar uma pessoa quando, não se tendo demonstrado a causalidade do seu comportamento relativamente a um dado dano, ela actuou conjuntamente, sendo, portanto, abrangida pelo conceito de *Mittäter*. Também no caso do § 830 I/2 BGB existe, em consonância com um certo ponto de vista, uma causalidade presumida (causalidade apenas possível). Mais do que isso, BYDLINSKI adverte que há situações em que não existe causalidade e relativamente às quais não deixa de ser procedente um dever de ressarcir os prejuízos (como nas situações de responsabilidade dos pais pelos actos dos filhos – cf. p. 419). Na verdade, são conhecidas as hipóteses em que a pessoa não é responsabilizada porque adoptou um comportamento causalmente relevante em face do dano, mas em virtude de uma causalidade da sua própria esfera. A *eigenen Ursächlichkeit* seria substituída pela *Kausalität der Sphäre*. Só que aí, segundo esclarece o autor, engloba-se a problemática da responsabilidade sem culpa própria, ou seja, de uma responsabilidade por acto alheio ou pelos danos causados por coisas. Ao invés, quando lidamos com a figura dos co-autores ou dos cúmplices, estamos em contacto com uma responsabilidade que tem no seu seio a culpa pessoal do agente. “O co-autor, e o responsável nos termos da causalidade alternativa do § 830 I/2 BGB, deve responder não pelo comportamento de outrem, mas pelo seu comportamento”, ou seja,

“ele responde não porque outro, mas porque ele mesmo actuou de forma culposa”, não sendo possível estabelecer o paralelo entre esta responsabilidade e aquela que se erige a partir de uma esfera que se controla. Do mesmo modo, não podemos encontrar na especial perigosidade que pode resultar da associação de várias pessoas em torno da perpetração do ilícito um fundamento para uma responsabilidade que não assente na causalidade – cf. p. 421. Mais continua BYDLINSKI. No seu percurso de investigação, afasta outros fundamentos para a solução plasmada no § 830 BGB. Diz-nos, então, “que não é correcto pensar que cada co-autor deseja a acção dos restantes, devendo por isso responder por ela. Quem quer ou aprova uma acção alheia não pode, por isso, ser obrigado a indemnizar. E quem não quer a produção de um dano através de outra pessoa, mas esteve no local da acção e, podendo obviar a ele, omitiu os seus deveres, pode, em certas circunstâncias, ser responsável pela omissão”. Cf., igualmente, p. 425 e ss. BYDLINSKI propõe-se aí investigar a relação entre os dois casos, nos quais a mera possibilidade causal é suficiente (co-autoria do § 830 I/1 e causalidade alternativa do § 830 I/2 BGB) e os normais casos de responsabilidade em que há necessidade de demonstrar a causalidade. Nesse ensejo, frisa que, enquanto nos casos de co-autoria (*Mittäterhaftung*), podemos estar defronte de acções distantes, no caso da causalidade alternativa, só devemos integrar nos participantes os comportamentos que se mostrem adequados ao dano (*schadensadäquat*). Assim, no famoso caso dos atiradores que ferem uma pessoa com o disparo resultante de uma das armas (sem que se consiga identificar qual), dificilmente poderá ser demandado aquele que emprestou uma das armas a um dos atiradores furtivos. Se bem que tenha actuado de modo culposos e possivelmente causal, sendo o comportamento menos perigoso, ele foi menos adequado à produção do dano. Defendem algumas vozes que o conceito de participação numa acção ilícita conjunta (*Teilnahme an einer gemeinschaftlichen unerlaubten Handlung*) implica a presença de um agente doloso, restringindo-se a doutrina do § 830 I/1 BGB à actuação conjunta dolosa. BYDLINSKI serve-se deste dado para ponderar a relação entre os elementos subjectivos e objectivos no quadro da construção delitual. Pergunta, por isso, “por que razão é que nos casos de *Mittäterschaft* e de *alternativen Ursächlichkeit* é suficiente a causalidade possível, quando nos casos de severa culpa e grande perigosidade é necessário prová-la? Por que razão são estas situações tratadas de forma tão diferente?” (p. 426). A diferença não pode ser encontrada no fundamento da responsabilidade quando ela se ancora num comportamento que se situa próximo de um de outro pretenso lesante, de um acontecimento accidental ou de um co-autor. O cerne da questão que justifica a clivagem só pode residir na necessidade de rejeitar lucros para o lesado (*Gewinnabwehrfunktion*): ele só pode ser colocado na situação em que estaria se não tivesse havido a lesão, pelo que o risco de um dano accidental recai sobre si. Tendo em conta dois grupos de casos (um em que cada participante coloca, sem dúvida, uma necessária condição para o dano conjunto; outro em que a afirmação da causalidade do indivíduo apenas se pode apoiar numa acção conjunta consciente e, por isso, na influência psicológica de outros participantes), BYDLINSKI sustenta que, no primeiro grupo, não se mobiliza nenhuma regra especial (§ 840 BGB), sendo irrelevante saber se a actuação foi dolosa ou negligente, enquanto que, relativamente ao segundo, se aventa a necessidade de existir uma acção consciente conjunta, que seria o fundamento para a responsabilidade de cada participante pelo dano total. Simplesmente, segundo o autor, esta visão é incorrecta, devendo-se perspectivar o problema sob a óptica da suspeita de causalidade. Em suma, “em conjunto com a severidade da culpa que o ordenamento jurídico faz recair sobre aqueles que em conjunto prosseguem finalidades ilícitas, justifica-se que todos os participantes possam ser considerados responsáveis, sem que haja uma análise mais profunda da sua causalidade para o dano”.

Cf., a este ensejo, ERWIN DEUTSCH, “Begrenzung der Haftung aus abstrakter Gefährdung wegen fehlender adäquater Kausalität? – Bemerkungen zum schadensrechtlichen Aspekt des Urteils des Hessischen V.G.H. v. 16 November 1965”, ... cit., p. 556 e ss. Considerando que a adequação surge como uma correcção do critério da condicionalidade *sine qua non*, DEUTSCH afirma, em diálogo com BYDLINSKI, que o último autor citado “junta a adequação e a causalidade num todo comunicante, no qual a diminuição de um será compensada pelo aumento do outro”, tornando, assim, viável falar de causalidade possível no seio da causalidade alternativa. Salientando tratar-se de “um pensamento atractivo, a ditar uma solução, em atenção à proporção de perigosidade, quando não seja possível responder com segurança que aquele foi um resultado da conduta, DEUTSCH aduz, porém, que não se pode aceitá-lo como fundamento geral do direito delitual (cf. p. 557). É que, e chamando à colação o pensamento de ROXIN do aumento do risco, DEUTSCH sustenta que, porque no mundo civilístico não nos orientamos por um ideário preventivo, não é possível solucionar por essa via o problema. Sobre a importância do pensamento de ROXIN, cf. o que dissemos *supra*. Do autor, cf., ainda, *Allgemeines Haftungsrecht*... cit., p. 102 e 336 e ss. (propondo a aplicação das regras do concurso de culpas do lesado).

V., também, LARENZ/CANARIS, *Lehrbuch*... cit., II/2, p. 570 e p. 572. Questionando se em apreço estará a previsão de uma presunção de causalidade e considerando que se consagra apenas uma inversão do ónus

da prova e não uma imputação totalmente livre da conduta, não se tratando de um específico fundamento para a pretensão. Refira-se que os autores vêm afirmar que “a causalidade possível é um critério tão vago que sozinho não consegue legitimar a inversão do ónus da prova. Ela deve ser complementada através de uma suplementar relação entre o comportamento e o dano – tal complemento é estabelecido, pela lei, através da noção de participante/*Begriff der Beteiligung*”. Falam, então – cf. p. 574, de uma *aumentada forma de causalidade possível*. Ter-se-ia em conta o critério da alta probabilidade de ocorrência do dano ou, melhor, da concreta aptidão do comportamento para a produção daquele. Para tanto, e porque em geral não é possível asseverar quando é que ela existe, elaboram-se diversos critérios a partir de grupos de casos: nexos temporal e espacial entre o comportamento e o dano que se segue à potencial lesão; grau de perigo para os bens jurídicos – quanto mais elevado ele for, mais facilmente se pode depor a favor da referida aptidão; conformidade danosa da conduta – *Schadenskonformität der Handlungen*; cf. p. 575.

A consideração da concreta aptidão para a produção do dano abre, como referido, a porta a uma leitura mais ampla do § 830 I/2 BGB. Mesmo quando nem todos os participantes são responsáveis, isto é, para além dos casos em que apenas há desconhecimento da legitimidade passiva, entende-se que o preceito assimila o âmbito de relevância do caso, viabilizando, ademais, que se questione acerca da sua aplicabilidade quando ao comportamento humano se liga, como possível causa do dano, o acaso (*Zufall*), ou seja, um facto natural, ou o próprio comportamento do lesado. Dando testemunho disso, cf. LARENZ/CANARIS, *Lehrbuch...cit.*, II/2, p. 579.

Sobre o último aspecto focado, cf. PETER GOTTWALD, *Schadenszurechnung und Schadensschätzung : ...cit.*, p. 120. O autor retira da participação em rixa um argumento no sentido de, no âmbito da interpretação do § 830 I/2 BGB, se aliviar o encargo probatório do lesado. Defende, ainda, a repartição do dano mediante a aplicação analógica do § 830 I/2 e 254 BGB aos casos em que não se sabe se o lesado pode ou não ter causado o seu próprio dano.

Cf., também, e em sentido contrário, MEDICUS/LORENZ, *Schuldrecht*, Band II, *Besonderer Teil*, 15. neu bearbeitete Auflage, C. H. Beck, München, 2010, p. 428, defendendo que o § 830 I/2 BGB só se pode aplicar quando não há qualquer dúvida em relação ao direito à indemnização. Igualmente, v. THEO BODEWIG, “Probleme alternativer Kausalität...”, ... cit., p. 512. O autor ensina que o § 830 I/2 BGB assimila duas situações distintas: a) casos em que não é certo qual dos participantes causou o dano, sendo, porém, seguro que só há um causador; b) casos em que é certo que todos os participantes colocaram uma causa para o resultado e que cada uma foi apropriada para a produção do dano total, não se sabendo qual parte deste dano global deve ser reconduzida a cada participante individual. Englobaria, assim, as situações de *alternativ Kausalität* e de *unaufgeklärte Kumulativ Kausalität* (causalidade alternativa e causalidade cumulativa incerta). Fundamental é, neste contexto, a interpretação do conceito de participante. Segundo o ensinamento do autor, “o carácter excepcional da previsão do § 830 I/2 BGB e o receio que uma ampla interpretação pudesse conduzir a uma arbitrária extensão levaram a que o conceito de participação fosse interpretado de uma forma limitada que não era justificada nem pelo sentido da letra da lei, nem pela finalidade da norma”. A tentativa de restrição levou a que se estabelecesse uma forma de correspondência entre o co-autor e o participante – *Mittäter* e *Teilnehmer*. Teria de haver um conjunto subjectivo entre os dois agentes alternativos, isto é, exigia-se uma relação subjectiva entre os dois sujeitos e o *ihre gemeinsame* seria o fundamento da solidariedade. O pressuposto seria, posteriormente, substituído por outro: exigência de um *objektiv gemeinsame Gefährdung*, um nexo real que permita que a acção fosse vista como um único acontecimento. A posição hoje dominante na doutrina vem sustentar, contra a posição do BGH, tida como resquício das soluções predispostas pelo *Reichsgericht*, que são participantes todos aqueles que tenham causado possivelmente o dano, ou seja, que possam ter causado o dano.

V., ainda, p. 528 e ss., onde se equaciona o problema da concorrência entre o comportamento do lesante e um evento natural ou acidental. Diz-nos o autor que, em todos os casos em que a jurisprudência decidiu pela aplicação do § 830 I/2 BGB, estava em causa a dúvida sobre qual dos diversos agentes causou integralmente o dano ou qual o grau de contribuição de cada um deles para a produção daquele. Em face do problema há duas perspectivas dialogantes: ou a) se entende que o preceito só deve ser mobilizado quando a responsabilidade é certa no fundamento, não se correndo o risco de imputar o dano a nenhum inocente; ou b) se entende que o legislador aceitou que também deve responder o agente que possivelmente nenhum dano causou. Cf. p. 539 e ss., para uma análise de argumentos que depõem no sentido da atenuação da prova concedida pelo § 830 I/2 BGB nos casos em que a concorrência se verifica entre um comportamento humano e uma causa natural.

Acompanhe-se, também, o ensinamento de JOACHIM GERNHUBER, “Haftung bei alternativer Kausalität”, ...cit., p. 148 e ss. Falando de uma *möglicher Kausalität*, o autor procura oferecer uma interpretação do conceito de participante, com que se tem de lidar no âmbito do § 830 I/2 BGB. Relativamente aos seus limites, avultam três posições distintas: ao lado de autores que exigem a ilicitude do comportamento do

participante (cf. TRAEGER, *Kausalbegriff*, ... cit., p. 285 e ss.), surgem outros que se bastam com a culpa (cf. LARENZ/CANARIS, *op. cit.*, *loc. cit.*). Para uma terceira via interpretativa, não seria requisito exigível a ilicitude e/ou a culpa do comportamento do participante. Assim, verificado o concurso alternativo incerto de uma acção que não fosse culposa e ilícita, isentar-se-ia de responsabilidade, excepcionalmente, aquele que se comportou justificadamente, aplicando-se aos restantes o citado preceito do BGB – cf. p.150. De forma adjacente a esta problemática, emerge outra, qual seja a de saber se o § 830 I/2 BGB deve ou não aplicar-se quando em causa está uma possível auto-lesão do próprio lesado (exemplo disso é a situação em que, num jogo infantil, se atiravam pedras), sustentando a doutrina que neste caso se deve mobilizar o § 254 BGB (e não o § 830 I/2, encontrando-se aqui um argumento para negar a responsabilidade). Note-se que o “velho espírito” do preceito foi posto em causa numa decisão do OLG Celle, comentada pelo autor (cf. p. 151), nos termos da qual, apesar da possível auto-lesão do lesado, deu-se provimento a uma pretensão indemnizatória, reduzida segundo o § 254 BGB, contra os outros participantes numa luta de pedras. Como *ratio* da decisão, diz-nos GERNHUBER, que encontramos a entrada em cena, no quadro do direito privado, do pensamento do Estado Social (*Sozialstaatlichkeit*).

Acerca do pensamento de BYDLINSKI, cf., entre nós, ADELAIDE MENEZES LEITÃO, *Normas de protecção*... cit., p. 694, considerando que “Bydlinski reúne os elementos da adequação e da perigosidade num sistema móvel, no qual a descida de um é equilibrada pela subida de outro. Se existir verdadeiramente causalidade provada do dano, é suficiente para a responsabilidade uma perigosidade muito reduzida; se em contrapartida houver adequação aumentada, ou seja, perigosidade significativa concreta, a causalidade do prejuízo pode ficar reduzida a uma causalidade meramente potencial/possível, sem excluir a responsabilidade” e que “há responsabilidade por causalidade possível na causalidade alternativa. É uma ideia atraente encontrar na medida da perigosidade. Uma compensação pelo facto de se dever responder pelas consequências incertas de determinada acção. A indemnização do prejuízo e a prevenção ficam ligadas entre si de maneira razoável (a medida da perigosidade proibida determina a razão da imputação do prejuízo incertamente causado)”. E mais à frente aduz que “a doutrina da Bydlinski consegue iluminar a zona crepuscular de uma causalidade possível, mesmo sem desenvolver um princípio geral no direito da responsabilidade civil”.

Vide, igualmente, HERMANN LANGE/GOTTFRIED SCHIEMANN, *Handbuch des Schuldrechts*... cit., p. 75, questionando o problema do § 830 BGB e aventando a possibilidade de uma responsabilidade sem causalidade e MARIANNE BAUER, “Die Problematik gesamtschuldnerischer Haftung trotz ungeklärter Verursachung”, *Juristenzeitung*, 26, Heft 1, 1971, p. 4 e ss. (em especial p. 7, depondo no sentido da não possibilidade de aplicação do § 830 I/2 BGB quando a segunda causa alternativa é um facto natural ou um acto do lesado).

Acerca da questão da possibilidade de aplicação do § 830 I/2 BGB quando uma das causas alternativas seja o comportamento do lesado ou um facto natural, cf. BGH, 9 de Julho 1985, *in Digest*... cit., p. 393, com comentário de R. ZIMMERMANN e J. KLEINSCHMIDT; *Oberster Gerichtshof*, 7 Novembro 1995, *in Digest*... cit., p. 397, com comentário de A. KOCH.

Veja-se, também, THOMAS WECKERLE, *Die deliktische Verantwortlichkeit mehrerer*, ...cit., p. 49, 108 e 148 e ISOLDE KLUGE, *Alternative Kausalität*, Tübingen, 1973.

²⁵¹⁶ Cf., sob a designação de *indeterminate causation*, ARIEL PORAT e ALEX STEIN, “Indeterminate causation and apportionment of damage: an essay on Holtby, Allen and Fairchild”, *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 23, nº4, 2003, p. 667-702. Os autores apresentam inúmeros exemplos de situações de indeterminação causal, quase todos relacionados com casos de multiplicidade subjectiva. Assim, referem o caso de vários lesantes exporem, independentemente uns dos outros, a vítima a um idêntico risco de sofrer um dano físico, que se vem a concretizar. Não obstante, não se consegue determinar qual foi o real causador do dano, sendo certo, porém, que um daqueles riscos se materializou naquela lesão. Noutros casos, a vítima é lesada depois de ter sido exposta por duas vezes ao mesmo risco de lesão. Enquanto uma dessas exposições consubstancia um comportamento negligente do pretense lesante, a outra não comunga desta nota de desvalor que é a ilicitude. Ainda noutras hipóteses, um trabalhador desenvolve um cancro depois de ter estado exposto ilicitamente a uma substância cancerígena pelos seus dois empregadores. A doença não tem uma etiologia acumulativa, pelo que só uma das entidades patronais a terá causado, sem que se considera discernir qual deles foi o real causador do facto. Se esta é uma situação de *indeterminate wrongdoer*, outras avultarão em que a incerteza se situa do lado do lesado (*indeterminate victim*), como por exemplo quando várias pessoas são expostas àquelas substâncias e ficam doentes, sendo certo que só uma parte desse grupo de doentes é afectado pela contaminação, não se sabendo, portanto, quem é ou não vítima do delito (cf., *apud op. cit.*, *loc. cit.*, o precedente *Agente Orange Product Liability Litigation*: em causa estaria um herbicida usado pela armada americana na Guerra do Vietname, que se mostrou tóxica, tendo causado inúmeras doenças graves aos soldados que entraram em contacto com ela).

Sobre a questão da indeterminação da vítima ou da existência de potenciais vítimas alternativas, cf. THEO BODEWIG, “Probleme alternativer...”, ... cit., p. 528 e ss. e LARENZ/CANARIS, *Lehrbuch...* cit. II/2, p. 579 e ss.

²⁵¹⁷ A propósito da causalidade alternativa, no quadro do ordenamento jurídico norte-americano, cf. Restatement (Second) of Torts (“where the conduct of two or more actors is tortious, and it is proved that harm has been caused to the plaintiff by only one of them, but there is uncertainty as to which one has caused it, the burden is upon each such actor to prove that he has not caused the harm”) e Restatement (Third) of Torts: liability for physical harm §28 (b): (“when the plaintiff sues all of multiple actors and proves that each engaged in tortious conduct that exposed the plaintiff to a risk of physical harm and that the tortious conduct of one or more of them caused the plaintiff’s harm but the plaintiff cannot reasonably be expected to prove which actor caused the harm, the burden of proof, including both production and persuasion, on factual causation is shifted to the defendants”). No quadro do Restatement (Third), o lesante pode exonerar-se da responsabilidade se mostrar porque é que não é a causa da lesão ou que um dos comportamentos dos outros lesantes foi efectivamente a causa do dano. Não é, contudo, suficiente que um dos lesantes prove que outro também poderia ter provocado o dano. Cf., também, MARK A. GEISTFELD, “The doctrinal unity of alternative liability and market-share liability”, ... cit., p. 467, sublinhando que “se o fizesse, estava a usar mão de naked statistics ou *ex ante probabilities* e não uma *particularistic proof*”.

²⁵¹⁸ Cf., a este propósito, BENJAMIN C. ZIPURSKY, “Evidence, Unfairness and market-share liability: a comment on Geistfeld”, ... cit., p. 126 e ss., falando de *alternative liability* (precedente *Summers v. Tice*); *market-share liability* (precedente *Sindell v. Abbott Laboratories*: cerca de 200.000 mulheres foram tratadas, nas décadas de 50 a 70 do séc. XX, nos EUA e em vários países da Europa, com o *dietilstilbestrol*, um medicamento composto por estrogéneo que era ministrado para evitar ou diminuir o risco de aborto. Mais tarde, descobriu-se que a ingestão do referido medicamento determinou o aparecimento de adenocarcinoma do útero nas filhas das mulheres que o receberam durante a gravidez. Aumentou-se, ainda, o risco de desenvolvimento de cancro da mama naquelas mulheres que consumiram o DES. No que respeita aos filhos, verificaram-se casos de malformações genitais, incremento do risco de cancro do testículo, infertilidade, diminuição do volume de esperma. Sindell era filha de uma mulher que tinha consumido DES durante a gravidez e veio a sofrer de cancro do colo do útero e não conseguia identificar o concreto produtor do fármaco que a vitimou. Propôs uma acção contra vários laboratórios que representavam 90% do mercado do fármaco. O Supremo Tribunal da Califórnia condenou os diversos produtores a indemnizar as vítimas independentemente do facto de não ter ficado provado o nexo de causalidade entre os danos sofridos pelas vítimas e o consumo dos medicamentos, tendo a indemnização sido fixada de acordo com a quota de mercado que cada um detinha. Cf., sobre o ponto, DIANA MONTENEGRO DA SILVEIRA, *Responsabilidade civil por danos causados por medicamentos defeituosos...* cit., p. 192 e ss. Porque os danos apenas se produziram muito tempo depois da ingestão medicamentosa, e porque o DES era produzido por centenas de laboratórios, suscitou-se o problema de identificação do concreto produtor do DES efectivamente consumido por cada uma das pacientes. Veja-se, ainda, RICHARD GOLDBERG, *Causation and Risk in the Law of Torts: Scientific Evidence and Medicinal Product Liability*, Portland, Oxford, 1999, p. 56 e ss., também citado pela autora portuguesa que, na matéria, acompanhamos); especial concorrência causal (precedente *Anderson v. Minneapolis, St. Paul & Ste. Marie Railway*: um lesante inicia um fogo que se combina com outro. Entende-se que ele é responsável por qualquer destruição da propriedade provocada pelo fogo conjunto, se o lesado puder provar que o fogo do lesante foi um elemento material na destruição da propriedade); casos *res ipsa* como o *Ybarra v. Spangard* (aplica uma forma extensiva da *res ipsa loquitur* para justificar a imposição de responsabilidade solidária aos membros de um grupo de pessoal médico presente e envolvido na operação do paciente).

²⁵¹⁹ *Vide, inter alia*, HERMANN LANGE/GOTTFRIED SCHIEMANN, *Handbuch des Schuldrechts...* cit., p. 156.

²⁵²⁰ A propósito da causalidade cumulativa, cf. § 840 BGB. Para maiores esclarecimentos acerca do preceito, cf. LARENZ/CANARIS, *Lehrbuch...* cit., II/2, p. 580. Sob a epígrafe *Die Haftung von Nebentätern*, os autores esclarecem que, “se várias pessoas são responsáveis por um e mesmo dano, sem que possam ser imputadas por via do § 830 I/1 e II ou, alternativamente, por via do § 830 I/2 BGB, então elas são consideradas *Nebentäter*”. Assim, se duas empresas fazem descargas poluentes que, isoladamente são inofensivas, mas que em combinação matam os peixes do rio, são considerados solidariamente responsáveis, já que cada um coloca uma condição imputável para a produção do dano global. O § 840 I BGB tem, então, segundo ali se ensina, carácter de esclarecimento. Diferentes seriam as hipóteses de *Teilkausalität* ou *additive Kausalität* (nestas, cada agente só é responsável pelo dano que causou. Se o

dano causado por cada uma das empresas atrás mencionadas puder cindir-se, então, não são solidariamente responsáveis, mas apenas na proporção dos danos a que cada um deu causa).

Cf., também, GERT BRÜGGEMEIER, *Haftungsrecht...* cit., p. 185 e ss. Explica o autor que, em codificações orientadas pelo delito intencional, como eram as dos séc. XVIII e XIX, todo o discurso pressupunha a perpetração de um crime comum e fenómenos de cumplicidade e de instigação. O § 830 BGB prevê duas formas de *Mehrtäterschaft*, a pressupor a intenção, e liga-lhes a consequência da *gesamtschuldnerische Haftung*. Ao lado delas, surge a previsão do § 840 BGB, onde se integram os *Nebentäterschaft*, que podem revestir uma de duas formas: a) como delito secundário, no caso da responsabilidade solidária dos trabalhadores e entidade empresarial e do cúmplice, em especial quando há obrigação de supervisão; b) no caso dos delitos dos §§ 823-826, 839, como casos de *Multikausalität von Gefährdungsbeiträgen*. É dentro das regras de multicausalidade que se deve chamar à colação a norma especial do § 830 I/2 BGB.

Acerca da relação entre a causalidade múltipla e a causalidade alternativa, cf. ERWIN DEUTSCH, “Das Verhältnis von Mittäterschaft und Alternativtäterschaft im Zivilrecht”, *Juristenzeitung*, 27, Heft 4, 1972, p. 105 e ss.

A propósito da causalidade cumulativa, cf. B.A. KOCH, “Damage caused by several simultaneous, but independent events”, *Digest...* cit., p. 459, considerando a diferença entre a causalidade cumulativa e a causalidade superveniente e sustentando que, apesar do que as separa, têm a uni-las o facto de colocarem o mesmo problema: saber se uma pessoa pode afastar a responsabilidade invocando outro evento que teria causado o dano.

Veja-se, também, THOMAS PROBST, “La causalité aujourd’hui”... cit., p. 9 (versão digital), caracterizando as hipóteses de causalidade cumulativa como aquelas em que diversas causas, algumas independentes entre si, e suficientes para, sozinhas, causarem o dano) geram o mesmo prejuízo. Assim, duas fábricas, independentemente uma da outra, poluem o mesmo rio, sendo que a quantidade de substâncias tóxicas emitidas por cada uma delas seria suficiente para causar a totalidade do dano. Nestas hipóteses não se cumpre a condicionalidade *sine qua non*, mas ambos são responsáveis, nos termos do artigo 50º e 51º C. Obrigações Suíço, o que vem mostrar que o que tradicionalmente era tratado como causalidade natural tem afinal uma componente normativa.

Acerca do § 840 BGB, v., igualmente, ESSER/WEYERS, *Schuldrecht*, Band II, ... cit., p. 612.

²⁵²¹ No quadro da intencionalidade problemática que aqui se enfrenta, questiona-se também a chamada causalidade mínima – *Minimale Kausalität*. Procura-se resolver as situações em que “um dano é o resultado da actuação de uma multiplicidade de pessoas, cada uma com um contributo mínimo, mas necessário” – cf. HERMANN LANGE/GOTTFRIED SCHIEMANN, *Handbuch des Schuldrechts...* cit., p. 159. Assim, e nos exemplos oferecidos pelos autores, “vários milhares de trabalhadores aderiram a uma greve ilegal; várias centenas de manifestantes bloquearam a entrega de um jornal; um grande número de pessoas acumulou lixo em frente à entrada de um edifício”.

Na medida em que as partes sejam co-autores, o facto de um deles é imputado aos outros e resulta uma responsabilidade solidária (*gesamtschulderischen*) – §§ 830 I/1 e 840 BGB. Não havendo cumplicidade, abre-se a porta à responsabilidade proporcional.

Segundo o ensinamento dos autores, os factos não são comparáveis nem à causalidade alternativa, nem à causalidade cumulativa. Teoricamente, é pensável uma aplicação adequada do § 830 I/2, na medida em que ele foi adequado por si só para a produção de uma parte delimitada dos danos. Só que isso, mesmo com o auxílio da liberdade probatória do § 287 ZPO, quase nunca é observado – cf. HERMANN LANGE/GOTTFRIED SCHIEMANN, *op. cit. loc. cit.*, cujo pensamento aqui transpomos.

A propósito da noção de *minimal causation* cf. *Digest...* cit., p. 6. Significa isto que “o dano que emerge de um acto individual não pode ser medido, mas que todas as causas mínimas em conjunto provocam um dano mensurável”. Segundo O. MORÉTEAU e C. PELLERIN-RUGLIANO (cf. *Digest ...* cit. p. 531, em comentário à decisão da *Cour de Cassation* de 1 de Março de 1977), o conceito de causalidade mínima não faz sentido no contexto francês, relacionando-se apenas com a questão de saber em que medida o dano teria sido causado na ausência do evento considerado, menor como ele pode ser. Ou seja, o cerne do problema encontra-se na falência do teste da *conditio sine qua non*. Nessa medida, só a combinação de vários eventos pode funcionar como condição sem a qual do dano. Esclarecem os autores citados que os tribunais procuram a *cause génératrice*: “na ausência do sistema de aquecimento, o efeito da poluição seria tão difuso que não causaria a deterioração do telhado; mas o nível de indemnização foi reduzido, o que indica que a responsabilidade foi dividida, surgindo o dano com mais do que uma causa”. Em apreço estaria, segundo ali podemos aprender, a diferença entre causa do dano, relacionada com o nexo causal, e a causa do agravamento dele, relacionada com a extensão do dano gerado [Sobre o problema do agravamento do dano relacionado com a questão da *conditio sine qua non*, no quadro do ordenamento jurídico francês, v., igualmente, GENEVIÈVE VINEY/PATRICE JOURDAIN, *Traité. Les conditions...* cit., p. 198, falando da *causalité retenue*, e considerando que, mesmo aplicando a regra da *condicionalidade sem*

a qual, os tribunais francófonos mostram-se favoráveis à admissão da causalidade, ainda que o resultado se tivesse produzido sem o facto do lesante, na medida em que seria visto como uma das condições do agravamento]. Note-se que, de acordo com o ensinamento de MORÉTEAU e PELLERIN-RUGLIANO, o conceito de *cause génératrice*, permitindo ao Tribunal estabelecer a cisão entre causa e factor, acaba por não ser um termo muito usado pelos autores, podendo mesmo implicar uma tautologia. Verdadeiramente, “serve mais para qualificar uma *fault* como um *generating factor* do que a causalidade, concluindo-se que o juiz controla a causalidade natural quando aprecia aquela”.

A este ensejo, usemos contemplar, *brevi momenta*, o interessante caso relatado em *Digest...* cit., p. 531: durante o período nazi, um partido político num estado europeu passou a simpatizar com o regime estrangeiro. Durante a Guerra, ascendeu ao Governo e promoveu os princípios políticos inerentes à ideologia nazi. Lutou contra a resistência e desenvolveu uma administração corrupta e pobre, que conduziu ao endividamento do país. A fez parte desse partido, sendo-lhe agora pedida uma indemnização por danos puramente patrimoniais causados ao Estado. O comportamento de A, isoladamente, não é *conditio sine qua non* do dano. Mas, segundo o ensinamento dos autores citados, podia-se argumentar que a) os membros do partido voluntariamente agiram em conjunto no sentido de ilegalmente realizar o dano (*Knowingly participated in a wrongdoing*), podendo este ser atribuído a todos, nos termos do artigo 9:101 (1) a) PETL; ou b) no caso de múltiplas actividades, quando é certo que nenhuma delas causou o dano ou uma parte determinada dele, aqueles que mostram ter minimamente contribuído para o dano presumem-se tê-lo causado em partes iguais. Cf., também, ERWIN DEUTSCH, *Allgemeines Haftungsrecht...* cit., p. 326, referindo-se aos *Demonstrationsschäden*.

Cf., ainda, a decisão da *Hof van Cassatie*, de 3 de Março de 1999, in *Digest...* cit., p. 533: um município decidiu instalar lombas para obrigar os condutores a guiar mais devagar, mas, devido à forma como foram instaladas, ocorreram dois acidentes. Uma pessoa fica ferida; outra morre. Foi pedida uma indemnização a cada membro da Assembleia Municipal, por se entender que eles actuaram ilicitamente ao terem votado favoravelmente a instalação. O Tribunal considerou que cada conduta culposa estava causalmente ligada ao dano.

Acerca da *minimale Kausalität*, cf. BYDLINSKI, *Probleme der Schadensverursachung...* cit., p. 108 e ss. e HERMANN LANGE/GOTTFRIED SCHIEMANN, *Handbuch des Schuldrechts...* cit., p. 159; ERWIN DEUTSCH, *Allgemeines Haftungsrecht...* cit., p. 87

²⁵²² Na causalidade cumulativa necessária ou causalidade concorrente, o comportamento do obrigado à indemnização sozinho não produziu o dano, mas apenas em conjugação com outro evento, proveniente de um terceiro ou do próprio lesado. Sobre o ponto, sem embargo de outras referências já indicadas e a indicar, cf., *inter alia*, HERMANN LANGE/GOTTFRIED SCHIEMANN, *Handbuch des Schuldrechts...* cit., p. 157. Aqui, segundo os autores, não é levantada nenhuma dúvida pela fórmula da *conditio sine qua non*, o mesmo se aplicando quando cada uma das partes, isoladamente, causa um dano e, conjuntamente, se gera um agravamento.

Veja-se, ainda, GERT BRÜGGEMEIER, *Haftungsrecht...* cit., p. 186 e ss., falando da causalidade complementar ou cumulativa, que surge através da acção conjunta de duas ou mais causas que se reúnem para produzir a lesão do direito ou dos bens jurídicos. Ela caracteriza-se, de facto, por só através da interacção de duas ou mais contribuições diferentes ou semelhantes para o risco se ter causado o dano. Isoladamente, cada uma seria irrelevante para o surgimento do resultado que fundamenta a responsabilidade. Ou seja, “do ponto de vista da fórmula da *conditio sine qua non*, não pode ser omitida qualquer contribuição de facto sem que a violação do bem jurídico desapareça. (...) De certo modo, não existe nem um, nem muitos agentes, mas uma autoria colectiva/conjunta”. BRÜGGEMEIER alerta para o facto de a problematidade aumentar nas situações em que a contribuição causal apresenta um risco diminuto, só podendo a lesão avultar pela combinação com o comportamento de terceiros, e adianta que, assim sendo, a responsabilidade solidária deve ficar limitada pelo critério da contribuição para o risco substancial, ao mesmo tempo que não devemos ignorar os critérios temporais e espaciais tradicionalmente predispostos para restringir a responsabilidade alternativa prevista no § 830 I/2 BGB. Mais acrescenta BRÜGGEMEIER que, porque não é relevante a mera tentativa ao nível do direito privado, se este tiver sido alcançado pelo primeiro agente, o segundo agente não deverá ser responsabilizado. Cf. também p. 192 e ss. Ao lado da causalidade cumulativa e da causalidade alternativa, o autor fala de causalidade aditiva: a violação ocorre por muitas partes e cada um é responsável por uma parte de tal dano, que conduz a um dano conjunto. Cuidadosamente, distingue-a da *Teilschadensverantwortung* (responsabilidade por parte do dano/pelo dano parcial). Em face dela, são possíveis duas soluções: a) ou se facilita a prova do dano, admitindo a sua existência para além da esmagadora probabilidade, assumindo-se a responsabilidade dos participantes em partes proporcionais; b) ou se considera que existe responsabilidade solidária. Para fundamentá-la ou se considera aplicável o § 830 I/2 BGB ou se recorre ao § 22 *Wasserrecht* (§ 22 I/2 WHG). Segundo nos ensina BRÜGGEMEIER, o BGH propõe uma redução teleológica do preceito: o agente

é responsabilizado quando causa o dano concreto, mas também quando a sua contribuição põe em perigo, de tal modo que com outras acções pode gerar o dano. A propósito da concorrência de causas parciais (Konkurrierende Teilursachen), cf. THOMAS PROBST, “La causalité aujourd’hui”, ... cit., p. 10 (duas fábricas poluem o mesmo rio, com uma substância tóxica, mas o produto derramado por cada uma é insuficiente para provocar a morte de todos os peixes. Entende-se que cada autor é responsável pela totalidade do prejuízo).

Veja-se, a este propósito, no quadro do ordenamento jurídico francês, CHRISTOPHE QUÉZEL-AMBRUNAZ, *Essai sur la causalité...* cit., p. 606 e ss. O autor analisa o problema do concurso de várias causas para a produção do dano de acordo com o seguinte binómio: a) cada agente tem um papel suficiente, mas não necessário; ou b) cada agente tem um papel necessário, mas não suficiente. Neste segundo caso, tratando-se de uma hipótese de causalidade colateral, de acordo com a doutrina predisposta pelo autor, podemos estar diante da acumulação de factos semelhantes ou dissemelhantes. Ora, o que resulta da primeira das sub-hipóteses é exactamente a existência de uma causalidade aditiva, a qual tem conduzido à responsabilidade *in solidum*, de acordo com a jurisprudência da Cassação, colocando-se posteriormente o problema de saber como reparti-la por cada um dos antecedentes que conduziu à realização do *dommage*. V., ainda, BYDLINSKI, *Probleme der Schadensverursachung...* cit., p. 15, 20 e 67 e ss.

Veja-se, também, ANTUNES VARELA, *Das Obrigações...* cit., I, p. 938 e ss.

Cf, igualmente, Y. SAINT-JOURS, em comentário à decisão de Civ. 2^o, 22 nov. 2005, *Recueil Dalloz*, 2006, p. 840. Lidando com uma patologia profissional contraída por um assalariado depois de ter trabalhado sucessivamente para diversos trabalhadores, considera-se que a doença foi contraída ao serviço da última entidade patronal na qual a vítima esteve exposta ao risco, excepto se se produzir prova em contrário

²⁵²³ Também ao nível penalístico a doutrina tem enfrentado problemas similares, lidando, então, com a figura dos crimes acumulativos ou aditivos. Sobre o ponto, cf., *inter alia*, RITA CASTANHEIRA NEVES, “O ambiente no direito penal: a acumulação e a acessoriedade”, *Direito Penal hoje. Novos desafios e novas respostas*, Coimbra Editora, Coimbra, 2009, p. 291 e ss.; FIGUEIREDO DIAS, “Sobre a tutela jurídico-penal do ambiente – um quarto de século depois”, *Estudos de Homenagem a Cunha Rodrigues*, vol. I, Coimbra Editora, Coimbra, 2001, p. 390 e ss.; AUGUSTO SILVA DIAS, “What if everybody did it?: sobre a incapacidade de ressonância do direito penal à figura de acumulação”, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, ano 13, nº3, 2003, p. 304 e ss. Em causa está, tal como no quadro do direito civil, a constatação de que uma conduta, individualmente, não importa uma lesão para um determinado bem jurídico, por não ser, “na sua singularidade”, “sequer significativa”, mas que, cumulada com uma miríade de outras condutas do mesmo tipo, gera uma violação grave do bem colectivo. A dificuldade torna-se, então, evidente. Tomando de empréstimo o diagnóstico de SOUTO MOURA, “O crime de poluição – a propósito do artigo 279^o do Projecto de Reforma do Código Penal”, *Revista do Ministério Público*, ano 13, nº50, 1992, p. 24 e ss., questiona-se “como punir o agente que dá o primeiro contributo para a situação, se face a esse contributo não há ainda qualquer perigo para a desejável qualidade do ambiente? E quando o perigo efectivo para o ambiente surge de posterior actuação, com que legitimidade se punirá esta, ignorando os contributos precedentes?”. A despeito da similitude das formulações, intui-se uma diferença substancial nos contornos que se assumem em cada domínio dogmático, como resultado da diversa intencionalidade problemática com que cada um surge pensado. Na verdade, a equação da figura do crime acumulativo joga-se, naquela congénere responsabilizatória, no plano da legitimação da intervenção penal. Pelo menos assim é quando o cerne da discussão é desviado para a dualidade com que FIGUEIREDO DIAS nos confronta. Para o insigne penalista, ou o jurista está diante de acções que não ultrapassam o limiar da punibilidade, ou elas integram o fim de protecção da norma penal e devem ser punidas, desde que sejam previsíveis e muito prováveis (ou mesmo certas) e, somando-se a outras condutas, levem à produção do dano ecológico. Veja-se, também, AUGUSTO SILVA DIAS, “What if everybody...”, ... cit., p. 315, considerando que não é possível, pressupondo o requisito de validade jurídico-penal, o reconhecimento intersubjectivo, intervir penalmente em casos de acumulação, já que a acção em si mesma é desprovida de ofensividade. Não querendo mergulhar em meandros que nos são estranhos, sempre se dirá, por tal relevar para a compreensão da distância a que nos encontramos, que a discussão penalista não pode deixar de ter em consideração a própria estrutura do tipo previsto pelo legislador, não podendo ser transposta, sem mais, para o nosso domínio. Sempre se dirá, contudo, que, para aqueles que admitem a figura, a culpa implica que outros actuem na mesma direcção, relevando individualmente pelo risco que se assume. Dando a palavra a RITA CASTANHEIRA NEVES, “nos crimes ambientais, a ofensividade encontra-se na conduta que sabe pôr em causa o bem jurídico que se frui e que se lesa. E lesa porque o seu contributo é em parte já lesão. Não a lesão consistentemente final, que há-de relevar em sede de determinação quantitativa de níveis técnicos aplicados a escalas regionais, nacionais ou mesmo mundiais, mas sim a lesão-contributo, sem a qual a lesão final não se chegava a realizar” (*op. cit.*, p. 298).

A e B disparam um tiro sobre C, que vem a morrer. Três hipóteses passam a ser configuráveis a partir desta descrição de base: 1) a acção de A e B foram concertadas; 2) A e B actuaram separadamente, mas ambos os disparos atingiram C; 3) A e B actuaram separadamente, só um dos tiros alcançou o corpo de C, mas sendo as pistolas idênticas e tendo o mesmo calibre, não se sabe qual o projectil que foi mortal.

Em suma, e corroborando o nosso anterior testemunho, se em sede civilística o relevante é a imputação de um dano a um agente, para o que se terá de indagar a suficiência da ligação entre o resultado e a conduta, no direito penal, a questão coloca-se a montante, com a problematização da própria intervenção legislativa. Não obstante, consoante a posição a que os autores adiram, sempre se poderão colher importantes arrimos criteriológicos que, uma vez expurgados da sua intencionalidade predicativa, podem servir de auxiliares para o civilista. Assim, v. AUGUSTO SILVA DIAS, “What if everybody...”, ... cit., p. 315 e ss., apresenta duas concepções diversas do crime cumulativo ou aditivo: uma que olha para cada lesão individual como uma micro-lesão que contribuirá para o dano global; outra que entende que a conduta singular releva por ser disfuncional em relação ao bem jurídico.

²⁵²⁴ Cf., ainda, a este ensejo, ROBERT COOTER, “Total liability for excessive harm”, *Journal of Legal Studies*, vol. 36, 2007, p. 63 e ss., falando da *total liability for excessive harm*. Em apreço as situações nas quais não é possível determinar qual o grau de contribuição do agente individual para a produção do dano global que, não obstante, se consegue constatar e mensurar. Assim, não sendo possível saber qual o grau de contribuição causal de cada um para o nível global de poluição atingido, alguns autores propõem “uma nova regra para controlar os custos sociais nestas circunstâncias: considerar cada participante na actividade responsável por todo o dano excessivo que no conjunto causam”, sendo que o dano excessivo é “a diferença entre o dano total causado por todos os lesantes e o dano total óptimo”. Concretizando e continuando a acompanhar o escritos dos pensadores, “estabelece-se um limite para a limpeza do ar e considera-se que cada fábrica é responsável pela poluição de todas as fábricas que excedem esse nível”. A regra é aplicável desde que se verifiquem três condições: a) o dano total não seja verificável; b) o dano total óptimo seja calculável; c) o número de lesantes não seja muito grande – cf. p. 77. Para COOTER, se no século passado a regra da responsabilidade objectiva por lesões causadas por produtos de consumo tomou o lugar da responsabilidade por negligência, por questões atinentes à prova, as mesmas considerações podem determinar a substituição da responsabilidade individual pela regra da *total liability for excessive harm*. Alertando para o facto de a solução ser chocante aos olhos dos *moralists*, até porque podemos chegar a uma hipótese em que alguém tem de pagar por um dano que foi provocado por um terceiro, os autores aduzem, não obstante, que, “mesmo que assim seja, o dano excessivo é normalmente menor que o dano individual causado por cada sujeito”.

Como bem se compreenderá, a referência tem carácter mais didáctico do que fundacional. Isto é, ao chamarmos à colação o pensamento de COOTER, não pretendemos – longe disso – cobri-lo com o manto da prestabilidade. Na verdade, ainda que as situações em causa comportem dificuldades acrescidas, a renúncia a uma individualização da responsabilidade levar-nos-ia a abdicar do próprio sentido da responsabilidade livre para abraçarmos um sistema securitário que visava, exclusivamente, a reparação do dano gerado.

Há que não esquecer, contudo, atento o exemplo oferecido pelo autor, a diferença entre os danos ecológicos e os danos perpetrados através de uma lesão ao meio ambiente. A distinção aparece igualmente ao nível da Convenção de Lugano, onde se prevê a indemnização de dois tipos de danos: 1) danos causados às pessoas e bens através de acções que influem no meio ambiente e 2) danos resultantes de uma modificação do ambiente – artigo 2º. Sobre ela, v. CUNHAL SENDIM, *Responsabilidade civil...*, cit., p. 133. Veja-se o exemplo dado pelo autor: numa área de reserva natural existe um lago classificado como área de refúgio ornitológico natural. Numa das suas margens encontra-se uma povoação onde habitam alguns pescadores. Sendo feita uma descarga de poluentes naquele lago, verificam-se os seguintes prejuízos: 1) alteração das condições biológicas da água do lago comprometendo a salubridade nos anos seguintes; 2) necessidade de transferência provisória dos moradores da zona devido à insalubridade ambiental; doenças graves causadas pela ingestão de peixes contaminados; danificação de barcos dos pescadores e de alguns veraneantes.

²⁵²⁵ Cf., a este ensejo, o que dissemos nos capítulos iniciais da nossa dissertação a propósito das dificuldades que a doutrina da causalidade adequada importa em casos como estes.

Na Alemanha, dir-se-ia que, em qualquer dos casos, os lesantes seriam solidariamente responsáveis. No nosso ordenamento jurídico, e no quadro da doutrina tradicional, estando a primeira situação prevista no artigo 497º CC, sempre se poderia estendê-la à segunda alternativa. Contudo, o mesmo não seria viável por referência à derradeira hipótese²⁵²⁶.

Algumas vias foram, então, cogitadas para fazer face ao problema. Tivemos já oportunidade de referir que, independentemente do figurino concretamente dispensado pelos autores ao aporético nódulo decisório, se torna inegável o pendor mais proteccionista da vítima ou mais granjeador da simpatia do pretense lesante²⁵²⁷.

Se a segunda ideia parece apontar para a liminar não responsabilização do agente, já a primeira depõe no sentido inverso, levando os juristas a ensaiar quadros dogmáticos de imputação do dano àquele, independentemente do requisito da condicionalidade que aqui se complexifica.

Um dos caminhos configuráveis passa pela aproximação do tema ao outro já considerado da causalidade hipotética. Efectivamente, a partir do momento em que se defende que o resultado a imputar ao comportamento deve ser visto na sua configuração concreta, o incremento informacional seria de molde a garantir a dilucidação da real causa. Ora, se assim fosse, passaria a outra a ser tratada como meramente virtual. Não relevando, deixaria incólume a responsabilidade do real autor do dano²⁵²⁸.

Só que, bem vistas as coisas, há dois elementos que, não podendo ser esquecidos, acabam por prejudicar a pretensa liquidez da solução. Em primeiro lugar, são todas as críticas a uma concretude do resultado levada às últimas consequências que se agigantam. Em segundo lugar, pode acontecer que tal descoberta se afigure impossível, levando P. MOTA PINTO a considerar que há casos de “sobredeterminação causal que não pode ser desfeita por aumento de informação, como os casos de impedimento de uma série causal que evitaria o dano, a causalidade de várias omissões, ou quando as causas operam num mesmo processo causal simultaneamente, no

²⁵²⁶ Vimos, no entanto, posições de autores que sustentam um entendimento contrário. A esse ensejo, cf. novamente a posição de CALVÃO DA SILVA, CARNEIRO DA FRADA e PAULO MOTA PINTO, cit.

²⁵²⁷ Entre nós, insere-se seguramente na segunda corrente PEREIRA COELHO que afirma que a solução análoga ao § 830 I BGB poderia satisfazer a vítima mas pelo preço caro do sacrifício de um inculpad. Cf. *O problema da causa virtual...* cit., p. 24.

Sobre o ponto, veja-se, também, ANTUNES VARELA, *Das Obrigações...* cit., I, p. 923.

²⁵²⁸ Cf. HERMANN LANGE/GOTTFRIED SCHIEMANN, *Handbuch des Schuldrechts...* cit., p. 156. Explicam os autores que parte da doutrina considera que cada conduta foi causa do dano no sentido da *conditio sine qua non*, porque só ela permitiu chegar ao resultado na sua forma concreta.

Veja-se, ainda, sobre o ponto, LUIDGER RÖCKRATH, *Kausalität. Wahrscheinlichkeit und Haftung. Rechtliche und ökonomische Analyse*, Beck, München, 2004, p. 35 e ss.

momento posterior em que o dano se produz”²⁵²⁹. Ocorrendo tal disfunção cognitiva, o problema remanesceria. E convocaria outro tipo de solução²⁵³⁰.

Alguns autores mostram-se, então, favoráveis à ponderação de presunções de causalidade. Em apreço não estaria, é bom notar-se, a probabilidade de que cura a adequação, mas uma probabilidade que reivindica foros de factualidade: o que se pretende é determinar em que medida o comportamento do pretense lesante foi ou não causa do dano.

Só que, a ser exacta esta interpretação do labor doutrinal, então a pertinência ao real deixa de ser obtida por via da condicionalidade *sine qua non*. Repare-se, na verdade, que o défice informacional que conduz à necessidade de chamar à colação a presunção mostra que o dano, avultando por meio de um comportamento, poderia também resultar de um outro com o mesmo potencial causal.

Com isto podemos, como anunciado, relacionar o problema da causalidade alternativa com o problema da causalidade hipotética. A estrita ligação entre ambos foi, aliás, intuída discursivamente ao longo deste ponto expositivo.

A causa virtual não releva negativamente, isto é, não é o facto de existir potencialmente a possibilidade de aquele dano avultar por outra via que exclui a causalidade. Mas também não releva positivamente, ou seja, a simples causa hipotética não é de molde a sustentar a responsabilidade de um agente.

A não relevância negativa da causa virtual mostra que um comportamento pode ser tido como causa do dano ainda que não fosse condição sem a qual ele não poderia avultar. Só não será assim se considerarmos o resultado na sua configuração concreta. Simplesmente, aí o que releva é a consideração da causa em si e não do impacto da virtualidade na responsabilização do agente. Ao não se arredar a incerteza, a causalidade virtual continua a não relevar, segundo o ensinamento da doutrina tradicional, sem que,

²⁵²⁹ PAULO MOTA PINTO, *Interesse contratual negativo...* cit., p. 654, nota 1858 e “Sobre condição e causa...”, ... cit., p. 4, nota 9.

Note-se que, no que às omissões respeita, não estaria apenas em causa a impossibilidade de se descobrir a real causa do dano. Na verdade, nestes casos „cada uma das omissões é tomada como apta para sozinha evitar a produção dos danos. Mas isto não permite a sua qualificação como *conditio sine qua non*“ – cf. HERMANN LANGE/GOTTFRIED SCHIEMANN, *Handbuch des Schuldrechts...* cit., p. 156.

²⁵³⁰ Referindo-se a outra proposta doutrinal, avançada no quadro do direito penal, cf., novamente, HERMANN LANGE/GOTTFRIED SCHIEMANN, *Handbuch des Schuldrechts...* cit., p. 156. Tratar-se-ia, aí, de uma correcção à fórmula da *conditio sine qua non*, passando cada condição a ser vista como causa, numa verdadeira alternativa, e não cumulativamente.

Os autores adiantam, ainda, a possibilidade de aplicação do citado § 830 I/2 BGB, embora não directamente, uma vez que as pessoas em causa não são parte.

contudo, se possa falar, na consideração do outro comportamento, de uma causalidade real.

Não se exclui a responsabilidade ainda que o teste da *condicionalidade sem a qual* não se não cumpra satisfatoriamente.

Como salienta PAULO MOTA PINTO, “em caso de irreduzível incerteza (...) não pode justamente saber-se qual é a causa real, e, portanto, não pode também afirmar-se que a causa virtual (aliás, também incerta) tenha relevância para excluir a responsabilidade do autor da causa real (...) Mas tal não se verifica por causa da relevância da causa virtual, e antes por causa da incerteza sobre qual é a causa real”²⁵³¹.

Concordamos com a posição do autor. Mas, se quisermos ser ortodoxos e nos filiar-mos no quadro da doutrina tradicional, o facto de se defender dogmaticamente a exclusão da responsabilidade nos casos de causalidade alternativa incerta não pode deixar de apontar no sentido da relevância negativa da causa virtual. Assim depõe MENEZES CORDEIRO²⁵³². Mostrando, concomitantemente, a contradição em que incorrem autores como PEREIRA COELHO. É que, exactamente por se não saber qual é a causa real, qualquer uma delas surge como meramente potencial.

Ora, se fundadamente se entende que ela não releva, então somos levados a concluir que a responsabilidade dos diversos agentes deve ser afirmada.

Com isto, são duas as consequências. Por um lado, somos conduzidos, afinal, à relevância positiva da causalidade virtual²⁵³³. Por outro lado, desprendidos da

²⁵³¹ Cf. PAULO MOTA PINTO, *Interesse contratual negativo...* cit., p. 654, nota 1859 e “Sobre condição e causa...”, ... cit., p. 5, nota 10.

²⁵³² MENEZES CORDEIRO, *Direito das Obrigações...* cit., II, p. 419.

²⁵³³ Cf. BYDLINSKI, *Probleme der Schadensverursachung...* cit., p.32, 65 e 66.

Na verdade, ou consideramos que não estão em apreço causas virtuais, porque a incerteza não permite a qualificação dicotómica entre real e hipotético, ou consideramos, pelo contrário, que essa incerteza não permite a elevação da causa a real. Na primeira hipótese, não há necessariamente uma conexão entre os dois problemas; na segunda opção, ela torna-se evidente.

Cf., num sentido crítico, LARENZ, *Lehrbuch...* cit. I, p. 526.

Note-se que as críticas de LARENZ se orientam para a pretensa confusão entre causalidade hipotética e causalidade cumulativa, não se dirigindo à causalidade alternativa, nem implicando a impossibilidade de aplicação do § 830 I/2 BGB para lá dos casos em que é certo o preenchimento de todos os requisitos delituais por parte de cada um dos participantes, só se desconhecendo a verdadeira autoria do facto.

Como decorre do nosso percurso dialógico, a ausência, entre nós, de uma norma como a do § 830 I/2 BGB arrasta consigo maiores dificuldades quando haja de lidar-se com problemas desta índole.

De todo o modo, a impertinência, denunciada por LARENZ, de aproximação entre a causalidade hipotética e a causalidade cumulativa, se relacionada com o paralelismo entre alguns dos problemas suscitados pela primeira e a causalidade alternativa incerta, poderia determinar, *a priori*, a improcedência de qualquer tentativa de extensão, no quadro do ordenamento jurídico português, do âmbito de relevância do artigo 497º CC. É, aliás, o afastamento, em termos fácticos, entre as hipóteses de cumulação e as de alternatividade causal que dita o posicionamento da doutrina pátria na matéria. Simplesmente, como bem constataremos, a nossa perspectiva não é factual, nem lógica, antes requerendo um enraizamento teleonomológico, pelo que os termos da equação serão sopesados de modo diverso.

configuração concreta do resultado, porquanto esta incluiria já a integração do processo causal, somos forçados a admitir que a responsabilização solidária dos dois agentes, ao implicar a irrelevância negativa daquela, torna despicienda a indagação condicional estribada na *conditio sine qua non*. Mas, se quisermos continuar apegados aos quadros dogmáticos tradicionais, dir-se-á que aí se joga uma aproximação entre a incerteza resultante do concurso alternativo de causas e a incerteza própria de qualquer indagação condicional. Na verdade, a falta de determinismo da realidade impõe que a *conditio sine qua non* se exprima em termos probabilísticos, donde, também na presença de uma só causa, não há evicção de toda a dúvida acerca da autoria da lesão, distinguindo-se as situações por uma questão de grau.

Não estamos, porém, condenados a esta aporética impositação dos problemas. Na verdade, partimos não da *conditio* mas da edificação de uma esfera de responsabilidade. Se ela se erige polarizada em mais do que um agente, então duas são as vias heurísticas a considerar: ou uma das esferas consome a outra e só um é responsável; ou nenhuma delas exerce uma força consumptiva sobre a outra, havendo lugar à responsabilidade solidária nos termos do artigo 497º CC.

Repare-se: a intencionalidade problemática do preceito assimila perfeitamente a intencionalidade do caso concreto. Quando A e B disparam sobre B, podem não ter causado a morte de C em conjunto, mas, na dúvida, ambos edificaram uma esfera de responsabilidade, por ela sendo chamados à liça. É ela e não a factualidade neutral que é ajuizada pelo direito.

Não é, portanto, uma tomada de posição acerca da questão da relevância positiva da causalidade virtual que entra em cena. Em rigor, a dita virtualidade nem chega a ser, aos nossos olhos, tematizada, pois o jurista derrama o seu olhar não sobre factos puros, mas sobre aqueles que consegue inteligir à luz da intencionalidade predicativa da juridicidade.

A distinção entre a causalidade virtual e a causalidade real só pode ser apurada a jusante, quer porque implique o cotejo de esferas de responsabilidade, quer porque o pretense lesante pode vir provar que o seu comportamento foi inócuo para a produção do dano. Mas aí não é verdadeiramente a causa hipotética que se invoca, antes a transparência da verdadeira causa que se oferece.

Uma causa que, bem vistas as coisas, só é real na medida em que aquele comportamento foi já valorado à luz da liberdade que se actualiza dialecticamente por esta via²⁵³⁴.

Repare-se que aqui não estamos a recorrer a nenhuma ficção. A esfera de responsabilidade existe concretamente e é com base nela – e não com base na causalidade própria das ciências exactas – que se interpreta o critério previsto no artigo 497º CC.

À incerteza fáctica não se adiciona a incerteza judicativa²⁵³⁵.

De certo modo, aproximamo-nos da lição de BYDLINSKI²⁵³⁶. Em face do § 1301²⁵³⁷ e do § 1302 ABGB (Código Civil Austríaco), havendo mais do que um lesante,

²⁵³⁴ Note-se, em jeito de alerta, que o mesmo raciocínio não pode ser transposto para as hipóteses de incerteza relativa aos lesados. Na verdade, se A com a sua conduta lesa a propriedade de uma pluralidade de pessoas, não se pode simplesmente, com base na ilicitude e culpa do seu comportamento, vir sustentar uma esfera de responsabilidade que se comunique a toda e qualquer pessoa que mantenha com aquela uma ligação temporal e espacial. É que o dano – aqui ainda entendido como dano lesão ou dano evento – há-de ser provado pelo próprio lesado. Em rigor, sem ele nem se desvelará a ilicitude do acto, o que mostra, concomitantemente, a importância da consideração do resultado para a primeira modalidade de ilicitude delitual.

²⁵³⁵ Outras são as situações em que se desvenda uma aparentemente insuperável incerteza.

De forma sistemática, podemos adiantar existir uma incerteza subjectiva e uma incerteza objectiva. Na segunda, inscrevem-se problemas como a perda de chance; na primeira, podemos dualizar as situações em que a incerteza se localiza do lado do lesante (v.g. o caso de escola dos caçadores) daquelas em que se polariza do lado do lesado (v.g. caso 17 c., tratado em SPIER (ed.), *Unification of tort law: causation...* cit. p. 6: a percentagem normal de pessoas que contraem cancro é de 2 para cada mil habitantes. Em virtude da negligência de B ao produzir determinadas emissões, a percentagem aumentou para três. Essas três pessoas demandaram B). Sobre o ponto, e com uma sistematização de que nos aproximamos, embora com uma intencionalidade diversa da que fizemos derramar sobre o problema, cf. no mesmo estudo p. 151. [refira-se, ademais, que JAAP SPIER e OLAV HAAZEN consideram haver casos em que a incerteza atinge quer lesado, quer lesante, reconduzindo a essa hipótese típica os casos DES já por nós considerados e que, *infra*, receberão novo tratamento]. O enfoque dado à incerteza causal a este nível está em sintonia com o entendimento derramado pelos autores que, frisando tratar-se aqui de um problema atinente à prova, sustentam ser arbitrária a distinção entre casos de causalidade alternativa e a perda de chance – cf. “Comparative conclusions on causation”, *Unification...* cit., p. 151.

Cf. PATRICE JOURDAIN, « De l'incertitude affectant la relation causale », *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 1990, p. 486 e ss.

²⁵³⁶ Acerca da lição de BYDLINSKI, cf., também, o que atrás ficou dito acerca do pensamento do autor.

Entre nós, cf. J. H. CORRÊA TELLES, *Digesto Portuguez...* cit., p. 77. Referindo-se ao direito anterior à codificação de Seabra, o autor aduz que “se muitas pessoas causaram dano de propósito ou por culpa grave, e não se pode individualizar qual deles o causou, um responde por todos e todos por um”. Na sua lição, o autor invoca o pensamento de PUFENDORF (*De jure naturae...*, cap. I, § 5) e GRÓCIO (*De iure bellis...* cit., lib. II, cap. 17, § 11)

²⁵³⁷ Os §§ 1301 e 1302 ABGB (CC Austríaco) só se consideram aplicáveis quando haja co-autoria (numa das suas múltiplas formas) ou quando haja uma combinação de múltiplas acções individuais. Em casos de incerteza causal, como aquele a que aludimos em texto, porque a probabilidade de só um agente ter causado o dano é grande, considera-se que não pode haver mobilização directa dos preceitos, aplicando-se, contudo, a solução do § 1302, 2, ABGB, por analogia. A norma estabelece que, nos casos em que não se possa provar qual a quota de responsabilidade dos sujeitos que, conjuntamente ou isoladamente, colocaram uma *conditio sine qua non* para a produção do dano, então a sua responsabilidade será solidária.

todos devem ser responsabilizados independentemente de se poder determinar qual o dano causado por cada um, pelo que o autor sustenta que não é possível, como regra, saber se a decisão concertada deles foi condição sem a qual aquele teria avultado ou se isoladamente ele também teria emergido^{2538 2539 2540}. Ou seja, apenas a causalidade dita

Cf. BERNHARD A. KOCH e PETER SCHWARZENEGGER, “Multiple Tortfeasors under Austrian Law”, *Unification of tort law: multiple tortfeasors...* cit., p. 22-23 e BYDLINSKI, “Haftung bei alternativer Kausalität”, ... cit., p. 10.

Parece, pois, haver assento legal para a defesa de uma causalidade potencial.

Note-se que, nos termos do nº1 do § 1302, se se conhecerem as quotas de responsabilidade de cada um dos sujeitos, então cada um deverá responder proporcionalmente pelo dano gerado, remetendo-nos para o problema da relevância ou irrelevância da divisibilidade do dano para efeitos de solidariedade.

Sobre a ideia de causalidade potencial, num outro horizonte de referência jurídica, cf. FLORENCE G’SSELL-MACREZ, *Recherches...* cit., p. 371 e ss. (se a *faute* constitui a violação de uma regra estabelecida com vista a prevenir o aparecimento de certos efeitos danosos, o potencial causal do acto *faute* é um elemento da qualificação, havendo que o avaliar. Ora, “esta análise da causalidade potencial não corresponde à análise da causalidade efectiva” e “a responsabilidade civil não sanciona actos que não produziram os seus efeitos, com base numa simples causalidade potencial”. Mais à frente, G’SSELL-MACREZ aduz que “raciocinar sobre a causalidade potencial é raciocinar sobre o perigo/risco. Em direito civil, não se sanciona a simples colocação em perigo. Mas isto não exclui que o simples potencial causal possa qualificar a *faute*, tendo em conta a probabilidade *ex ante* do dano, enquanto a causalidade efectiva tem em conta a *conditio sine qua non*” – cf. p. 374. Como se percebe, a percepção oferecida pela autora para as questões da causalidade potencial anda longe da solução que aqui se patenteia que procura, exactamente, colmatar as aporias a que somos conduzidos por uma ideia de condicionalidade.)

²⁵³⁸ Cf. BYDLINSKI, „Die Verursachung im Entwurf eines neuen Schadenersatzrechts...“, ... cit., p. 39. No fundo, apenas uma modificação da relação de condicionalidade – perspectivando-a à luz da acção conjunta e não da individualidade de cada conduta – seria de molde a salvaguardar o requisito.

²⁵³⁹ No ordenamento jurídico alemão, como referido, veja-se o § 830 BGB, e bem assim as referências bibliográficas inseridas *supra* sobre o preceito. Veja-se, também, o § 840 BGB. A propósito dele, cf., ainda, ULRICH MAGNUS, “Causation in German tort law”, *Unification of tort law: causation...* cit., p. 68.

²⁵⁴⁰ Cf., para uma redensificação jurisprudencial do preceito, *Oberster Gerichtshof*, 27 Agosto 1987, in *Digest...* cit., p. 271, com comentário de B. A. KOCH: A e B vão armados assaltar a casa da família X. Quando esta regressa a casa e se depara com os ladrões, A dispara sobre C, o pai, que morre. A e B são considerados solidariamente responsáveis, nos termos do § 1301-1302 ABGB, porque actuaram intencionalmente. São cúmplices, sendo irrelevante saber qual dos dois, de facto, causou o dano. A mesma solução é dispensada para os casos de cooperação meramente psicológica, estabelecendo-se uma presunção de causalidade (só afastada mediante a prova de que o outro teria causado o dano de igual modo, sem aquela influência psicológica). Note-se que, segundo a doutrina mais recente, o § 1301 ABGB aplica-se aos *Mittäter* (lesantes que actuam conjuntamente) e aos *Nebentäter* (lesantes concorrentes mas independentes, desde que o dano possa ser atribuído às suas esferas). O conjuntamente a que o preceito alude deve ser interpretado objectivamente como referindo-se ao envolvimento do nexo de causalidade.

A propósito do ordenamento jurídico alemão, cf. ULRICH MAGNUS, “Multiple tortfeasors under German Law”, *Unification of Tort Law: Multiple Tortfeasors...* cit., p. 88-89. O § 830 BGB requer, para submeter a responsabilidade o regime da solidariedade, que haja um plano comum entre os agentes ou pelo menos uma cooperação ou participação a qualquer título. Esta amplitude é viabilizada pelo parágrafo 2, considerando ULRICH MAGNUS que “a mere preparation or other contribution in the forefront of the injury or even psychic or intellectual assistance can suffice but mere presence would not”, para logo em seguida concluir, com forte impacto para o tema que nos importa, que “participation as such substitutes the requirement of causal contribution to the harm”. Outras situações haverá, contudo, em que é possível aplicar o regime da solidariedade. Assim, e continuando a acompanhar o testemunho do autor, a ele se deverá recorrer em casos de incerteza causal, em que a participação do lesante é certa, o mesmo não se podendo dizer da contribuição causal de cada um deles. E, finalmente, tal como no ordenamento jurídico austríaco, convoca-se a figura dos *Nebentätern*. Atentemos nas palavras de MAGNUS. “Se vários agentes tiverem causado um simples dano não tiverem actuado de forma concertada (...) e a contribuição causal de cada um não for incerta, então as alternativas do § 830 BGB não se aplicam”, mas considera que nesta hipótese a responsabilidade de cada um pela totalidade do dano decorre dos princípios gerais acerca da causalidade e a opinião comum vai no sentido da aplicação do regime da solidariedade, com

potencial – *potentielle Kausalität* – pode suportar a imputação da lesão aos agentes²⁵⁴¹. Analogamente, sempre que não fosse possível determinar qual dos sujeitos causou efectivamente o dano, ou seja, não fosse viável a prova da causalidade alternativa, dever-se-ia sustentar a responsabilidade de todos²⁵⁴². Na verdade, cada um deles

excepção das situações em que o dano é divisível. Sobre o ponto, veja-se também o que vai dito três notas abaixo. Embora tenha deixado de ser relevante, veja-se, ainda, a distinção tradicionalmente estabelecida no ordenamento jurídico holandês entre os *Mittäter* e os *Nebentäter* – cf. WILLEM H. VAN BOOM, “Multiple Tortfeasors under Dutch Law”, *Unification of Tort Law: Multiple Tortfeasors...* cit., p. 136. Mais do que o carácter exemplar da dicotomia, que, sendo análoga à já explicitada por referência a outros ordenamentos jurídicos, deixou de ter relevo prático-normativo, segundo testemunho do autor, são os termos utilizados que nos suscitam interesse, porquanto aos primeiros se liga a chamada *correality* e às segundas a *solidarity*, o que, correspondendo, ainda de acordo com o pensamento explanado por VAN BOOM, às obrigações solidárias e obrigações *in solidum*, não pode deixar de nos chamar à atenção para a figura das obrigações correais pensada por WINDSCHEID, sob o signo do conceptualismo alemão, não obstante a maior influência que a este nível se denota por parte do ordenamento jurídico francês.

Sobre o surgimento da distinção entre obrigações solidárias e obrigações correais, cf. ANGEL CRISTÓBAL MONTÉS, “Planteamientos generales sobre la vinculación mancomunada o solidaria por acto ilícito común”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, año LXI, 570, 1985, p. 1197-1234, p. 1230-1231. [Nas obrigações correais, “o vínculo é único, ainda que existam vários sujeitos”; nas solidárias, “há tantos vínculos como sujeitos”].

No âmbito do direito belga (HERMAN COUSY and DIMITRI DROSHOUT, „Multiple Tortfeasors under Belgian Law“, *Unification of tort law: multiple tortfeasors...* cit., p. 29 e ss.), estabelece-se idêntica distinção entre uma *faute commune*, *faute concertée* e uma *faute concurrente*, a implicar a mobilização do regime da solidariedade ou das obrigações *in solidum*, respectivamente. A particularidade reactiva prende-se, aqui, com o que atrás explicitámos como instrumento de inteligibilidade do pensamento de autores espanhóis e franceses. É que também o ordenamento jurídico belga (cf. artigo 1202º CC) consagra uma não presunção de solidariedade e impõe, para a mobilização do regime, a convenção prévia nesse sentido ou a previsão legal. Ora, se num determinado momento se considerou jurisprudencialmente que a *faute commune* justificaria a imposição da solidariedade (cf. p. 32), posteriormente assiste-se ao alargamento da solução para abranger o domínio da *faute concurrente*, passando a designar-se as obrigações assim forjadas, com uma fisionomia análoga às solidárias, de obrigações *in solidum* (cf. p. 33). Para maiores desenvolvimentos, acerca do regime de umas e outras, a distinguir-se, se não pelos seus efeitos primários, mas pelos seus efeitos secundários, veja-se p. 35 e ss. V., igualmente, INGE GEERS, “Alternative liability under Belgian Law: unknown and thus unloved”... cit., p. 442 e ss. (a propósito concretamente dos casos DES).

Acerca da construção francesa das obrigações *in solidum*, veja-se ANGEL CRISTÓBAL MONTÉS, “Planteamientos generales sobre la vinculación mancomunada o solidaria por acto ilícito común”, ... cit., p. 1221 e ss., com importantes referências à evolução doutrinal na matéria, desde a perspectiva exegética, com a sua fidelidade à letra da lei, até à forja das obrigações *in solidum*. Saliente-se a referência a POTHIER que, no quadro do pensamento oitocentista, rompe com a visão favorável à regra da conjunção obrigacional, surgindo como um arauto da solidariedade ao nível delitual. Sobre o ponto ulteriores e maiores desenvolvimentos serão trazidos à estampa.

²⁵⁴¹ Novamente, e de forma incontornável, BYDLINSKI, “Haftung bei alternativer Kausalität“, ...cit., p. 10 e ss.; ID., „Mittäterschaft im Schadensrecht“, ... cit., p. 410 e ss.; ID., „Aktuelle Streitfragen um die alternative Kausalität“, ... cit., p. 6.

²⁵⁴² Sublinhe-se, porém, a ideia de uma responsabilidade repartida, baseada em probabilidades, sempre que a segunda causa seja um evento natural ou se situe, de algum modo, na esfera de risco da vítima. Cf. BYDLINSKI, “Aktuelle Streitfragen...”, ... cit. p. 30 e ss.

A este ensejo, visite-se o Projecto Austríaco de reforma do direito das obrigações, de 2005: §1294 (1) *Uma acção, uma omissão e qualquer outro evento é causa de um dano quando ele de outro modo não se teria verificado; (2) Um dano pode ser imputado a uma pessoa quando ela o causou ou, de todo o modo, a causa se situa no seu campo de acção. Isto é igualmente válido quando um evento é largamente propício a provocar um dano, mas a mesma coisa sucede com outro evento (causalidade cumulativa e hipotética). Se um desses eventos é um caso fortuito ou é provocado pela pessoa lesada, ou se um dano pudesse ter sido causado tanto por um como pelo outro (causalidade alternativa), o dano será repartido de acordo com o peso dos fundamentos da causa; (3) Se vários forem os responsáveis, eles são obrigados*

incrementou a esfera de risco e pode ter potenciado a lesão do direito. O défice que se poderia denotar passa, então, no pensamento do autor, a ser compensado por uma maior exigência em sede de adequação²⁵⁴³. Não há uma construção irrealista, mas uma valoração do comportamento sem a qual ele se torna anódino em termos jurídicos.

solidariamente. Se várias pessoas agiram em comum de forma ilícita, presume-se que cada um deles causou o dano integralmente; (4) Se, dos diversos eventos que são tidos em causa, algum não causou o dano na sua totalidade ou numa parte determinável, mas cada um é altamente propício a causar um dano, presume-se que os eventos causaram o dano em proporções equivalentes; (5) Havendo solidariedade, o regresso é definido segundo o peso dos fundamentos da imputação, mais particularmente a gravidade da culpa e a importância do risco. Cf., ainda, § 1310 (1) devem ser reparados os danos causados de um modo causalmente adequado e que sejam abrangidos pelo fim de protecção da norma violada ou da norma que funda a responsabilidade. Devem igualmente considerar-se o peso dos fundamentos da imputação e as vantagens recebidas pela pessoa obrigada à reparação; (2) se o autor do dano teve um comportamento ilícito, mas o dano se teria igualmente verificado perante um comportamento lícito alternativo, o fundamento e montante da responsabilidade são regidos segundo o peso dos fundamentos da imputação; § 1313 (1) se a pessoa lesada contribuiu igualmente para o dano ou omitiu a respectiva redução, o dano será repartido conforme os fundamentos da imputação das duas partes, sobretudo a gravidade da culpa e a importância do perigo. Em caso de morte, a corresponsabilidade do falecido será tida em conta; (2) mesmo se não existir uma relação particular, deverá ser imputada à pessoa lesada a conduta defeituosa das pessoas a quem ela confiou os bens usados.

Para uma análise do referido projecto, cf., entre nós, SINDE MONTEIRO, *Définition de la causalité: la causalité dans les projets nationaux*, ...cit. (veja-se, em especial, a referência de SINDE MONTEIRO ao facto de o projecto austríaco prever como solução a responsabilidade diminuída); ID., “Sobre uma eventual definição da causalidade nos projectos nacionais europeus de reforma da responsabilidade civil”, ... cit., p. 161-188. V., ainda, BERNHARD A. KOCH, “Mainstreams in the development of tort law: a front-line snapshot”, *The Geneva Papers*, 31, 2006, p. 270 e ss. e WINIGER (eds.), *La responsabilité civile européenne de demain. Projets de révision nationaux et principes européens/Europäisches Haftungsrecht morgen*, Bruylant, Schultess, Zürich, 2008. Cf., também, CLAUDIO SCOGNAMIGLIO, “Prospettive europee della responsabilità civile e discipline del mercato”, *Europa e diritto privato*, 2/2000, p. 333-356 e BYDLINSKI, “Die Verursachung im Entwurf eines neuen Schadenersatzrechts”, *Entwurf eines neuen österreichischen Schadenersatzrechts*, Springer, Wien-New York, 2006, p. 39 e ss.

²⁵⁴³ BYDLINSKI, “Aktuelle Streitfragen um die alternative Kausalität”... cit., p. 9.

O autor não só se mostra concordante com a posição viabilizadora da responsabilidade solidária nas hipóteses de causalidade alternativa em que os dois agentes, actuando ilícita e culposamente, se comportam de forma causal, sem que se consiga discernir qual das duas condutas causou efectivamente o dano, como defende a aplicação da mesma solução aos casos em que a conduta do sujeito concorre com uma particularidade que se integra na esfera de risco do próprio lesado.

Entre nós, mostrando abertura à solução, embora sem desenvolver, JÚLIO GOMES, “Sobre o dano da perda de chance”... cit., p. 47 e nota 117.

Vide, ainda, sobre o ponto, as referências ao pensamento de LARENZ, introduzidas *supra*.

Cf., também, BYDLINSKI, *Probleme der Schadensverursachung*... cit., p. 70 e ss. Partindo do caso em que um automóvel estacionado é danificado por outro participante no tráfego, estando em questão três automobilistas que, por diversos períodos, conduziram por aquela estrada, sem que se prove qual realmente causou o dano, o autor sustenta que, nesta hipótese, se deve aplicar o preceito. O problema equacionado passa por saber se se alarga o conceito de participantes a todos os que abstractamente colocaram um perigo de lesão para os bens jurídicos do lesado, ou se deve haver alguma concretização dele. Assim, o preceito deve ser mobilizado, por exemplo, quando os três condutores abalroaram o automóvel estacionado, mas não é claro se o primeiro já tinha ou não causado o dano total. Cf. p. 90. Do mesmo modo, ele é aplicável sempre que haja um incremento do perigo por parte dos agentes: pense-se na hipótese em que os automobilistas conduziram em contravenção com as regras do trânsito ou profundamente embriagados. Note-se que a maior exigência em termos de adequação vem determinar que se, v.g., apenas dois condutores obliteraram as regras do trânsito, unicamente estes serão responsabilizados nos termos do § 830 I/2 BGB.

No quadro de referência do ordenamento jurídico austríaco, BERNHARD A. KOCH e PETER SCHWARZENEGGER, “Multiple Tortfeasors under Austrian Law”, *Unification of tort law: multiple*

Do nosso ponto de vista, arreda-se, também, o ficcionismo para se suportar a imputação na axiologia determinante do sistema²⁵⁴⁴.

tortfeasors... cit., p. 9. Considerando o § 1301 aplicável a ambas as situações, os autores distinguem os *Mittäter* (aqueles que actuam conjuntamente) dos *Nebentäter* (agentes concorrentes, mas independentes). Como decorre da solução conjunta dispensada às duas situações, elas merecem o mesmo tratamento, apesar da cisão doutrinal, desde que, no último caso, e consoante o depoimento dos autores “pelo menos parte do dano possa ser atribuído à sua esfera”. Concluem, assim, que o preceito legal deve ser entendido no sentido do mero envolvimento dos sujeitos no processo causal, embora a causalidade não seja suficiente para a procedência da pretensão indemnizatória. Uma causalidade que deve ser entendida em termos amplos, sublinhando a noção de causa meramente potencial, em perfeita consonância com a ideia segundo a qual, actuando os agentes de forma não concertada, é à perigosidade do seu comportamento individual que o jurista austríaco se há-de ater. Note-se, ademais, a marca de água da influência que o pensamento de BYDLINSKI tem no desenho do sistema delitual daquele país, pela admissibilidade, incontroversa, da causalidade potencial como alicerce bastante da imputação. Do autor veja-se, novamente, “Haftung bei alternativer Kausalität”, ... cit., p. 9-12 e „Mittäterschaft im Schadensrecht“, ... cit., p. 410 e ss. (o autor distingue, a propósito da cumplicidade, as situações em que se verifica um auxílio material daquelas em que o vínculo de cumplicidade é meramente psicológico. No que às primeiras concerne, assimiladas pelo § 840 BGB, apenas questiona se, quanto a elas, será bastante a negligência ou se se deve ir ao ponto de exigir a intenção. No que às últimas tange, colocar-se-iam problemas respeitantes à causalidade, porquanto o direito civil só se torne operante, ao nível da responsabilidade civil, quando o comportamento do agente possa ser ligado a um determinado resultado).

²⁵⁴⁴ Sobre o ponto, veja-se, ainda, HELMUT KOZIOL, “Causation under Austrian Law”, *Unification of tort law: causation*, J. SPIER (Ed.), Kluwer Law International, London, Boston, 2000, p. 14, que se mostra concordante com a posição sustentada por BYDLINSKI.

Note-se, ainda, que o autor distingue claramente as situações de causalidade alternativa incerta daquelas de causalidade concorrente ou cumulativa – *kumulativer oder konkurrierender Kausalität* – nas quais duas ou mais causas actuam em simultâneo, mostrando-se cada uma apta a produzir o dano em separado. Também aqui haveria uma causalidade potencial que conduziria à responsabilização dos agentes, ainda que nenhuma conduta possa ser vista como *conditio sine qua non* daquele.

São, no fundo, as situações por nós já abordadas, a mostrar, agora, com recurso à doutrina estrangeira, que a assimilação delas pelo âmbito de relevância problemática do artigo 497º não é espúria. E bem assim que entre estas e aquelas que se matizam pela incerteza não há dissemelhança suficiente que afaste a analogia por nós sustentada.

Saliente-se, ainda, que, para os casos de causalidade ultrapassante, KOZIOL propõe a mesma solução. Mostrando-se crítico da posição do Supremo Tribunal Austríaco (cf. *op. cit.*, p. 15), o qual vem considerar que, sempre que um comportamento causa um dano que outro haveria de causar mais tarde, só o agente efectivamente causador dele deve ser responsabilizado, KOZIOL considera que esta não é uma resposta convincente, na medida em que o acto não foi *conditio sine qua non* do dano e ambos são meramente causadores potenciais dele, pelo que devem ser tratados de forma idêntica.

Não cremos que a solução de KOZIOL possa ser abraçada sem mais. Ela tem, relativamente à posição tradicional por nós já criticada, a vantagem de não alicerçar a decisão final num juízo de ser, mas num juízo de dever-ser. Simplesmente, estamos em crer que a melhor forma de não o desvirtuar é abdicar de formulações genéricas que desatendam quer às especificidades do caso concreto, quer à intelecção dos princípios por aquelas convocadas. Ou seja, e dito de uma forma mais directa, há que ver em que medida a esfera de responsabilidade erigida por um comportamento que edifica uma esfera de risco é ou não de molde a absorver ou consumir as restantes que com ela se confrontam.

Sobre o pensamento de KOZIOL, cf., ainda, “Schadensersatz für verlorene Chancen”, ... cit., p. 909. Importante salientar, contudo, a aproximação valorativa entre estas hipóteses e aquelas referentes ao que tradicionalmente vai pensado como “interrupção do nexo de causalidade” – cf. a propósito p. 18.

Veja-se, também, quanto ao ponto, BASIL MARKESINIS, ANGUS JOHNSTON e SIMON DEAKIN, *Markesinis and Deakin's Tort Law*, ...cit., p. 194, falando, depois de um excuro pelas diversas formas de causalidade cumulativa, necessária, alternativa e incerta, de *supervening or overtaking causes*. Orienta-se, importa notar, o discurso dos autores no sentido de mostrar as aporias a que o *but-for test* nos conduz em situações portadoras de tal intencionalidade. Na verdade, tendo como horizonte de referência dialógica não a intencionalidade imputacional mas a operacionalidade da regra segundo a qual o(s) lesante(s) deve(m) responder por todas as consequências que não tivessem emergido se não fosse o evento danoso, isto é, parecendo ater-se àquilo que por nós foi considerado um segundo nível de indagação causal, os juristas que aqui acompanhamos questionam em que medida, intervindo supervenientemente um segundo

Podemos, assim, tentar traçar alguns critérios guias de orientação do decidente quando se confronta com a dita causalidade múltipla.

Antes, porém, impõe-se um breve excursão para cindir o modo como olhamos para o problema daqueloutro que se centra na determinação das diversas formas de autoria.

Em primeiro lugar, importa referir que os dois temas são conexos. A prová-lo, não só o que dissemos *supra*, quando nos confrontámos com as ténues fronteiras dos dois nichos problemáticos, como as soluções que outros ordenamentos jurídicos dispensam à questão.

Em segundo lugar, e não contraditoriamente, frise-se que, porque a sintonia discursiva não equivale a identidade, ainda que haja pontos de contacto entre os dois nódulos, não se pode tomar um pelo outro.

Na verdade, podem dois agentes actuar isoladamente, não avultando qualquer das formas de autoria que, no domínio penalista, foram sendo forjadas, e, não obstante, justificar-se a “aplicação” do artigo 497º CC.

evento que agrava as consequências do primeiro, podemos ou não considerar responsável pela globalidade dos danos o primeiro agente. E, como é bom de ver, independentemente da discussão concreta a que nas páginas citadas podemos assistir, dificilmente a solução pode passar pela consideração logicista de uma causalidade compreendida em termos de condicionalidade. O alerta é, aliás, dado pela intuição da não realização da justiça no caso concreto, pois, como ali se constata, em muitos casos a vítima “would have fallen between two defendants”. Explicitemos o que impressivamente se transmite. Se se fizesse impender sobre o segundo lesante a obrigação de indemnizar o lesado, ele só seria, em homenagem à regra *the defendant takes the plaintiff as he finds him*, responsável pela agravação da lesão, pelo concreto dano que tivesse perpetrado. E se, complementarmente, o primeiro lesante só fosse obrigado na medida do dano ocorrido no período antecedente à segunda lesão, parte do dano ficaria sem compensação (cf. p. 195).

Acrescentaríamos, sob a nossa pena, que, ao invés, chegar à conclusão que o primeiro lesante é responsável pela totalidade dos danos, porquanto se discirna, no caso concreto, uma conexão lógica entre o seu comportamento e eles, do género “se não tivesse existido aquela primeira lesão, os danos subsequentes não se teriam verificado”, poderia ser inequitativo. A demonstrar, então, a falência da condicionalidade a este nível e a necessidade de ancoragem do juízo imputacional num referente de sentido axiológico que beba inspiração na intencionalidade especificamente jurídica.

Em paralelo, veja-se a discussão subsequentemente encetada pelos autores a propósito dos casos de predisposição congénita do lesado para a emergência ou agravamento do dano (cf. p. 196 e ss.)

Uma última nota para salientar a diferença entre as situações atrás contempladas, pela remissão para a obra citada, e aquelas de que também falamos, a págs. 201 e ss., sob a epígrafe *intervening acts of third parties*. Desde logo, há uma diferença de grau, já que estes são problematizados num *second stage of causal inquiry*, depois de se ter estabelecido a causalidade factual, enquanto os anteriormente abordados implicam previamente a dificuldade de estabelecimento do nexos em termos fácticos. O que se discute, agora, não é se o dano teria ocorrido sem o evento danoso, mas sim se se deve ou não operar a imputação tendo em conta a superveniência de um segundo evento. O debate centra-se, pois, nos critérios normativos, como a previsibilidade do acto ou fenómeno natural, dividindo-se os autores entre o apoio e a crítica do mesmo.

Aproveite-se o ensejo para rememorar o que anteriormente, com apelo ao testemunho de diversos autores, ficou dito acerca do que tradicionalmente era entendido como interrupção do nexos de causalidade.

É que, em rigor, a sua intencionalidade é outra, como outro é o problema a que vem dar resposta. O que se explicita é que a regra diante da pluralidade de lesantes é a da solidariedade obrigacional, mas nada se diz relativamente à relação que entre eles se deve ou pode estabelecer.

Assim sendo, podemos tipificar algumas hipóteses nas quais a actuação de um sujeito conflui para a emergência do dano. Elas são, em rigor, o traçado fidedigno do que sempre se tem inscrito nos diversos estudos sobre a matéria²⁵⁴⁵.

A e B actuam conjuntamente provocando um dano em C. A actuação de cada um deles, isoladamente, não era suficiente para a emergência da lesão²⁵⁴⁶.

A e B actuam isoladamente e lesam C, sem se dilucidar qual das condutas foi efectivamente causa do dano²⁵⁴⁷.

²⁵⁴⁵ Na verdade, a tipificação a que daremos lugar não tem como propósito inovar, mas sedimentar o discurso, pelo que, nessa sistematização de conclusões, potenciadora do forjar de soluções para os problemas que a realidade vai oferecendo ao jurista, pressuporemos como horizonte de referência alguns dos casos de escola já famosos.

Veja-se, a propósito, com um pendor de enunciação ilustrativa dos diversos nódulos problemáticos a partir da formulação de casos concretos, o questionário que serviu de mote aos diversos relatórios nacionais sobre a causalidade, em J. SPIER (ed.), *Unification of tort law: causation...* cit, p. 6 e ss.

²⁵⁴⁶ É o caso típico colocado por SPIER – “D1 and D2 each pile a ton of rubbish against P’s wall which, in consequence of the total pressure, collapses. P sues D1 for the entire damage, D2 not being worth suing”. – cf. *Unification of tort law: causation...* cit, p. 6.

Veja-se a este propósito RANIERO BORDON, *Il nesso di causalità...* cit., p. 137 e ss. O autor caracteriza as situações de *cooperazione colposa* – aqui encontramos dois comportamentos diversos que causam conjuntamente um dano. Para o autor, são portanto distintas dos casos de concurso de causas em sentido estrito porque aí observa-se a existência de dois factores diversos que causam o evento danoso segundo dois nexos causais diferentes. No caso de concurso, diz-nos o autor que havendo concurso entre uma conduta culposa e uma conduta dolosa, a segunda prevalece sobre a primeira. A situação será diferente quando o autor da conduta culposa tinha significativamente facilitado o aparecimento da conduta dolosa, uma vez que nesse caso a conduta culposa mantém a sua relevância causal. Havendo duas condutas culposas, a responsabilidade deve ser estendida aos dois agentes.

²⁵⁴⁷ Cf., novamente, J. SPIER (ed.), *Unification of tort law: causation...* cit, p. 6. “D1, D2 and D3 are hunters. In a wood, frequently visited by walkers, they negligently try to bring down a bird. Instead, one shot hurts P. It is unknown whether the fatal shot was fired by D1, D2 or D3. P sues D1, D2 and D3 not being worth suing. Does it make any difference whether or not they act in concert?”

O caso dos caçadores não é, porém, fruto da inspiração de SPIER. Transformado em caso de escola, emergiu na realidade, tendo sido objecto de decisão do Supremo Tribunal da Califórnia, no caso *Summers v. Tice*, e do Tribunal Constitucional italiano em 4 de Março de 1992. Para mais desenvolvimentos sobre os contornos da situação concreta, numa referência ao ordenamento jurídico italiano, cf. PONZANELLI, “Pallino anónimo, ovvero attività pericolosa com responsabile ignoto e problemi di welfare state”, *Foro Italiano*, nº79, 1992, p. 1348 e ss. Partindo-se do carácter perigoso da actividade, presumiu-se a culpa, levantando-se, posteriormente, o problema constitucional de saber em que medida o artigo 2055º CC italiano, chamado à colação, devia ser ou não interpretado no sentido de incluir uma presunção de causalidade. Para outras considerações acerca dos precedentes jurisdicionais citados, veja-se o que ficou relatado *supra*.

Sobre o ponto, veja-se, também, FRANCESCO BUSNELLI e GIOVANNI COMANDE, “Causation under Italian Law”, J. SPIER (ed.), *Unification of tort law: causation...* cit, p. 90. Também aí, no ordenamento jurídico italiano, e por força daquele artigo 2055º CC, se estabelece a regra da solidariedade.

Cf., ainda, CESARE SALVI, *Il danno extracontrattuale...* cit., p. 56, em especial nota 50.

Sobre o ponto, veja-se, ainda, BASIL MARKESINIS, ANGUS JOHNSTON e SIMON DEAKIN, *Markesinis and Deakin’s Tort Law, ...cit.*, p. 192, falando de *indeterminate case* e ilustrando a hipótese normativa com

A e B causam em simultâneo um dano a C, mas cada uma das condutas se mostra idónea a, em separado, causar um dano do mesmo tipo²⁵⁴⁸.

Se a co-autoria do primeiro caso justifica a aplicação do artigo 497º CC, o mesmo se passa – segundo a doutrina autorizada por nós já referida – no tocante à

recurso a dois precedentes, *Sumner v. Tice* e *Cook v. Lewis*. A solução passou, aí, por considerar os potenciais lesantes *jointly and severally liable*. Note-se, ainda, a referência ao caso *Sindell v. Abbott Laboratories*, no qual, a propósito de um dano provocado por um produto médico, o qual só se veio a reflectir muitos anos mais tarde, tornando impossível determinar quem foi o concreto lesante, se considerou cada um responsável de acordo com a quota de mercado por si ocupada. Ou seja, é a consagração jurisprudencial da doutrina do *market-share liability*, a qual, eivada de uma intencionalidade espúria, foi por nós rejeitada *ab initio*.

Sobre o ponto, cf. , MARK A. GEISTFELD, “Social value as a policy-based limitation of the ordinary duty to exercise reasonable care”... cit., p. 899 e ss., falando de uma *public conception of tort law*, apta a justificar a doutrina do *market-share liability*, entendimento que terá sido rejeitado por muitos por entenderem que a mesma viola os princípios da responsabilidade civil (em especial o princípio da causalidade, “que requer a prova de que a quebra do dever causou a lesão da vítima”, tornando-se um requisito “fundamental porque limita a responsabilidade civil aonexo directo entre o direito e o dever”).

Sobre a fundamentação pública da doutrina do *market-share liability*, cf. DAVID ROSENBERG, “The causal connection in mass exposure cases: a public law vision of the tort system”, *Harvard Law Review*, nº97, 1984, p. 849 e ss. e “Mandatory litigation class action: the only option for mass tort cases”, *Harvard Law Review*, vol. 115, 2002, p. 831-897

²⁵⁴⁸ Cf. J. SPIER (ed.), *Unification of tort law: causation...* cit., p. 6. “At the same time, A and B discharge poisonous waste into a river. All of the fish die. The waste water of A as well as that of B was sufficient to kill the fish. P, the owner of the fishing rights, sues A”.

Sobre o ponto, em resposta ao problema, cf. JOHANN NEETHLING, “Element of causation in South African Law of Delict”, J. SPIER (ed.), *Unification of tort law: causation...* cit., p. 102, vincando que o caso constitui um desafio à doutrina da *condition sine qua non*, preferindo, por isso, a abordagem da questão segundo a perspectiva do homem comum. Para uma referência filial a tal posição, veja-se HART e HONORÉ, *Causation...* op. cit., locs. cit.

Veja-se, ainda, JAAP SPIER e OLAV A. HAAZEN, no relatório comparativo, p. 146, concluindo que todos os ordenamentos jurídicos consideram que, nestes casos, pese embora a falência do teste da *conditio sine qua non*, os diversos lesantes devem ser responsabilizados. A unanimidade perder-se-ia, contudo, noutras situações, tais como aquela em que o dano só se produz como resultado da convergência causal dos comportamentos dos vários lesantes em conjunto. Aqui desvendam-se dois grandes grupos: 1) um, onde se inserem os ordenamentos que admitem a responsabilidade solidária dos diversos lesantes (Itália, Alemanha, Bélgica, Grécia, França, Áustria, África do Sul e Estados Unidos); 2) outro, onde importaria saber se o dano que se produz é ou não o mesmo ou indivisível (Suíça).

Para o caso dos caçadores, e portanto de causalidade alternativa incerta, veja-se o quadro comparativo elaborado pelos autores a p. 154, que aqui reproduzimos sincopadamente:

Áustria	Sim, se a conduta for assumidamente perigosa
Bélgica	A causalidade tem de ser segura, excepto se os lesantes actuarem concertadamente.
Inglaterra	Compensação
França	Compensação. Assume-se a <i>faute</i> como colectiva
Alemanha	Responsabilidade
Grécia	Não há responsabilidade
Itália	Provavelmente não
Suíça	Sim, totalmente
África do Sul	Não, se não houver prova da preponderância de probabilidades
Estados Unidos	Em princípio sim, redundando a questão num problema de prova

última hipótese. Só que na alternativa do meio, verdadeiramente, do ponto de vista fáctico não é discernível a duplicidade de actuações. Pese embora existam, a repercussão causal é unívoca.

Estruturalmente, são diversos os casos^{2549 2550}. É, assim, problemática a analogia mediata que se pretende estabelecer. A procura de semelhanças restringe-se, aí, ao plano

²⁵⁴⁹Para uma diferenciação estrutural das hipóteses, cf., no quadro do ordenamento jurídico alemão, THEO BODEWIG, “Probleme alternativer Kausalität bei Massenschäden”, ... cit., p. 513. Falando das hipóteses de *Mittäterschaft*, *Beteiligung* e *Nebentäterschaft*, o autor traça os contornos de relevância de cada uma delas. A *Mittäterschaft* caracteriza-se por existirem diferentes acções ilícitas, cometidas conjuntamente, podendo falar-se de uma acção conjunta consciente e desejada para a produção do resultado. Note-se que a referência à intencionalidade se prende com o facto de, de acordo com o ensinamento do autor, o § 830 I/1 BGB só abranger os casos de co-autoria dolosa. Os cúmplices (*Beihilfe*) e os instigadores (*Anstiftung*) seriam responsabilizados pelo § 830/2 BGB. Ora, pressupondo estas hipóteses o dolo e estando tais categorias equiparadas aos co-autores previstos no referido preceito, extrair-se-ia daí um argumento no sentido da exigência da dolosidade das condutas. Já no caso de agentes alternativos (*Alternativtäter*), eles devem ter actuado independentemente, de acordo com o § 830 I/2 BGB, sendo essa mesma independência de actuações que existe nas hipóteses de *Nebentäterschaft*. Note-se que aqui – nestes casos de *Nebentätaterschaft* –, para além da independência das condutas, importa notar que elas foram causais para o dano total.

Vide, a este propósito, BETTINA WEIBER, “Gibt es eine fahrlässige Mittäterschaft?”, *Juristenzeitung*, 53, Heft 5, 1998, p. 230 e ss.

A este propósito, cf. comentário de ANDRÉ PEREIRA ao Ac. Tribunal da Relação de Lisboa de 14 de Março de 1996, in *Digest...* cit., p. 303, considerando que a distinção entre os *Nebentäter* e os *Mittäter* não se aplica no nosso ordenamento jurídico. Depondo no mesmo sentido, por referência ao ordenamento jurídico italiano, cf. M. GRAZIADEI/D. MIGLIASSO, comentário a *Corte di Cassazione*, 11 de Novembro de 1987, in *Digest...* cit., p. 295. Aduzem os autores que, “se o acto que causa dano pode ser atribuído a mais do que uma pessoa, elas são solidariamente responsáveis por ele. Há direito de regresso contra os restantes na proporção do grau de culpa e das consequências que daí advêm, presumindo-se que aquele é igual em caso de dúvida”. Assim, se A e B acordaram juntar-se numa conduta ilícita ou cada um praticou um acto ilícito, combinando-se os dois, fazendo emergir o evento singular. Deve aplicar-se o artigo 2055º CC, impondo-se a solidariedade obrigacional, desde que se verifiquem dois requisitos: combinação de causas e produção de um resultado indivisível.

²⁵⁵⁰ Distinguindo, tendo por referência o ordenamento jurídico alemão, a causalidade cumulativa da causalidade alternativa, cf. GERT BRÜGGEMEIER, *Haftungsrecht...* cit., p. 188. Na causalidade alternativa, a lesão foi causada por uma de muitas partes. Nas palavras do autor, “ao nível da causalidade alternativa, trata-se menos de um caso de causalidade múltipla e muito mais uma situação de múltiplos perigos em que não se torna claro quem foi o lesante. De vários potenciais agentes, só um causou a lesão no interesse protegido. Reunem-se todos os requisitos da responsabilidade, com excepção de um – o lesado não pode provar que acção concreta, e de que indivíduo, causou o dano”.

Refira-se, ainda, que, no quadro da causalidade alternativa, o autor tem o cuidado de distinguir estas situações daquelas que, constatáveis no domínio da responsabilidade do produtor, implicam que não só não se consegue identificar o lesante, como não se consegue provar qual das várias partes cometeu a falta.

Veja-se, também, FLORENCE G’SSELL-MACREZ, *Recherches...* cit., p. 179 e ss. Considerando os problemas a que somos conduzidos pela condicionalidade *sine qua non*, quando nos deparamos com situações de sobredeterminação causal, a autora distingue a causalidade adicional e a causalidade alternativa. No âmbito do cúmulo de causas suficientes, fala da causa duplicativa (aquela que existe quando várias causas suficientes são combinadas e são reforçadas para provocar o dano, sendo que cada uma teria sido, sozinha, suficiente para o gerar) e da causa *préemptive* (uma das causas suficientes neutralizou o efeito de outra, como por exemplo quando A ministra veneno mortal a B, mas, antes que produzisse os seus efeitos, C estrangulou-o, antecipando a morte, de tal modo que o efeito da *faute* de A é neutralizada pela *faute* de C. FLORENCE G’SSELL-MACREZ não deixa de vincar as dificuldades em que o jurista se deixa enredar quando tenta solucionar casos portadores de uma intencionalidade problemática como esta à luz da *conditio sine qua non*. Como já tivemos oportunidade de referir *supra*, a aplicação da fórmula conduz a que A não seja responsabilizado, mas também a que C não seja sancionado, excepto se

puramente analítico, parecendo, contudo, esquecer a dimensão judicativa que entretece a analogia jurídica, à qual só acederemos se deixarmos a consideração dos factos puros na sua neutralidade para os inteligirmos à luz da intencionalidade predicativa da juridicidade que eles convocam e pela qual os descobrimos.

Atidos à autoria plural, os juristas afastam do âmbito de relevância do preceito a hipótese em apreço. Cremos, porém, que outro pode ser o entendimento derramado sobre a questão. Na verdade, nos termos do artigo 497º CC, prevê-se a responsabilidade solidária para o caso de pluralidade de responsáveis. Havendo duas acções e dois agentes que preencham os pressupostos delituais, não será difícil concluir pela assimilação do caso pela intencionalidade problemática do preceito. Hipóteses haverá, porém, em que a pluralidade dá lugar à unicidade. Aí, a aplicação da norma aos casos de co-autoria, instigação ou auxílio à prática do acto ilícito é determinada pelo artigo 490º do mesmo diploma. Para lá da força cogente do direito positivo, temos a justificar a solução o facto de existir uma concertação entre os agentes que determina a existência

considerarmos o resultado na sua conformação concreta. Sobre a questão a conformação concreta do resultado, cf., para além das outras referências bibliográficas, RANIERO BORDON, *Il nesso di causalità...* cit., p. 141 e ss.). No que respeita à causa alternativa, verifica-se que o facto exterior teria conduzido necessariamente ao dano se o facto gerador não o tivesse já feito, podendo-se dissociar as hipóteses nas quais a causa exterior se realiza, mas não produz os seus efeitos em razão da emergência do facto lesivo das hipóteses de causalidade alternativa simples que constitui um facto puramente hipotético, que não se chegou a produzir. No primeiro caso (*overtaking cause*), a causa produziu-se, mas os seus efeitos não se realizaram em razão da emergência do efeito lesivo (cf. p. 183, onde a autora oferece o caso de A ser morto num acidente de automóvel, mas sofrer já de um cancro em estágio terminal). Na segunda situação, a causa alternativa é meramente hipotética – não são os efeitos da causa alternativa que se produziram, mas a causa ela mesma. Assim quando A mata B, mas se ele não o tivesse feito, C teria concretizado o mesmo propósito. Diz-nos a autora que, não se excluindo a responsabilidade, a verificação da alternativa pode ter impacto em sede de cômputo da indemnização.

Sobre o ponto, cf. DIANA MONTENEGRO DA SILVEIRA, *Responsabilidade civil por danos causados por medicamentos defeituosos...* cit., p. 192 e ss., citando SINDE MONTEIRO E ANDRÉ PEREIRA, “Multiple Tortfeasors under Portuguese Law”, *Unification of Tort Law: Multiple Tortfeasors* (W.V.H. ROGERS, ed.), Kluwer Law International, 2004, p. 172 e analisando um caso referente ao mesotelioma, em que o lesado passa a sofrer da doença depois de ter estado exposto a amianto por três fabricantes diferentes, não se conseguindo estabelecer o concreto nexo de causalidade entre cada uma das actuações e o dano, e propondo a regra da solidariedade como solução para este problema. Note-se, porém, que aqui estamos a falar de uma situação de causalidade cumulativa. É claro que, verdadeiramente, não se conhece o impacto da conduta de cada uma delas no surgimento da lesão, pelo que a analogia entre as duas situações é plausível. Parece ser este o raciocínio de DIANA MONTENEGRO DA SILVEIRA, *Responsabilidade ...* cit., p. 219: “não obstante as diferenças práticas e jurídicas existentes entre as duas situações, da causalidade cumulativa e da causalidade alternativa, parece razoável e justo que ambas sejam tratadas com recurso aos mesmos expedientes legais, dado que as duas situações se caracterizam pelo comprometimento da prova do nexo de causalidade decorrente da impossibilidade de identificação do concreto causador do dano. (...) Embora o caso asbestos possa implicar na maioria das vezes uma situação de causalidade cumulativa, há que perceber que em alguns dos casos pode verificar-se que a primeira exposição ao amianto tenha sido suficiente para causar o dano. Sendo, no entanto, impossível destringir estas duas situações distintas, elas vão ser tratadas da mesma forma ao nível jurídico, isto é, através da responsabilização solidária de todos os demandados. Pelo referido, a solução indicada por SINDE MONTEIRO e ANDRÉ PEREIRA para a resolução de uma questão de causalidade cumulativa, concretamente a situação do *asbestos*, deve ser considerada válida para casos de causalidade alternativa que se têm colocado no campo da responsabilidade por medicamentos defeituosos”.

de um só (e conjunto) comportamento lesivo. Assumindo cada um o seu papel, mas todos sendo determinantes para a emergência do dano, não faria sentido que apenas um pudesse ser obrigado ao pagamento de uma indemnização. Donde, e sem embargo de ulteriores explicitações acerca da solidariedade ao nível da responsabilidade extracontratual, a pluralidade reclamada pelo artigo 497º CC harmoniza-se com a unicidade de comportamentos pressuposta pelo artigo 490º CC por via da desvelação de plúrimas esferas de responsabilidade, por meio das quais se vai edificar a imputação. Quer isto dizer que aquela norma deve ser interpretada não no sentido de exigir a pluralidade fisicamente comprovada de condutas ilícitas, mas no sentido de impor a existência de mais do que um responsável²⁵⁵¹.

Abre-se, então, a porta a que nas hipóteses de causalidade alternativa incerta, porque dois ou mais sujeitos titulam uma esfera de responsabilidade, eles sejam considerados solidariamente responsáveis, excepto se, de acordo com o esquema imputacional por nós delineado, um deles vier provar qual a real causa do dano. E se assim nos questionarmos sobre o eventual sacrifício da comutatividade, a fazer anunciar uma responsabilidade pelo pôr em perigo, haveremos de concluir que ele é apenas aparente: na gestão de riscos faz-se impender sobre o pretense lesante a dificuldade de prova do que tradicionalmente era entendido por nexo de causalidade.

São, portanto, razões ainda atinentes à estrutura do ilícito que nos fazem duvidar do acerto da exclusão da relevância do artigo 497º nas situações análogas à dos dois caçadores.

Pois que, se parece ser a pluralidade de responsáveis a justificar a aproximação das situações, ela não se alicerça exclusivamente na existência de mais do que um comportamento naturalisticamente causador do dano. Situações há em que o comportamento é apenas um, sendo por ele responsável mais do que um sujeito. Ora, nestas ninguém duvida que o artigo 497º CC seja aplicável e, não obstante, do ponto de vista do real só um é o comportamento, embora polarizado em dois sujeitos²⁵⁵².

²⁵⁵¹ Dando ênfase ao ponto, cf., uma vez mais, MENEZES CORDEIRO, *Direito das Obrigações...* cit., II, p. 412 e ss., considerando que, havendo um concurso necessário, há uma obrigação solidária nos termos do artigo 490º e 497º CC, e que a solução deve ser a mesma quando, embora não havendo a unicidade de acto ilícito pressuposta pelo artigo 490º CC, se verifica a previsão do artigo 483º CC em relação a mais do que um agente. No fundo, embora dialogando em termos inversos, o autor sublinha a duplicidade de responsáveis e não a unicidade ou duplicidade de comportamentos como sustentáculo da solidariedade. É exactamente aqui que, como sabemos, o autor filia a recusa de aplicação analógica do artigo 497º CC aos casos de causalidade alternativa incerta. É que, como sublinha, aí há incerteza quanto ao comportamento culposo, não se sabendo se há dois responsáveis.

²⁵⁵² Se pensarmos detidamente nas situações de responsabilidade por acto de terceiro, veremos que em causa não deixa de estar a assunção de uma esfera de risco que se concretiza por intermédio de outra

Do mesmo modo, no quadro da causalidade conjunta e cumulativa, desconhece-se, muitas vezes, qual o real contributo de cada um dos agentes responsáveis pelo dano gerado, e, não obstante, a solução da solidariedade entre aqueles continua a ser aceite.

A pluralidade a que aí se assiste tem raízes mais fundas, entroncando na liberdade humana que, convocadora da responsabilidade, vai erigir cada pólo de autonomia no centro gerador de uma conduta, enquanto requisito do ressarcimento.

A ser assim, isso significa, por um lado, que, ao nível da realização concreta do direito, os factos não são tomados como meros dados empíricos, mas que sobre eles derramamos, numa dialéctica de pendor valorativo, a axiologia determinante do seu recorte; e por outro, que aquilo que tradicionalmente pretendia ver-se resolvido com a condicionalidade *sine qua non* não só se afigura irrealizável por essa via, como se mostra falho de sentido.

A simples constatação de que os factos se não oferecem como neutrais é de molde a tornar perceptível o que já anteriormente tínhamos indiciado: só na analogia que se estabelece pelo ir e vir dialéctico entre eles e o sistema podemos captar o seu âmbito.

peessoa. Também ao nível da causalidade incerta são duas esferas de risco/responsabilidade que avultam, pese embora só uma se materialize num dano. Não queremos com isto defender que a responsabilidade deve basear-se unicamente na exposição ilícita ao risco, mas, se imputacionalmente partimos daquelas esferas de responsabilidade para ancorarmos a obrigação de indemnização, veremos que, caso um dos lesantes não afaste a presunção que sobre si recai, a incerteza deve onerá-lo a ele e não ao lesado. E isto não porque no confronto entre os litigantes a sua posição seja mais valiosa que o interesse do lesante, mas porque o sentido da acção que pressupomos assim o exige.

Importa, por isso, atentar na dúvida trazida à luz do dia por GEISTFELD (cf. A. GEISTFELD, “The doctrinal unity of alternative liability and market-share liability”, ... cit., p. 498 e ss.). No quadro de racionalização das hipóteses de *alternative liability*, para o que convoca a noção de *evidential grouping*, justificado, a seus olhos, pela necessidade de distribuir de forma justa, numa demanda judicial, o risco de incerteza factual, o autor questiona – exactamente porque o fundamento da solução passa pela ideia de justo – se o lesado tiver negligentemente contribuído para o dano *quid iuris*? Note-se que o problema só se coloca, nos EUA, depois da evolução da *contributory negligence* para a *comparative fault*. Na verdade, ao tempo de vigência da primeira solução, o lesado via-se absolutamente impedido de aceder ao ressarcimento. Alterada a solução de princípio, havendo o contributo culposo do lesado, a indemnização será diminuída. Contudo, pensando no caso da exposição do lesado a amianto e conseqüente desenvolvimento de um cancro do pulmão de A, que era, até ao momento, fumador, GEISTFELD mostra-nos que a situação é diversa: nestes casos, o lesado pode não conseguir provar que o grupo de lesantes, mais provavelmente do que não, causou o dano. Não se conseguindo estabelecer tal prova, não se pode, segundo o autor, aplicar a *alternative liability*; se se conseguir estabelecer tal prova, então a indemnização deve ser diminuída, atenta a contribuição para o risco. A solução apresentada pelo autor mostra-se consonante com a ideia de que a causalidade de facto há-de ser, nestas hipóteses, estabelecida entre a conduta de um grupo, edificado por questões probatórias, atentos certos requisitos, e o dano. Não é, porém, essa a nossa perspectiva. O grupo de lesantes relativamente aos quais opera a causalidade alternativa há-de ser definido a partir da junção dos sujeitos que, porque edificaram uma determinada esfera de risco, são tidos por responsáveis, excepto se provarem que o dano não foi por eles causado. Sobre a perspectiva, ulteriores desenvolvimentos serão prestados *infra*.

Ora, isto permite-nos concluir, e voltando agora ao artigo 497º CC, que o que releva não é o número de comportamentos com efeito causal em termos naturalísticos, mas o número de esferas de risco que, com potencial de alicerçar a responsabilidade – tida com actualização positiva da liberdade pessoal –, convergem para um mesmo resultado^{2553 2554 2555}.

²⁵⁵³ Note-se que, em primeira linha, o preceito não nos vem resolver o problema com que lidamos: a interpretação que dele se faz é uma decorrência do modo como compreendemos a questão imputacional e solucionamos o primeiro segmento de indagação dita causal. O que não obsta a que, olhando para o artigo, não possamos, pela mobilização de uma série de argumentos, extrair conclusões que amparem a nossa perspectiva.

²⁵⁵⁴ Em termos do direito já constituído, podemos ainda invocar um outro argumento no sentido da plausibilidade da responsabilização solidária dos agentes, numa hipótese de causalidade alternativa incerta. Pensamos no artigo 22º/1 do Decreto-lei nº239/2003, de 4 de Outubro, relativo ao contrato de transporte rodoviário de mercadorias, que autoriza aquela responsabilidade solidária. Lidando com o contrato de transporte, a responsabilidade a que o preceito alude estima-se, em primeira linha, contratual. É claro que, aceitando-se a solução do concurso de fundamentos de pretensões indemnizatórias, nada impede que a mesma situação possa gerar, também, responsabilidade extracontratual. Simplesmente, a inserção sistemática da norma no contexto do diploma não autoriza, sem mais, a extensão da solução para o campo delitual. Importa, pois, perceber qual o fundamento da previsão e, atenta essa teleologia, tentar perceber se a mesma se circunscreve ao domínio negocial ou se, ao invés, pode ser pensada por referência à sua congénere em que nos movemos. Note-se, antes de se encetar tal trabalho, que a solução inscrita em texto não fica dependente da resposta que encontrarmos para este particular problema. De facto, sabemos que o jurista não tem de ficar vinculado ao direito já constituído, podendo, num directo apelo aos princípios fundamentantes da juridicidade, e dentro de certos limites, operar uma autónoma constituição normativa. Simplesmente, confrontados com a existência de um preceito como este, podemos estar diante de um critério que garanta mais facilmente a tarefa judicativa. Ora, para o mobilizarmos, há que sedimentar a teleologia da norma. Ou seja, orientar-nos-emos por um binómio: ou a responsabilidade contratual – e o contrato de transporte em particular – apresenta idiosincrasias que justificam uma solução especial; ou as mesmíssimas razões que levaram à consagração desta regra são válidas no mundo aquiliano. Neste caso, podemos ver no preceito o afloramento de um princípio mais amplo; no primeiro caso, a vigência da norma não nos ampara no percurso dialógico, embora também não nos impeça de abraçar a conclusão a que chegámos. É que o facto de o legislador ter previsto a referido solução num nicho dogmático especial não implica que, noutros domínios, ela não seja aplicável, dado não se estabelecer entre o citado decreto-lei e o Código Civil uma relação de regra/excepção.

Olhemos, então, mais atentamente para o artigo 22º/1 DL nº239/2003. Diz-nos o artigo 22º/1, sob a epígrafe *Responsabilidade solidária dos transportadores sucessivos*, que, “no transporte sucessivo, verificando-se a ocorrência de danos e não podendo determinar-se o transportador responsável por aqueles, todos os transportadores são solidariamente responsáveis pelas indemnizações que sejam devidas”, ao que acresce o nº2 que, “na situação prevista no número anterior e em caso de insolvência de um ou mais transportadores, a parte da indemnização que lhes for imputável será suportada pelos demais, na proporção das suas remunerações”. Na base da previsão podemos encontrar duas ideias fundamentais: por um lado, avulta a preocupação com a protecção do destinatário que, na maioria das situações, ficaria, pela impossibilidade de sindicar os acontecimentos ocorridos durante o transporte, sem acesso aos mecanismos ressarcitórios que lhe cabem. Se esta é patente sobretudo no segundo número da norma, não podemos, por isso, concluir pela sua exclusividade ou, sequer, pelo seu carácter primordial. Na verdade, o artigo 11º/2 abre a possibilidade de o transportador sucessivo formular reservas, ou seja, e de acordo com o consagrado no artigo 9º do mesmo diploma, de descrever na guia de transporte todos os defeitos que a mercadoria ou a embalagem apresentem no momento da recepção, bem como indicar que não conseguiu verificar com exactidão as indicações constantes na referida guia. Quer isto dizer que, em determinadas situações, seria possível identificar o autor do dano, como, aliás, resulta expressamente da previsão normativa, não se podendo intuir uma especial urgência da solução por referência comparativa com outros domínios de actuação onde análoga sanção inexistente. Acresce que a imposição de limites à indemnização, nos termos do artigo 20º, mostra que, na economia da relação, não prevalece a posição do destinatário diante do transportador. A ser assim, há-de ser outro o fundamento da regra da solidariedade nos casos de causalidade alternativa incerta. A responsabilização dos diferentes transportadores baseia-se

O cotejo delas torna-se, então, imprescindível, em nada distando estas situações daquelas que avultam na pretensa singularidade do acontecer.

Algumas notas se tornam, não obstante, imprescindíveis, se quisermos ser consequentes no nosso percurso dialógico.

Em primeiro lugar, se o sentido da responsabilidade impõe que a causalidade seja pensada em termos de imputação, deixando-se longe a mera correlação entre o mundo dos acontecimentos e o mundo do dever-ser, então a solução por nós forjada andarão longe, quer na intencionalidade, quer na operacionalidade, das que, convocando a análise económica do direito, procuram resolver a questão da incerteza a partir de noções de probabilidade²⁵⁵⁶ e quotas de mercado.

numa ideia de assunção do risco. Cada um deles, ao aceitar a mercadoria, assume uma esfera de responsabilidade, que, resultando claramente do desenho legal traçado para o tipo negocial em causa, coincide com a esfera encabeçada por quem voluntariamente assume uma obrigação. Encontrada a *ratio* da solução legal na existência de duas ou mais esferas de risco/responsabilidade, importa saber se ela é ou não exclusiva do mundo contratual. Para tanto, termos de nos deter, *brevi momenta*, no regime da responsabilidade obrigacional. Sabemos que o artigo 799º CC consagra o que, tradicionalmente, se convencionou designar por presunção de culpa, dividindo-se os autores entre os que entendem que a mesma apenas se aplica às obrigações de resultados e aqueles que a estendem às obrigações de meios. A contemplação do preceito mostra-se fundamental a este nível. Na verdade, ao presumir-se a culpa de quem não cumpre ou cumpre defeituosamente, pergunta-se se tal presunção não coenvolve uma presunção de causalidade, sendo, nessa medida, perceptível a solução da responsabilidade solidária. Desta feita, ela não poderia ser transposta para o domínio aquiliano. A conclusão mostra-se, contudo, precipitada, por diversas ordens de razões. A regra em matéria de responsabilidade contratual – ao contrário do que sucede ao nível delitual – não é a da solidariedade, excepto se a própria obrigação que deixou de ser cumprida tivesse tal natureza (artigo 513º CC), o que se explica pelas diferenças estruturais, funcionais e fundacionais entre as duas modalidades consideradas (cf. MAFALDA MIRANDA BARBOSA, *Liberdade versus Responsabilidade...* cit., p.103 e ss.). Ora, isso mostra-nos que a solução consagrada no DL nº239/2003, de 4 de Outubro, não é orientada pela natureza específica da responsabilidade, antes se justificando pelo facto de os dois transportadores terem assumido, cada uma, uma esfera de risco, ainda que só um tenha gerado um dano. Ora, a partir do momento em que olhamos para a acção, do prisma aquiliano, não como uma acção causal, mas como uma acção personalisticamente compreendida, asseguramos a analogia problemática e judicativa. Excluído o papel determinante do nicho dogmático em que a norma surge consagrada, importa, ainda, perceber em que medida não será a comercialidade da disciplina normativa a assumir tal estatuto. Só que, relembra que seja a autonomia do direito comercial face ao direito privado geral, rapidamente nos apercebemos que ela foi historicamente imposta pelas necessidades próprias da vida dos comerciantes: urgia encontrar mecanismos de flexibilização do tráfego negocial que, garantindo uma maior celeridade, um mais fácil acesso ao crédito, respondessem às exigências de um ramo de actividade que passou, em dado momento, a ter importância crescente no contexto social e económico. Como se depreende da exposição antecedente não entronca nessa especialidade a regra que aqui se cristaliza, pelo que, também por esta via, não encontramos um obstáculo para olhar para o preceito como o afloramento de um princípio geral do ordenamento.

Outras referências ao direito positivo serão, também *infra*, chamadas à colação.

²⁵⁵⁵ A este propósito, cf. CALVÃO DA SILVA, *Responsabilidade civil do produtor...* cit., p. 582.

²⁵⁵⁶ Também não olhamos para o modelo da causalidade dita alternativa do puro ponto de vista processual, orientando-nos por meras noções probabilísticas, nem aderimos a uma ideia de responsabilidade assente no risco.

Várias são, de facto, as tentativas de racionalização da doutrina da causalidade alternativa no quadro da *Common Law*. Cf. FLETCHER, “Alternative liability and deprivation of remedy: teaching old tort new tricks”, *Cleveland State Law Review*, vol. 56, p. 1029 e ss., em especial p. 1040. Sem pretensões de exaustividade, apontam-se três perspectivas com que o fenómeno, ali cunhado de *alternative liability*, pode ser encarado: 1) uma perspectiva puramente processual, orientada pela ideia de afrouxamento das

Tempo, pois, para retomarmos algumas das conclusões a que chegámos no capítulo III da nossa dissertação. Percebemos, aí, claramente que a doutrina da *market-share liability* não é prestável quando coberta com o manto da eficiência espúria à intencionalidade especificamente jurídica. Mas deixámos em aberto a possibilidade de ser acolhida de um prisma juridificado. Importa, então, no cotejo com a causalidade alternativa com que agora nos confrontamos, perceber em que medida ela pode ou não ser aceite no quadro do nosso ordenamento jurídico²⁵⁵⁷.

exigências probatórias, em nome da salvaguarda da posição do lesado. Nesta medida, bastaria ao lesado provar que o lesante poderia ter causado o dano (cf. CHARLES E. CARPENTER, “Concurrent causation”, *University of Pennsylvania Law Review*, nº83, 1935, p. 941 e ss., e especial p. 944-945, considerando que a prova da causalidade é relaxada ao permitir que o lesado venha provar que a lesão ocorreu por uma das muitas independentes causas, de que o lesante era uma. Para uma crítica da perspectiva, v., *inter alia*, MARK A. GESTFIELD, “The doctrinal unity of alternative liability and market-share liability”, *University of Pennsylvania Law Review*, vol 155, p. 447 e ss., aqui p. 457-458); 2) uma perspectiva que evidencia um afastamento dos postulados causalistas, a admitir a atribuição de uma indemnização pela mera exposição ao risco (cf. GLEN O. ROBINSON, “Multiple causation in tort law: reflections on the DES cases”, ... cit., p. 713 e ss.; DAVID ROSENBERG, “The causal connection in mass exposure cases: a public law vision of the tort system”, *Harvard Law Review*, n. 97, 1984, p. 849 e ss., em especial p. 866-868; RICHARD WRIGHT, “Causation in tort law”, ... cit., p. 1819 e ss. Criticando a perspectiva, v. MARK A. GESTFIELD, “The doctrinal unity of alternative liability...”, ... cit., p. 458 e ss. e 450. Designadamente, o autor aduz que a *pure risk-based liability* envolve o aumento do número de demandas e implica que os lesados que sejam submetidos ao mesmo risco recebam a mesma indemnização, independentemente da lesão que venham a experimentar); 3) uma perspectiva focada na violação do direito ao ressarcimento. Neste sentido, cf. ADAM L. FLETCHER, “Alternative liability and deprivation of remedy: teaching old tort new tricks”, ... cit., p. 1029 e ss. Veja-se, também, ARIAL PORAT e ALEX STEIN, *Tort Liability under uncertainty*, ... cit., p. 130-159 (olhando para o fenómeno do duplo ponto de vista da justiça correctiva e da prevenção); MARK A. GESTFIELD, “The doctrinal unity of alternative liability and market-share liability”, *University of Pennsylvania Law Review*, vol 155, p. 447 e ss., em especial p. 460 e ss., considerando que o *evidential grouping* é a única forma de explicar por que razão é que a *alternative liability* não afrouxa o requisito causal.

²⁵⁵⁷ Controversa parece ser a questão relativa à compatibilidade da doutrina do *market-share liability* com a ideia de causalidade, ou, mais especificamente, com a ideia de desvalor do resultado que, convidando à ponderação da ligação entre a conduta e um determinado evento lesivo, nos afasta da responsabilidade exclusivamente assente no risco. Duas posições surgem, de facto, a este ensejo. De um lado, somos confrontados com autores que advogam a aproximação a uma ideia de *risk-based conception*. Cf., nesse sentido, GLEN O. ROBINSON, “Multiple causation in tort law: reflections on the DES cases”, ... cit., p. 749 e ss. (olhando para o caso *Sindell v. Abbott* e sustentando que a responsabilidade se funda, ali, na criação de um risco e é repartida de acordo com a gravidade dele); JOSEPH H. KING JR., “Causation, Valuation and Chance in Personal Injury Torts involving preexisting conditions and future consequences”, *Yale Law Journal*, nº90, 1981, p. 1353 e ss., aqui p. 1381 (relacionando a doutrina do *market-share liability* com o conceito de chance); RICHARD W. WRIGHT, “Causation in tort law”, *California Law Review*, nº73, 1985, p. 1735 e ss., aqui p. 1819 e ss. (falando, a propósito do precedente *Sindell*, de uma nova lesão: *tortious exposure to a risk that possible led to a subsequent injury*). De outro lado, encontramos os que advogam uma linha de continuidade entre a doutrina em causa e os tradicionais princípios da responsabilidade civil, incluindo a causalidade. Nesse sentido, vide MARK A. GEISTFELD, “The doctrinal unity of alternative liability and market-share liability”, ... cit., p. 447 e ss., que, lançando mão do conceito de *evidential grouping*, vem mostrar que a *market-share liability doctrine* resulta da *alternative liability* “de um modo que não redefine o *tort right*, nem se afasta dos princípios da causalidade. Veja-se, ainda, p. 452, onde o autor aduz que “os tribunais que adoptaram a regra do *market-share liability* não acreditam que ela se afaste do princípio fundamental da causalidade”, e p. 484, onde são avançadas outras justificações racionais para a doutrina: a) concede compensação pela exposição ilícita ao risco, condicionada pela ocorrência da lesão; b) está em causa a violação do direito à compensação. Entre nós, distinguindo as doutrinas da causalidade alternativa e do *market-share liability*,

Além fronteiras, diversos foram os pensadores que procuraram estabelecer a difícil compatibilização entre as duas doutrinas. Entre outros, THEO BODEWIG²⁵⁵⁸, ADAM FLETCHER²⁵⁵⁹, GERT BRÜGGEMEIER²⁵⁶⁰, GEISTFELD^{2561 2562 2563 2564}.

cf. DIANA MONTENEGRO DA SILVEIRA, *Responsabilidade civil por danos causados por medicamentos defeituosos...* cit., p. 204.

²⁵⁵⁸ Veja-se, a este ensejo, a explicitação de THEO BODEWIG, “Probleme alternativer Kausalität...”, ...cit., p. 523. Questionando, no quadro da problematização da possível aplicação do § 830 I/2 BGB aos casos DES, como deve operar-se a compensação dos responsáveis no âmbito das relações internas, afirma o autor que, como a causalidade é incerta e a *Verursachung* através de cada participante também, o grau de causalidade não pode ser avaliado, tendo de encontrar-se um ponto de apoio para a repartição da indemnização entre os responsáveis. Ora, se para estabelecer a responsabilidade é substituída a causalidade provada (*nachgewiesene Verursachung/ tatsächliche Kausalität*) pela causalidade possível (*Möglichkeit der Kausalität*), o critério de repartição há-de encontrar-se no grau de possibilidade de causação (*der Grad der Möglichkeit der Verursachung*). Daí que, segundo BODEWIG, o grau de probabilidade (*der Grad der Wahrscheinlichkeit*) de causação do dano por parte de um dos participantes ofereça a chave da solução. No quadro da responsabilidade pelo risco, sendo o fundamento o perigo para os bens jurídicos, devemos lançar mão do grau de perigo e portanto da probabilidade com que se realizaria o perigo no caso concreto. Segundo o autor germânico, esta probabilidade poderia corresponder, nos casos DES, à quota de mercado que cada fabricante ocupa, embora não tenha de ser necessariamente assim (cf. p. 553, onde o autor, tratando da *Verursachungswahrscheinlichkeiten*, distingue a probabilidade da causalidade da causalidade segundo a quota de mercado).

Cf., também, p. 505 e ss. Os casos do tipo DES são caracterizados, estruturalmente, por existir um grande número de lesados diante de muitos potenciais lesantes. Cada um destes actuou independentemente dos restantes ou omitiu um acto, e quer a acção, quer a omissão mostram-se, em geral, aptos a causar o dano a cada um dos lesados. Simplesmente, o lesado não consegue provar a concreta causalidade do acto do individual potencial lesante, o que conduziria, na pureza das soluções, ao não ressarcimento do lesado. Falhando a prova da causalidade fundamentadora da responsabilidade, há que analisar as potencialidades que o § 830 I/2 BGB encerra no tocante ao tratamento de hipóteses como esta.

Considera o autor que a constelação de alguns destes casos corresponde ao clássico problema da autoria alternativa incerta: todos os produtores, do prisma da objectiva aptidão para a causação do dano, colocaram no mercado produtos iguais, pelo que um deles (e portanto um dos produtores) será causa do dano, estando afastadas outras causas. Se nenhuma objecção se levanta, hodiernamente, à aplicação analógica do preceito aos casos de responsabilidade objectiva – cf. p. 516-517 e nota 53 –, o certo é que BODEWIG se mostra céptico no tocante à utilidade da convocação da solução plasmada pelo § 830 I/2 BGB para fazer face aos problemas suscitados pelos casos DES. Na verdade, todos aqueles que respondem afirmativamente a esta dúvida, e assim legitimam a extensão analógica do preceito, advertem que o jurista se há-de ater a uma certa configuração dos factos: o lesado tomou medicamentos de diferentes produtores; todos eles se mostram adequados a causar o dano e não se consegue discernir e provar a real causalidade de um dos medicamentos isolados ou de um conjunto de medicamentos. A responsabilidade segundo o § 830 I/2 BGB fica limitada por esta intencionalidade problemática, o que implica que só seja viável obter por essa via o ressarcimento quando se prove o consumo do produto daquele fabricante. Ora, face à dificuldade probatória típica dos casos DES, o § em questão parece não adiantar muito, perdendo por isso o seu efeito útil. Cf. p. 521: se no caso da responsabilidade por culpa o lesado tem de provar a possibilidade de uma relação causal, aqui, estando em apreço a responsabilidade pelo risco, exige-se a prova de que o perigo abstracto se concretizou.

²⁵⁵⁹ Cf., ADAM L. FLETCHER, “Alternative liability and deprivation of remedy: teaching old tort law new tricks”, ...cit., p. 1029 e ss. Confrontado com as situações de indeterminação causal – mais propriamente do lado do lesante –, o autor articula duas das teorias que os tribunais forjaram para fazer face ao problema: *alternative liability* e *market-share liability*. Mais especificamente, procura mostrar que a *alternative liability* não é revolucionária e se pode explicar por uma “cuidadosa aplicação dos tradicionais princípios da responsabilidade civil”. Porém, adverte que este resultado fica dependente “do reconhecimento da distinção entre a lesão originalmente sofrida pelo lesado e a lesão secundária que a *alternative liability* permite ressarcir”, ou seja, a perda do remédio ressarcitório. Esta posição – a fazer rememorar a lição dos *evidential damages*, protagonizada por ALEX STEIN e ARIEL PORAT – vai permitir ao autor, não só eliminar algumas das limitações à teoria, como tornar desnecessária a sua conversão na *market-share liability*.

Acompanhemos, então, de perto os ensinamentos do autor. Em causa a dificuldade já nossa conhecida de identificação do lesante quando há uma confluência de condutas lesivas e se conclui que qualquer uma delas, sozinha, teria produzido o mesmo dano. Se cada uma era suficiente, mas não necessária para a emergência do resultado danoso, a resposta a esta anomalia foi encontrada pela introdução de uma exceção ao *but-for test* e a sua substituição pela ideia de *substantial factor*, que já – e agora afastando-nos momentaneamente das notas de FLETCHER – tínhamos ligado ao nome de JANE STAPLETON. Mas o problema, ou a solução dele, não haveria de ficar por aqui. No também já nosso conhecido caso *Summer v. Tice* (caso dos caçadores), o tribunal procurou saber se era aplicável a doutrina da *concert of action* (cf. p. 1033 e *Restatement (Second) of Torts* § 876, 1979, pelo qual se pode concluir que se é responsável quando se pratica um acto ilícito concertadamente com outro e prosseguindo um objectivo comum; quando se sabe que a conduta do outro constitui a violação de um dever e, ainda assim, se dá assistência ou se encoraja o agente; quando se assiste o outro no desenvolvimento de um resultado lesivo e a própria conduta do cúmplice, isoladamente considerada, consubstancia a violação de um dever para com a terceira pessoa, *apud op. cit., loc. cit.* Veja-se, também, p. 1037, onde se apresentam os argumentos justificadores da recusa anunciada – “não havia acordo entre os lesantes para cometer o acto ilícito. Os lesantes actuaram de modo paralelo, mas independente e a composição da droga foi ditada por uma fórmula científica e não por um entendimento entre os lesantes). Mas a jurisprudência norte-americana haveria de desenvolver a teoria da responsabilidade alternativa, a viabilizar a inversão do ónus da prova em casos de indeterminação dos lesantes. Estes presumir-se-iam, assim, responsáveis até que conseguissem ilidir a presunção. Mais tarde (cf. p. 1036), “o Supremo Tribunal da Califórnia expandiu a doutrina em *Sindell v. Abbott Laboratories*. Mais uma vez se enfrentava um problema de indeterminação: *Sindell* sofria de cancro como resultado do facto de a sua mãe ter usado a droga *diethylstilbestrol* (DES) durante a gravidez. Foram nomeados onze fabricantes de DES. Mas *Sindell* não conseguia identificar o fabricante de DES que foi tomado pela sua mãe, em virtude da natureza da droga e das circunstâncias que envolviam a sua distribuição. O Supremo Tribunal considerou inaplicáveis muitas teorias de responsabilidade colectiva, incluindo a responsabilidade alternativa do precedente *Summer*”. Optou, ao invés, por aplicar uma nova variante da *alternative liability*, que ficaria conhecida por *market-share liability*. No fundo, a responsabilidade de cada um fica limitada à proporção da sua quota no mercado DES e, portanto, a aplicação da doutrina torna-se dependente da existência de um *substantial share of the market*. Esta evolução da teoria da responsabilidade alternativa fica a dever-se à impossibilidade de se dar cumprimento, em face do circunstancialismo de facto, à intencionalidade que, segundo alguns autores, lhe preside. Na verdade, diz-nos FLETCHER que “a responsabilidade alternativa não pode ser aqui aplicada. O número de potenciais lesantes foi a razão determinante da recusa. É que no precedente *Summer* só havia dois lesantes, pelo que havia 50% de probabilidades de um deles ter causado o dano. Em *Sindell*, como há muitos fabricantes, a probabilidade de cada um ser o responsável é tão pequena que não seria justo inverter o ónus da prova” (cf. p. 1038). Dito isto, somos convidados a olhar para os diversos prismas sob os quais se pode captar a realidade que é a responsabilidade alternativa e a teoria da responsabilidade segundo as quotas de mercado. Há, desde logo, uma perspectiva que podemos cunhar de processualista – em causa estaria uma mera alteração das regras probatórias, a ditar um afrouxamento das exigências que, em regra, impendem sobre o lesado. Numa outra visão, determinar-se-ia, com esta jurisprudência, o abandono da condicionalidade *sine qua non*, assente no teste do *but-for*, para se abraçar “uma responsabilidade baseada unicamente na criação de um risco não razoável” (p. 1040). De qualquer delas FLETCHER duvida. A primeira não explica por que razão não se inverte o ónus da prova em todos os casos de incerteza causal; a segunda deixa no ar uma dúvida semelhante, ao não tornar explícito por que razão a responsabilidade se alicerça no risco nos casos de indeterminação do lesante e não em outros, sendo certo que, “se elevarmos a simples criação do risco a categoria central da responsabilidade civil, estamos a transformar o sistema num esquema de segurança social” – cf. p. 1041. Sabemos que o entendimento acerca do risco patenteado pelo autor não é unívoco. Se a transformação do sistema delitual num esquema securitário se nos afigura desvalioso, é certo – neste momento do nosso percurso dialógico – que não estamos condenados a esta visão estrita da categoria. Contaminada pelas notas da personalidade livre e responsável, ela ganhará novas potencialidades. Neste momento, porém, interessa-nos mais perceber o cerne da proposta de FLETCHER. Segundo o jurista, deve partir-se do princípio que a conduta dos lesantes cria um *bundle of risks* para o lesado, que, assim, sofre duas lesões distintas: a) *primary injury*, resultado da conduta ilícita e b) *secondary injury*, a traduzir-se na perda de remédio para a primeira lesão, tendo em atenção a incapacidade para demonstrar a causalidade de facto. O *loss of remedy* é visto como uma *secondary injury*. Ora, “uma vez que isto aconteça, a *alternative liability* pode ser conceptualizada sem recurso a novas teorias da responsabilidade para a lesão primária. Para ser compatível com a tradicional *tort law*, o risco da segunda lesão tem de ser previsível, pois de outro modo os lesantes não teriam nenhum dever contra ela”, ou seja, “tem de existir um risco previsível de um potencial lesado se mostrar

incapaz de determinar o lesante responsável”, o que acontece em todos os casos em que é aplicada a *alternative liability*”. No fundo, esta impõe “um dever de prevenir condutas lesivas que possam impedir a pessoa lesada por tal conduta de determinar a identidade do responsável” – cf. p. 1052. Ora, se cada lesante tem o dever de se abster de condutas que previsivelmente, quando combinadas com a conduta de outros, “ofusquem a determinação da *cause-in-fact*”, cada lesante viola o seu dever “e as condutas dos lesantes combinaram-se para gerar o *loss of remedy*”. Estes lesantes são agrupados porque eles, efectivamente, apenas geram uma única lesão. Daí que “o lesante não possa exonerar-se ao invocar a probabilidade estatística de outro lesante também poder ser causa da lesão primária” – cf. p. 1053. Continuando a acompanhar os ensinamentos do autor, “no que respeita à lesão secundária, se há apenas dois lesantes, então ambos são causas necessárias do *loss of remedy*” e a “nenhum será permitido escapar da responsabilidade porque a conduta do outro foi também necessária”. Se há três ou mais lesantes, “então o resultado é um caso de *multiple sufficient causation* e a um lesante não será permitido invocar a suficiência dos outros para escapar à responsabilidade” – *op. cit., loc. cit.* Nesta medida, a disciplina não terá aplicação quando a incerteza envolve apenas um lesante (p. 1054) e a solidariedade “parece ser a solução mais adequada. Cada lesante é igualmente responsável pelo *loss of remedy* da primeira lesão e, como o *loss of remedy* é um dano singular e indivisível, cada um é responsável pelo dano total”, mostrando-se assim como o *market-share liability* é desnecessário enquanto modificação da *alternative liability*.

Em sentido diverso, veja-se A. GESTFIELD, “The doctrinal unity of alternative liability and market-share liability”, ... cit., p. 460 e ss.

²⁵⁶⁰ Cf. GERT BRÜGGEMEIER, *Haftungsrecht...*cit., p. 185, considerando que, no quadro da responsabilidade do produtor, a causalidade alternativa pode ser hoje vista como uma forma modificada de responsabilidade do mercado (*Markthaftung*). Veja-se, ainda, numa referência a uma forma especial de responsabilidade por causalidade alternativa, no âmbito da responsabilidade do mercado por produção em massa, p. 190 e ss. e p. 188 (para distinguir os clássicos casos de responsabilidade alternativa daqueles outros em que existe também a incerteza de qual das partes cometeu a falta, de que seria exemplo a responsabilidade do produtor).

²⁵⁶¹ Cf. MARK A. GEISTFELD, “The doctrinal unity of alternative liability and market-share liability”, ... cit., p. 447 e ss., sustentando que a *market-share liability* é apenas uma forma modificada da *alternative liability*, que visa repartir a responsabilidade de um modo justo entre os lesantes (p. 452). O autor lança mão do conceito de *evidential grouping* que se justifica em casos de causalidade múltipla suficiente porque a normal prova comportaria a exclusão da responsabilidade de todos. Assume-se, por isso, como causa da lesão a conduta do grupo em que todos os lesantes se agregam. A solução deve, para GEISTFELD, ser aplicada analogicamente nas situações de indeterminação do lesante.

Acompanhando mais detidamente os ensinamentos do autor, importa sublinhar que GEISTFELD distingue a *liability grouping* (onde integra hipóteses como a da responsabilidade pela conduta alheia, a instigação, a cumplicidade ou a *vicarious liability*) das situações de *grouping for evidentiary purposes*, isto é, da *evidential grouping*, onde ninguém é considerado responsável pela conduta de outro lesante. Chamando à colação o precedente *Summers*, diz-nos que um caçador não é responsável pelo comportamento de outro caçador, pois, se assim fosse, ter-se-ia de falar de *concert of action*, a justificar a *liability grouping*, mas, não obstante, pode haver fundamento para agrupar as suas condutas por questões de prova. Assim, para ser razoável, o *evidential grouping* deve “combater uma injustiça que seria criada pela normal regra de repartição do ónus da prova”. As regras que o disciplinam, procurando a alocação da incerteza factual, devem orientar-se pela ideia de atribuição do mesmo peso ao interesse do lesado e do lesante – cf. p. 460/461. Nessa medida, o *evidential grouping* pode justificar-se pela necessidade de evitar a injustiça a que a prova da causalidade pelo *but-for test* conduziria.

Há, para o jurista que agora acompanhamos, um paralelo entre o caso dos caçadores (tornado famoso pelo precedente *Summers*) e os casos DES, já que eles colocam os mesmos problemas em relação à prova. Para estabelecer a *alternative liability*, o lesado deve juntar todos os potenciais lesantes; só que este requisito não se consegue estabelecer em determinadas situações, como as dos danos em massa, atenta que seja o número de produtores, a natureza fluída do mercado e a passagem do tempo. Esta exigência resulta, ademais, do facto de o grupo ser definido em termos puramente causais: “cada contribuição dos lesantes para o risco total de dano criada pelo grupo define a extensão da sua responsabilidade para a conduta daquele grupo. Por isso, o Tribunal pode limitar a responsabilidade de cada lesante à probabilidade de a sua conduta ter, de facto, lesado a vítima”. Nesta medida, a doutrina do *market-share liability* funda-se numa “extensão da doutrina *Summers*”, traduzindo uma “modificação da *alternative liability* de modo a evitar problemas de responsabilidade excessiva”. Porque o lesado não consegue agregar todos os potenciais lesantes como requer a *alternative liability*, ele há-de juntar a *substantial share* do mercado, de modo a estabelecer a *market-share liability*. Enquanto aquela faria os lesantes solidariamente

responsáveis entre si; esta última torna os lesantes responsáveis de acordo com a sua quota do mercado – cf. 479 e ss. Note-se, ainda, que o autor nos chama a atenção para a não uniformidade de formulações do critério em apreço. Assim, o Tribunal de Recurso de Nova Iorque, no caso *Hymowitz v. Eli Lilly & Co.*, usa o *national market* para repartir a responsabilidade baseada no aumento do risco que cada lesante criou para o público em geral (cf. THIMOTHY DYLAN REEVES, “Tort liability for manufacturers of violent video games: a situation discussion of the caution calamity”, ... cit., p. 542, considerando que o precedente adopta um *nationwide market-share liability model*, isto é, reparte a responsabilidade de modo a corresponder à culpa de cada lesante, medida pelo montante de risco que a lesão de cada um criou para o público em geral); e o Supremo Tribunal de Wisconsin, no caso *Collins v. Eli Lilly & Co.*, considera que o lesado pode obter o ressarcimento da totalidade dos danos de um só produtor no mercado nacional, apesar de o lesante poder afastar a responsabilidade se provar, pela preponderância de provas, que o DES que produziu não pode ter afectado a mãe do lesado.

Para uma concretização dos requisitos a que deve obedecer a doutrina, cf. p. 487 e ss. Instado a responder se a simultaneidade das condutas é ou não requerida pelo *evidential grouping*, o autor diz-nos que “tanto quanto a conduta de cada lesante possa ter causado o dano do lesante, qualquer aplicação da *but-for rule* a cada sujeito individual irá absolver todos eles da responsabilidade em contravenção com a prova do lesado de que alguém no grupo causou o dano, então a responsabilidade pode basear-se no *evidential grouping*”, sendo o momento da conduta irrelevante e a simultaneidade um requisito “desnecessário e insuportável”. No que concerne ao número de lesantes, ensina-nos GEISTFELD que o requisito também não deve ser exigido (“em casos que envolvem um grande número de lesantes, estes terão criado apenas um pequeno risco de lesão para a vítima. A noção de *evidential grouping* trata estas situações de uma forma justa”, limitando a responsabilidade pela contribuição para o total do risco criado pelo grupo de lesantes”) – cf. p. 487. Por fim, a ideia de proximidade deve ser equacionada: “para ser indemnizada por um particular lesante no quadro da responsabilidade alternativa, a vítima deve provar que a conduta do lesante pode ter causado o dano. Muitas vezes fala-se de uma conexão próxima entre o risco criado e o sofrido pelo lesado. À medida que a *alternative liability* se torna mais ténue, mesmo quando a conduta se mantém como possível causa do dano, os tribunais costumam rejeitar a invocação da *alternative liability*. (...) Quando o requisito da proximidade não está satisfeito, a prova do lesado não é mais do que uma *naked statistic* ou uma mera probabilidade de que, sob determinadas circunstâncias, o lesante pode ter causado o dano”, ou seja, a prova que costuma ser rejeitada pelos tribunais. “A possibilidade nada diz acerca do que aconteceu na situação concreta. No caso do amianto, por exemplo, o lesado deve identificar os produtores dos abestos aos quais efectivamente esteve exposta”, porque só isso mostra que “os produtores nomeados realmente impuseram um risco que pode ter causado a lesão” – cf. p. 488. Mas, “o pequeno grupo vai depender da natureza da conduta dos lesantes. Nos casos DES, o lesado não tem de identificar o produtor do específico produto a que esteve directamente exposto”, já que “a venda de DES no mercado relevante constitui uma *sufficiently close connection*” entre a lesão e a conduta – cf. p. 489. Já seria diferente nos casos de contaminação por amianto (“nestes, a incerteza factual não é o resultado da conduta dos lesantes”, uma vez que, “ao tempo da exposição ao risco, cada produtor de amianto não estava a actuar de uma maneira indistinta. Cada um vendeu produtos diferentes, a envolver riscos substancialmente distintos” e a “dificuldade de prova no futuro resulta não da conduta dos lesantes, mas da passagem do tempo”). Não se exige, contudo, que as condutas sejam fungíveis ou substancialmente similares, pelo que ao *evidential grouping* pode ser submetido um caso como aquele em que A é contaminado com o vírus do HIV, depois de ter tido relações sexuais desprotegidas com B e depois de ter recebido sangue contaminado – cf. p. 492.

Para uma crítica da posição de GEISTFELD, cf. BENJAMIN C. ZIPURSKY, “Evidence, unfairness and market-share liability: a comment on Geistfeld”, ... cit., p. 126 e ss. Acompanhemos algumas das críticas do pensador. ZIPURSKY mostra-se céptico em relação à amplitude do *evidential principle*. Na verdade, se um lesado prova que cada lesante pode ter causado o dano, um ou mais lesantes causaram de facto o dano e cada lesante seria responsável por ter realmente causado o dano, então, nenhum lesante pode evitar a responsabilidade, invocando a conduta dos restantes, porque isso implicaria que nenhum seria responsável. A causalidade é provada em relação ao grupo de lesantes. Atendendo à formulação, ZIPURSKY oferece-nos um exemplo ilustrativo das suas preocupações: entre as 11:00 e as 11:15 do dia 22 de Julho, A estava a trabalhar na construção de uma passagem aérea junto da entrada de uma ponte. Os sinais de trânsito indicavam que deveria haver uma redução da velocidade, mas todos os carros circulavam a 50-60 km/h. A precisava de atravessar para o outro lado na zona de construção e esperou que outro trabalhador indicasse a paragem com um sinal stop. Um carro preto quase lhe embateu. Com isso, ele caiu, feriu-se na cara e partiu inúmeros dentes. Usando as câmaras de segurança, A conseguiu, através dos seus advogados, identificar quatro carros pretos que ali passaram no momento em que A foi ferido em excesso de velocidade. Ele pode provar que cada um destes condutores é responsável pelo

tortious risk que pode ter gerado o dano, mas não pode provar qual deles causou, de facto, a lesão. Para GEISTFELD, neste caso, os quatro condutores são solidariamente responsáveis; mas já não o são para ZIPURSKY que entende não haver aqui qualquer responsabilidade. Falando de um estado de necessidade de prova (*Beweisnotstand*), cf. THEO BODEWIG, “Probleme alternativer Kausalität bei Massenschäden”, ... cit., p. 511 e ss.

²⁵⁶² Cf. STATHIS BANAKAS, “European Tort Law: is it possible?”, *European Review of Private Law*, 3, 2002, p. 363-375, em especial p. 372, considerando que se trata de “uma forma de responsabilidade sem causalidade. Desenvolvida no direito delitual norte-americano (...), a mais comum aplicação do conceito prende-se com a necessidade de impor a responsabilidade colectiva dos produtores, mesmo se os lesados se mostrarem incapazes de identificar que empresa vendeu o produto defeituoso”. De acordo com o exemplo do autor, responsabiliza-se o produtor mesmo depois de ele provar que não podia ter causado o dano, porque a indemnização “é devida de acordo com a proporção da quota de mercado e não em proporção ao grau de culpa”. No entanto, como adverte BANAKAS, alguns autores procuram “explicar a responsabilidade com base na teoria do *market-share* de acordo com as teorias da causalidade alternativa”. [Note-se que esta não seria a única via interpretativa para a solução cogitada pela jurisprudência americana. Cf. p. 373, onde o autor atesta que a mesma pode ser vista como fazendo parte de um princípio mais amplo – *enterprise liability* – que garanta a *accountability* de todas as empresas, como instituições, negócios, organizações e simples empregadores pelas lesões causadas pelos seus trabalhadores, no contexto das actividades ligadas aos interesses da empresa. Sobre esta, veja-se, também, MEREDITH DEARBORN, “Enterprise Liability: reviewing and revitalizing liability for corporate groups”, *California Law Review*, vol. 97, p. 195 e ss., considerando que a doutrina da *enterprise liability*, actualizando a posição de ADOLF BERTE, impõe “a responsabilidade solidária a *corporate groups* no contexto dos *mass torts*, da violação de direitos humanos e dos danos ao ambiente].

V., igualmente, FLORENCE G’SSELL-MACREZ, *Recherches...* cit., p. 603 e ss., considerando que estamos aí diante de um raciocínio probabilístico, apesar de distinto daquele a que somos conduzidos pela doutrina da causalidade adequada (enquanto nesta, “o conceito de probabilidade tem só como objectivo a hierarquização das condições necessárias do dano, aqui o raciocínio probabilístico permite avaliar as chances que fizeram do facto uma *conditio sine qua non*”).

²⁵⁶³ A este propósito, no quadro da *Common Law*, cf. *Holby v. Brigham & Cowan (Hull) L^{td}* e *Allen v. British Rail Engineering L^{td}*.

Sobre o ponto, cf. ARIEL PORAT e ALEX STEIN, “Indeterminate causation...”, ... cit., p. 669. *Holby* e *Allen* são, segundo os autores, “decisões revolucionárias”, uma vez que a responsabilidade deve ser imputada mesmo sendo a causalidade indeterminada, considerando-se que ela deve ser proporcional ao risco de lesão a que cada lesante expôs o lesado.

Acompanhemos, então, *brevi momenta*, os ensinamentos do autor nesta matéria: antes, os Tribunais consideravam que o dano pessoal era indivisível. Os casos de lesão pessoal eram solucionados segundo o princípio *the winner takes all*. Se a prova identificar a acção do lesante como a causa dominante do dano da vítima, o lesante terá de compensá-la pela totalidade do dano. Se tal identificação falhar, então não haverá direito à indemnização. Para os casos de causalidade indeterminada, os tribunais forjaram a doutrina da *material contribution*, que permite à vítima obter compensação pela sua lesão mesmo quando ele falha a prova do requisito causal, isto é, falha a identificação da causa dominante – cf. p. 669-670. Em meados do séc. XX, os tribunais começaram a permitir a condenação numa responsabilidade parcial em determinados casos como aqueles que implicavam a *contributory negligence*. No entanto, a incerteza causal continuou a não ser vista como uma justificação para o *apportioning liability*. Porém, como sublinham PORAT e STEIN, se os casos ou a categoria dos casos onde a incerteza avulta forem recorrentes, uma resposta de sim ou não acaba por comprometer os próprios objectivos do instituto delitual: “a aplicação da regra tudo-ou-nada a casos como o *Holby* ou o *Allen* iria levar a uma negação em larga escala da compensação para as vítimas de um *tort*”. Nestes precedentes, consagra-se o *risk-based apportionment of liability*, ao contrário do que sucede com a doutrina da *lost of chances*, rejeitada pela *House of Lords*, na decisão *Hoston v. East Berkshire Area Health Authority* – cf. p. 671. Cogitando-se a possibilidade de resolução do caso *Holby* pela invocação da solução patenteada pelo precedente *McGhee-Bonnington* (identificando-se, então, a conduta ilícita do lesante como uma *material contribution* para a lesão da vítima, isto é, num balanço de probabilidades, considera-se que a ilicitude do lesante contribuiu para a lesão e que isso bastaria para estabelecer a responsabilidade, mesmo que o lesado falhasse a prova do *but-for test*), vem depois a entender-se que o princípio acaba por se revelar demasiado exigente para o lesante e muito generoso para o lesado, ao mesmo tempo que denotaria um excesso pernicioso de prevenção e se poria em causa a justiça correctiva – cf. p. 674 (*vide*, igualmente, p. 676, onde se explicita que, de acordo com a lição de *Allen*, a extensão da responsabilidade dos empregadores é limitada à extensão da contribuição que a sua conduta teve na lesão do trabalhador, devendo o Tribunal

arbitrar a repartição da referida responsabilidade. Para essa repartição, nos precedentes a que os autores fazem referência, lançou-se mão do risco de lesão).

Mais se refira que os autores, cuidadosamente, diferenciam estas situações daquelas caracterizadas pela perda de chance – cf. p. 680 e ss.

Veja-se, igualmente, p. 697 e ss., onde os autores, considerando os *evidential damages*, sustentam que a solução deve confinar-se aos delitos recorrentes (sob pena de não se satisfazerem os dois objectivos da responsabilidade civil).

²⁵⁶⁴ No que concerne ao ordenamento jurídico holandês, v. LUCAS BERGKAMP, “Compensating personal injuries caused by DES: No causation liability in the Netherlands”, *European Journal of Health Law*, 1, 1994, p. 35 e ss.; EWOUDE HONDIUS, “A Dutch DES case: pharmaceutical producers jointly and severally liable”, *European Review of Private Law*, 2, 1994, p. 409 e ss. Entre nós, dando conta do estado da questão naquele ordenamento jurídico, cf. DIANA MONTENEGRO DA SILVEIRA, *Responsabilidade civil por danos causados por medicamentos defeituosos...cit.*, p. 200 e ss. O Supremo Tribunal Holandês rejeitou a aplicação da doutrina do *market-share liability* por entender que a mesma desprotegia a vítima. Ao invés, aplicou o artigo 99º do novo código civil, que determina que, “se o dano pode ter sido causado por dois ou mais factos por cada um dos quais uma pessoa diferente é responsável, e se ficou provado que o dano foi causado por pelo menos um desses factos, cada um deles tem o dever de compensar os danos, excepto se provar que eles não foram causados pelo facto por que é responsável”.

Da autora, veja-se, ainda, p. 206 e ss., em comentário à possível forma de solução do problema no ordenamento jurídico alemão quando em causa esteja o consumo de um fármaco. Assim, entra em cena a presunção de causalidade prevista na *Arzneimittelgesetz* (AMG), depois das alterações que sofreu com a reforma do direito da responsabilidade civil. Verificado um dano, é o produtor do medicamento que tem de vir provar que o seu fármaco não o causou ou, então, que existe outra circunstância em concreto idónea para causá-lo. Mas o lesado terá de provar a identidade do produtor que lhe forneceu o medicamento? Cf., a este propósito, a síntese oferecida por DIANA MONTENEGRO DA SILVEIRA, *Responsabilidade civil por danos causados por medicamentos defeituosos...cit.*, p. 206. Alguns autores entendem que o lesado deve provar a “concreta possibilidade de que os danos que sofreu tenham sido causados pelo medicamento do laboratório demandado na acção. Desta forma, o lesado teria que provar na acção que consumiu o medicamento fabricado pelo demandado e convencer o tribunal da idoneidade do medicamento para causar o dano. Isto provado, o demandado apenas pode romper o nexo de causalidade provando que não causou o dano ou que existem outras circunstâncias susceptíveis de terem causado o dano. Se, porém, o demandado apenas consegue provar a potencial causalidade de outros medicamentos defeituosos para causar o dano, responde solidariamente pelos danos e dispõe de uma acção de regresso contra os outros laboratórios”. Em causa estaria a interpretação do § 84.2 da citada lei alemã. Segundo DIANA MONTENEGRO DA SILVEIRA, “o referido preceito alemão permite uma interpretação mais flexível e abrangente, susceptível de solucionar directamente situações de causalidade alternativa. Com efeito, a mencionada norma estipula que, sempre que o medicamento utilizado seja idóneo, de acordo com as circunstâncias do caso concreto, para causar o dano, presumir-se-á que o dano foi causado por esse medicamento, sendo que a presunção de causalidade não será quebrada mesmo que o demandado prove que outros medicamentos defeituosos são igualmente idóneos para causar aquele dano, caso em que o demandado responderá solidariamente com os outros laboratórios” – cf. p. 206 e 207. Assim, e continuando a acompanhar o excuro da autora, num caso como o DES, conseguindo provar-se que aquele foi o medicamento usado pela mãe e que este é idóneo a causar o dano, “de acordo com a lei alemã, presumir-se-ia (...) o nexo de causalidade, sendo o laboratório demandado o responsável pela indemnização da vítima. Sucede, contudo, que a vítima demanda um laboratório farmacêutico mas não consegue provar que foi este que produziu o DES consumido pela sua mãe. O laboratório demandado teria a hipótese de quebrar o nexo de causalidade provando que não foi o DES por si produzido que causou o concreto dano daquela vítima concreta. Ou, então, poderia invocar e provar a idoneidade do DES produzido por outros laboratórios para provocar o dano, caso em que responderia solidariamente pelo dano com estes laboratórios (...)”. Veja-se, igualmente, SCHUBERT, “Asbestgefahren als rechtliches Ordnungsproblem – Erfahrungen aus den Vereinigten Staaten von Amerika”, *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, 1983, p. 367 e ss. Cf., também, MARÍA ANGELES PARRA LUCAN, “The proof of a causal relationship – damages caused by identical products made by different manufacturers (Comments on the Judgment of the Dutch Supreme Court of 9 October 1992. The possible solution offered by the Spanish legal order)”, *European Review of Private Law*, 1994, p. 414 e ss. e CARLOS GÓMEZ LIGÜERRE, *Solidariedad y responsabilidad... cit.*, p. 104 e ss., no que concerne ao ordenamento jurídico espanhol. Referindo-nos a tal sistema delitual, pense-se, também, no caso do azeite espanhol, causador de pneumonia atípica ou síndrome tóxica, que vitimou centenas de pessoas e

Pese embora as linhas de continuidade problemática entre as situações que clamam a resposta da causalidade alternativa e aquelas que reclamam as correcções introduzidas pela doutrina da *market-share liability* – v.g., o problema colocado pelo famoso aresto DES, objecto de anotação preliminar –, as notas de dissemelhança determinam dificuldades acrescidas, que passam nomeadamente pela vastidão de “participantes” que potencialmente podem ter gerado a lesão. Tal insta-nos, num esforço de aprofundamento dos critérios, a definir os contornos conceptuais com que lidamos pela revisitação dos fundamentos de que partimos. Lembremos, neste percurso, que tais fundamentos vão sendo sedimentados na projecções dogmáticas e normativas que deles se fazem. Por isso, sabemos que a *ratio* da adesão à responsabilidade solidária de todos os agentes nos casos de causalidade alternativa incerta se prende menos com a viabilidade de edificar um cenário análogo à unidade de conduta do que com a necessidade de assumir comprometidamente os reflexos de uma esfera de risco/responsabilidade que se erige. Ora, se ela se provar em concreto em relação a cada um dos produtores, as dúvidas concitadas pela teoria da responsabilidade segundo as quotas de mercado, agora despida de qualquer cunho tecnocrático, hão-de ser justificadas por outra ordem de razões. Não cremos, porém, que sejam decisivos alguns dos argumentos avançados pela doutrina, e que, em traços largos, se prendem com o facto de o lesado passar a correr o risco de insolvência ou desaparecimento de alguns produtores no mercado²⁵⁶⁵ ou com o facto de se desvirtuar o peso relativo do desvalor de resultado^{2566 2567}. Determinante parece ser, do ponto de vista sistemático, a

provocou inúmeras intoxicações. Cf. CALVÃO DA SILVA, *Responsabilidade civil do produtor...* cit., p. 125.

²⁵⁶⁵ Acerca dos riscos que a aceitação da doutrina do *market-share liability* acarreta, ecoam vozes no sentido de afirmar que o lesado passaria a correr o risco de insolvência ou desaparecimento de algum ou alguns dos produtores do mercado. Nesse sentido, cf. CALVÃO DA SILVA, “Causalidade alternativa...”, ... cit., p. 467

²⁵⁶⁶ Para algumas críticas à doutrina do *market-share liability*, cf. DIANA MONTENEGRO DA SILVEIRA, *Responsabilidade civil por danos causados por medicamentos defeituosos...* cit., p. 202: Corre-se o risco de responsabilizar um sujeito que, em concreto, não causou o dano; em determinados sectores, desencoraja o desenvolvimento dos produtos; pode configurar um obstáculo perante as seguradoras que, assim, se eximem a segurar riscos absolutamente imprevisíveis; protege pouco a vítima, ao não viabilizar uma responsabilidade solidária (se um produtor se tornar insolvente ou desaparecer do mercado, a vítima ficará sem ressarcimento na parte que lhe cabia). Veja-se, também, CALVÃO DA SILVA, *Responsabilidade civil do produtor...* cit., p.581 e ss. e “L’Arrêt Des”, ... cit., p. 467 e ss. Ambos os autores propõem, como solução para os casos do tipo DES, a solução da responsabilização solidária entre todos os potenciais lesantes. Cf DIANA MONTENEGRO DA SILVEIRA, *Responsabilidade civil por danos causados por medicamentos defeituosos...* cit., p. 219 e ss. e 221, propondo como solução de princípio a regra da solidariedade e considerando que, no que concerne à extensão da responsabilidade de cada laboratório, aquela deve ser corrigida pelos princípios da parciaridade: “atribui a cada responsável uma quota de responsabilidade em proporção da sua contribuição para o incremento do risco de ocorrência do dano, sendo que em caso de insolvência de algum deles a quota de responsabilidade do insolvente transmite-se

contradição que se geraria, pelo acolhimento da posição, com a regra da responsabilidade solidária de todos os responsáveis. É claro que a denúncia nos faz enredar num círculo vicioso. Pois se o acolhimento da perspectiva parece ser, da óptica do direito que vai sendo desvelado, necessária para se afirmar a responsabilidade de todos os participantes no mercado, torna-se estranho argumentar contra ela invocando o sentido da solidariedade entre os responsáveis que, com a rejeição de princípio, deixariam de o ser. Se, contudo, lembrarmos que o epicentro da imputação se encontra na edificação da referida esfera de risco/responsabilidade e se mergulharmos nos fundamentos da previsão da obrigação solidária a este nível, veremos como a solução dos nossos problemas se torna mais clara.

Antes, porém, importa olhar mais detidamente para alguns problemas patenteados ao nível da causalidade incerta. Designadamente, cremos ser relevante ponderar duas questões particulares. Desde logo, se a causalidade é incerta/indeterminada, quais as fronteiras do círculo de solidariedade obrigacional? Cremos que a resposta a tal inquietação é duplamente balizada. Assim, só podem ser considerados “participantes” no evento lesivo aqueles que assumem e/ou incrementam, ou seja que titulam, uma esfera de risco, a partir da qual se joga a imputação; em segundo lugar, aquela edifica-se tendo em conta, em concreto, uma específica lesão de

ao lesado, o qual não será ressarcido nessa parte. Temperando a regra da solidariedade com os princípios da parciaridade resultaria que os demandados seriam responsabilizados solidariamente, mas a eventual insolvência de um deles ou o seu desaparecimento do mercado implicaria a repartição da sua quota de responsabilidade entre os solventes (...) e a vítima, escusando-os, assim, de uma responsabilidade que, afinal, é de outro” – cf. p. 223/224. Cf., também, CALVÃO DA SILVA, *Responsabilidade civil...* cit., p. 582 e ss. O autor propõe um “afrouxamento na regra de que o demandante deve designar e identificar o produtor específico causador do dano, reputando-se suficiente, mas necessário, a prova da razoável probabilidade de o demandado ser o responsável no caso concreto”. Cf., também, o exemplo oferecido pelo autor na página seguinte: “A faz um tratamento prolongado com um medicamento receitado pelo médico. Sofre uma grave afecção, provando-se que esta foi causada pelo defeito do medicamento tomado. Trata-se de um medicamento genérico, produzido por dez laboratórios, não sendo identificável qual ou quais produziram as unidades tomadas por A. Se o lesado foi adquirindo o medicamento em várias farmácias fornecidas pelos dez produtores, todos eles são potenciais responsáveis: o risco criado por cada um é susceptível de constituir a causa real e concreta dos danos, não se afigurando conforme à razão prática e à razão jurídica que A não possa levá-los à conta daqueles pelo simples facto de não ser individualizável o produtor específico. Já se a vítima foi adquirindo as embalagens do medicamento sempre na mesma farmácia, fornecida apenas por dois produtores, os potenciais responsáveis são tão-somente estes dois, pois apenas a eles são imputáveis os danos ocorridos na medida em que só o risco criado pelos mesmos é susceptível de ter passado a acto concreto causador do dano”. Assim, e abraçando a formulação negativa da causalidade adequada, o autor diz que ao lesado apenas cabe a prova da condicionalidade, incumbindo ao lesante a prova da inadequação. Donde, “apurada a idoneidade abstracta de um qualquer produtor para ter produzido o produto genérico, compreende-se que o lesado dela possa socorrer-se para fundar a presunção, a probabilidade de serem esses os sujeitos responsáveis a demandar na acção de indemnização pelos danos sofridos. A certeza de que o dano sofrido foi causado pelo produto genérico reforça a presunção de considerar responsável todo e qualquer um dos produtores que criou o risco abstracto materializado em dano no caso concreto” – cf. p. 584.

²⁵⁶⁷ Para uma visão favorável à doutrina, cf. KOZIOL, “Causation under Austrian Law”,... cit., p. 20.

um determinado bem jurídico protegido. Maiores problemas se levantam, por isso, nas hipóteses em que a esfera de responsabilidade se define em abstracto – v.g. nas situações de responsabilidade objectiva²⁵⁶⁸. Se o critério para a solução por nós aceite não é encontrado na intencionalidade processual²⁵⁶⁹ do problema e se não se colhe de nenhuma norma legal, então ficamos livres da densificação dogmática de um grupo que se cria em torno de uma incerteza dita causal.

Importa, ademais, sublinhar que será nos meandros da solidariedade obrigacional que iremos colher os critérios de “aplicação” do regime. Não será, na verdade, qualquer caso em que há dois ou mais agentes causadores de danos ilícitos e culposos que determina a assimilação da sua intencionalidade problemática pela intencionalidade problemática das regras codicísticas na matéria. Essa tarefa será abraçada de imediato nos pontos expositivos subsequentes.

Se na Alemanha e na Áustria o debate se centra na interpretação dos critérios positivos previstos pelo legislador para fazer face ao problema da causalidade alternativa incerta, entre nós, na ausência de uma norma homóloga, teremos de perceber em que medida a responsabilização de vários agentes, sem que seja provada a causalidade de todos, é possível. Aflorada em texto a ideia de que a regra da solidariedade, dispensada para os casos de co-autoria, é extensível a estas hipóteses, importa conhecer o fundamento da solução, para o que se abre um novo ponto

²⁵⁶⁸ Pense-se, por isso, no problema debatido entre ZIPURSKY e GEISTFELD – cf., novamente, BENJAMIN C. ZIPURSKY, “Evidence, unfairness and market-share liability: a comment on Geistfeld”... cit., p. 126. Poder-se-ia avançar que o menor desvalor de conduta há-de ser compensado por uma maior exigência ao nível imputacional, exigindo-se a actualização em concreto da esfera de risco abstractamente desenhada. Repare-se, contudo, que aqui o que cerne do problema parece ser outro: não se trata de saber quem, dentro de um grupo determinado, lesou o proprietário, mas de indagar quem interveio no acidente. Não é a alternância entre agentes que potencia a dúvida imputacional, mas sim o perfeito desconhecimento do que ocorreu que torna a situação dilemática.

Pense-se, por exemplo, na seguinte situação. A tem o seu automóvel estacionado e ao lado dele B parou outro de uma diferente cor. Quando entra no veículo, A apercebe-se que o mesmo foi danificado. Será que o facto de B estacionar no lugar paralelo ao do carro amolgado é suficiente para estabelecer a imputação? A esfera de responsabilidade não se edifica pela preterição de quaisquer deveres de cuidado em relação ao outro, mas pela detenção da direcção efectiva do veículo. Simplesmente, há-de ser comprovada a participação no acidente. Até porque estamos num domínio onde o condutor lesado também titula uma mesmíssima esfera de risco. De outro modo, a imputação objectiva desconhecera limitação.

Tal não se confunde com a necessidade de provar quer a real causa do dano, quer que o comportamento do pretenso lesante foi *conditio sine qua non* do dano. Apresentados os elementos que forneçam ao julgador o desenho concreto do que ocorreu – ou seja, o evento lesivo – basta a pertinência funcional do dano à esfera de responsabilidade delineada para que o juízo seja afirmativo. Só que aqui, por estarmos no quadro da responsabilidade objectiva, não qualificamos o evento lesivo como a simples lesão do direito subjectivo absoluto, tendo de se apresentar o próprio acidente como elemento perturbador que faz actualizar a esfera de responsabilidade previamente assumida.

²⁵⁶⁹ Cf., novamente, MARK A. GEISTFELD, “The doctrinal unity of alternative liability and market-share liability”, ... cit., p. 447 e ss.

expositivo. É que, se do ponto de vista dos princípios, ela faz sentido, importa saber se encontra correspondência no plano do direito positivo. Depois disso estaremos, também, em condições de saber em que medida a solução da responsabilização com base numa causalidade potencial é ou não aplicável às hipóteses em que a dúvida probatória resulta do concurso entre o comportamento do pretense lesante e uma causa natural. É bom de ver, portanto, que o que naqueles ordenamentos jurídicos era pensado no quadro da interpretação de um preceito envolve agora um processo de autónoma constituição normativa, embora intra-sistemática.

Note-se, ainda, que se as duas questões – responsabilidade com base numa causalidade potencial e aplicação da regra da solidariedade aos co-responsáveis –, sendo conexas, se distinguem claramente no quadro do sistema germânico, entre nós, pelas dificuldades já mencionadas, não sendo redutíveis uma à outra, terão de ser pensadas na sua complementaridade dialógica²⁵⁷⁰.

Para já, e como guia de orientação no discurso, podemos assentar que haverá responsabilidade solidária, a) por aplicação dos artigos 490º e 497º CC, quando A e B, conjuntamente, causam um dano a C; b) por aplicação do artigo 497º, quando A e B causam o mesmo dano a C²⁵⁷¹; c) quando A ou B causam um dano a C, não se sabendo qual deles foi o real autor da lesão, mas sendo evidente que ambos titulam em relação

²⁵⁷⁰ Recusando o tratamento do problema à luz das regras que se derramam sobre a pluralidade de lesantes, cf. PIERRE WIDMER, “Causation under Swiss Law”, J. SPIER (ed.), *Unification of tort law: causation...* cit., p. 109. Afirma peremptoriamente o autor que “we would not consider the rules on joint and several liability to be established according to this special concept. On the contrary, the concept of solidarity (...) is clearly in opposition as much to a theory of natural causality (or equivalence of causes), which should logically lead to an equal per head-partition of liability and of the corresponding compensation, as to the doctrine of adequacy which would require a differentiated imputation to each tortfeasor in proportion to his part of the total responsibility (...)”.

WIDMER considera que a regra da solidariedade obrigacional ao nível da responsabilidade delitual deriva de uma orientação valorativa, não dizendo respeito ao problema da causalidade (cf. p. 110).

Ao invés, procura encontrar um ponto de apoio para os problemas atinentes à causalidade alternativa no artigo 49º do projecto de reforma do direito da responsabilidade civil, nos termos do qual a prova do nexa causal compete ao lesado, mas, “se não for possível obter uma prova conclusiva ou se não for razoável requerer ao lesado essa mesma prova, o Tribunal pode ficar satisfeito com a convicção da probabilidade e pode também admitir a compensação de acordo com o grau de probabilidade”.

Refere WIDMER que o preceito vem abrir as portas à indemnização da perda de chance ao mesmo tempo que, nos casos de causalidade alternativa incerta, vem permitir a repartição da responsabilidade entre os potenciais lesantes, baseando-se, para tanto, na provável quota de participação causal de cada um deles (cf. p. 111).

Repare-se que o autor realça o pormenor de se tratar aqui de uma questão atinente à prova (cf. p. 120).

²⁵⁷¹ Repare-se na seguinte situação: A e B causam um dano a C. Temos, então, 3 hipóteses: a) os comportamentos de A e B foram concertados (havendo co-autoria, instigação ou mero auxílio); b) os comportamentos foram sucessivos, podendo mesmo estar separados no tempo, têm total autonomia entre eles e cada um deles, isoladamente, não é apto a gerar o dano; c) A e B actuam isoladamente e cada um, por si só, podia ter causado o dano.

ao bem jurídico violado uma esfera de risco/responsabilidade que não é consumida pela outra.

Antes, uma breve referência às hipóteses em que as dificuldades inerentes à pluricomplexidade autoral, bem como aquelas atinentes à prova aumentam. Na verdade, pode acontecer que, ao concurso alternativo de duas causas humanas se associe a concorrência de uma causa alternativa não humana^{2572 2573 2574}.

²⁵⁷² Cf., a propósito dos jogos de computador violentos e das dificuldades que se enfrentam em muitos casos concretos, THIMOTHY DYLAN REEVES, “Tort liability for manufacturers of violent video games: a situation discussion of the caution calamity”, ... cit., p. 519 e ss. Aqui a grande dificuldade não passa só por identificar o concreto produtor do jogo de computador, mas a de estabelecer a conexão entre as mortes *on-screen* e os actos violentos da vida real.

²⁵⁷³ Veja-se, *inter alia*, o exemplo colhido em *Digest...* cit., p. 538: A, trabalhador, foi exposto a *abestos dust*, durante o seu emprego, por sucessivas entidades patronais. Desenvolveu um cancro mortal e propôs uma acção contra os empregadores. A *Mesotelioma* é provavelmente causada pela exposição aos abestos. Mas há uma possibilidade pequena de a mesotelioma poder resultar de uma exposição ambiental, não envolvendo nenhuma conduta ilícita. De acordo com os PETL, a probabilidade de a doença ser causada por eventos naturais deverá ser tida em consideração como uma circunstância pertencente à esfera da vítima, no sentido do artigo 3:106. Mesmo que a probabilidade seja mínima, é de ter isso em conta na determinação das esferas de responsabilidade dos respectivos lesantes. Se a probabilidade fosse de 2%, reduzir-se-ia a responsabilidade para 98%. A solução colhida no seguimento do exemplo vertido não se mostra coincidente com a intencionalidade que derramamos sobre o tópico da causalidade, por nós vista na perspectiva da imputação. Nem estruturalmente coincide com a intencionalidade problemática que agora estamos a pretender relevar. Sublinhe-se a *nuance*. Na verdade, procuramos mostrar as dificuldades a que se chega quando um dano só pode ser causado pela acção sucessiva, em si mesmo não suficiente, de múltiplos agentes, ao que acresce a incerteza típica de domínios onde o devir não determinístico do mundo avulta com maior acuidade, ou seja, está em debate também a incerteza do dano em face da possível origem natural do mesmo. Não se questiona somente, no caso concreto, a falta de clareza de qual dos participantes causou o dano, mas também a própria incerteza no que tange à causação do dano por um deles [assim, veja-se o exemplo que nos é oferecido por FLORENCE G’SSELL-MACREZ, *Recherches...* cit., p. 1, onde apresenta, como mote da sua investigação subsequente, o seguinte caso: A desenvolveu, em Janeiro de 1999, com 50 anos de idade, um duplo cancro do pulmão e da língua, depois de ter fumado durante 36 anos dois maços de Gauloise por dia].

A propósito dos casos de amianto, cf. Directiva 1999/77/CE de 26 de Julho de 1999, que banuiu o uso de asbestos em todos os Estados-membros da EU a partir de 1 de Janeiro de 2005. Veja-se, também, no ordenamento jurídico inglês, o *Civil Liability Act 2006*, que reabilita a responsabilidade solidária dos empregadores em todos os casos de mesotelioma causados pela exposição ao amianto.

Acresce que o que quisemos explicitar em texto é que, em determinadas situações, a actuação isolada de um dos agentes não é apta a gerar o evento lesivo, resultando este da acção sucessiva e não combinada de múltiplos sujeitos.

Por referência ao ordenamento jurídico italiano, cf., *inter alia*, NADIA COGGIOLA, “Asbestos Cases in the Italian Courts: Duelling with Uncertainty”, *Indret – Revista para el análisis del derecho*, nº4, 2009, www.indret.com. A propósito dos casos de doenças multifactoriais, a autora sublinha que, nestas hipóteses, a prova é extremamente difícil, sendo geralmente impossível determinar que aquele factor causou, efectivamente, a doença, já que a ciência médica não pode fornecer certezas nesta matéria, tornando-se “impossível usar a fórmula da *conditio sine qua non* para determinar a causalidade”. Cf., em especial, p. 12, para uma compreensão do estado da questão na jurisprudência italiana. Assim, nos casos de exposição a amianto, “a causalidade é, normalmente, um problema menor, porque a ciência médica afirma a directa e inequívoca relação entre a exposição ao amianto e a ocorrência da doença. A responsabilidade pode ser afirmada quando seja provado que eles negligentemente expuseram o demandante a amianto”, havendo casos “em que o Tribunal ordenou o pagamento de uma indemnização mesmo quando há ausência de prova da exposição” (Cass., sez. Lav., 19 Agosto 2003, n.12138, *apud* p. 12), sendo suficientes os dados estatísticos, “que mostram que há muitos trabalhadores daquela empresa a sofrer de asbestosis”, para confirmar a relação de causa/efeito. Já nos casos de mesotelioma, “as dificuldades adensam-se porque não há provas científicas/certeza acerca da etiologia desta particular

Numa outra perspectiva, colocam-se problemas atinentes à própria indeterminação da vítima^{2575 2576 2577}. Pense-se, *in fine*, nas situações agregadas

doença”. Assim, os critérios de que se lança mão são a) a exclusão de outros factores causais; b) elevada probabilidade; c) omissão da redução do risco (“considera-se que existe causalidade entre a exposição a asbestos e a mesotelioma onde o lesante falhou a adopção de medidas de segurança suficientes para reduzir o risco de ocorrência da doença. A regra concentra-se não na relação entre a acção ou omissão do lesante e a ocorrência do dano, mas entre a acção ou omissão do lesante e o aumento ou redução do risco de dano”). Cf., a este propósito, a decisão da *Corte di Cassazione* de 14 de Janeiro de 2005 (confrontado com um caso em que A desenvolve um cancro pulmonar, que pode ter sido provocado por diversos factores patológicos, incluindo o facto dele ser fumador, o tribunal italiano não aplicou o teste da causalidade à concreta ocorrência do dano, mas ao mero aumento do risco de ocorrência dele, ou seja, a simples exposição aos asbestos foi suficiente para se considerar responsável o agente).

²⁵⁷⁴Sobre o ponto, cf., ainda, HENRIQUE SOUSA ANTUNES, “Apontamento sobre a responsabilidade civil do fabricante de tabaco”, *Direito e Justiça*, vol. XVII, 2003, p. 171 e ss. Considera o autor que, no tocante aos problemas suscitados pelos danos resultantes do consumo de tabaco, há dois vectores que não podem ser ignorados: a) a certeza médica dos malefícios que aquele provoca, a fundamentar determinados deveres de cuidado, que, “incumpridos, dão lugar a um juízo de ilicitude da conduta do agente”; b) o conhecimento que o público tem desse impacto malévolos, a permitir a exclusão ou a atenuação da responsabilidade – cf. 174. No quadro desta dialéctica, importa sublinhar – tal como faz o autor – que, na definição dos contornos das pretensões indemnizatórias suscitadas neste âmbito problemático, não é, geralmente, outro o dever cuja violação se invoca senão o dever de informação. Na verdade, “a toxicidade do tabaco, porque potencia o prazer do fumador, é uma característica indissociável do produto, o que o torna inevitavelmente perigoso”, não sendo esperada a sua inocuidade para a saúde. Por outro lado, o esclarecimento do consumidor relativamente aos perigos associados ao fumo fez com que a “a assunção do risco pelo fumador [se tornasse] (...) o fundamento (...) que permitiu negar a satisfação dos pedidos de indemnização pelos danos sofridos”. Contudo, ao invocar-se que o início do consumo de produtos tabagistas ocorreu antes do período em que o cumprimento dos deveres de esclarecimento passou a ser escrupuloso e ao alegar-se o carácter particularmente aditivo das substâncias em causa, abre-se a porta à possibilidade de demandar o fabricante de cigarros. Os problemas centram-se, portanto, ao nível da causalidade: “é necessário que o lesado prove que o consumo do tabaco foi condição do dano sofrido. Deve, também, demonstrar o nexo de ilicitude entre a violação do dever de cuidado no tráfego, o incumprimento do dever de informação quanto à nocividade do tabaco, e a lesão. Quando o dano é uma das consequências típicas da utilização prolongada do tabaco, está preenchido o juízo de adequação em abstracto. Falta provar que esse comportamento, embora concorrendo com factores orgânicos, genéticos ou ambientais, foi condição sine qua non do dano e que o lesado, devidamente informado pelo produtor, tê-lo-ia evitado” (p. 196). Mas, se esta prova já é difícil, levando alguns a aventar a possibilidade de inversão do ónus *probandi*, “a avaliação do nexo de causalidade coloca, ainda, outros desafios. Pense-se nas hipóteses em que não é possível identificar o concreto agente causador do dano.” (p. 197). “Pode igualmente revelar-se incerto o nexo causal entre o facto ilícito de um fabricante de tabaco e o dano sofrido se o consumidor utilizou marcas de produtores diversos. A composição do tabaco, a duração do seu consumo, factores endógenos ao utilizador contribuem para essa incerteza. Nem todas as marcas apresentam o mesmo grau de nocividade, a frequência de utilização do tabaco condiciona o aparecimento do dano, as características orgânicas ou genéticas do consumidor podem causar reacções diversas consoante a marca de tabaco consumido” (p. 198).

Veja-se, a este ensejo, EIKE VON HIPPEL, “Tabakschäden: Klagen gegen die Tabakindustrie?”, *Juristenzeitung*, 54, Heft 15/16, 1999, p. 781 e ss.

²⁵⁷⁵ Para uma consciencialização das especificidades denotadas pelos famosos casos de danos em massa, cf. THEO BODEWIG, “Probleme alternativer Kausalität bei Massenschäden”, ... cit., p. 543: neles a relação unidimensional entre lesados e lesantes (*eindimensionale Beziehung zwischen Geschädigten und Tätern*) é substituída por uma relação pluridimensional (*mehrdimensional*), na sua dupla incerteza – para cada lesado surgem muitos alternativos lesantes (*alternativ mehrere Täter*); para cada agente surgem muitos alternativos lesados (*alternativ mehrere Geschädigte*). Ou seja, há que ter em conta que, em muitos casos, a *alternative Täterschaft* do § 830 I/2 BGB se torna mais complexa através de uma *alternative Opferschaft* (relativa às vítimas). Não sendo também este o ponto por nós indiciado, não deixa de ser importante a consulta da obra que se cita.

Veja-se, ainda, PIER GIUSEPPE MONATERI, “I mass tort: dalla rc al contratto politico”, *Responsabilità civile e previdenza*, 1/2003, p. 13 e ss. (considerando que o grande problema dos *mass torts* passa pela própria estrutura do caso que abandona o esquema típico de referência em que A causa um dano a B sobre

anteriormente sob a designação de causalidade cumulativa, nas quais a incerteza que se cumula com a insusceptibilidade de o comportamento isolado de um dos sujeitos poder, por si mesmo, causar o dano. Nessas, muito mais do que o desafio da condicionalidade, está em causa a própria aptidão do comportamento para gerar o dano, quando isoladamente considerado, pelo que, do ponto de vista da doutrina tradicional, seria a própria causalidade adequada a claudicar, e, da nossa perspectiva dialógica, teríamos de erigir previamente os contornos externos da esfera de risco apta a alicerçar a imputação, pelo que os termos da equação a operar pelo jurista teriam de ser, necessariamente, outros. Por exemplo, naquelas situações em que a exposição de um sujeito a produtos cancerígenos ocorre ao longo de vários anos, ou a utilização tais substâncias, pelo

o seu património, dando origem a uma relação muito longa, muito dispersa, na qual é difícil reconduzir ao lesante as eventuais consequências que o autor invoca em juízo. Acresce que o dano é difuso, podendo tratar-se de um dano à própria sociedade no seu complexo, havendo muitos pequenos danos fragmentados por diversos sujeitos. Situando-se “fora da pré-compreensão normal ínsita ao modelo de responsabilidade”, estes casos apresentam, segundo o ensinamento do autor, quatro características essenciais: difusão do dano, descompactação da contiguidade temporal entre a acção do lesante e o dano da vítima, problematicidade essencial do nexos causal, normal incapacidade do património do lesante para fazer frente à responsabilidade. Para MONATERI, a responsabilidade civil pode, de facto, não ser o melhor remédio, do ponto de vista da eficiência, para gerir uma situação como esta. Refira-se que, contra o que testemunham muitos autores, e contra aquilo que foi por nós explicitado *ab initio*, o jurista italiano considera que raramente o nexos de causalidade surge dilemático, pelo que esta seria uma particularidade dos *mass torts*, onde a problematicidade do pressuposto se agiganta. Veja-se, igualmente, p. 16, onde se apresenta a tipologia dos *mass torts* na doutrina americana: eventos singulares que causam simultaneamente múltiplas vítimas (como desastres aéreos); lesões *a catena*, nos quais um simples produto causa, com um arco temporal dilatado, um dano a uma pluralidade de sujeitos distantes e não conexonados entre si; incidentes que causam um dano a pessoas ou coisas numa determinada área.

²⁵⁷⁶ Assim, “se a toxicidade de dejectos poluentes de uma indústria aumenta a taxa de cancro na população, uma defeituosidade é estabelecida, tanto como o prejuízo e o nexos de causalidade. Todavia, ao nível do nexos de causalidade, se é certo que a causalidade causou os atentados, cada atentado individualmente não é causado de maneira certa pela defeituosidade, já que certas doenças provêm de outros factores.” – cf. CHRISTOPHE QUÉZEL-AMBRUNAZ, *Essai sur la causalité...* cit., p. 430. O autor chama à colação a teoria da vítima indeterminada, mas considera que ela não respeita os princípios da causalidade. Segundo ela, se há 110 vítimas numa relação de 100, isto significa que só 9% do número total das vítimas deve a sua doença à exposição. Por isso, devem ser indemnizadas as vítimas em 9% do seu prejuízo, correspondente à probabilidade da doença ter resultado da referida exposição. Em oposição a esta doutrina, QUÉZEL-AMBRUNAZ sustenta que, “em situações em que a vítima é indeterminada, o juiz deve olhar para a questão da certeza do nexos causal relativamente a cada vítima com ajuda dos elementos de prova de que dispõe, mas não pode, em caso algum, apenas atribuir uma indemnização parcial”.

A este propósito, cf., no quadro da *Common Law*, o caso *McTear v. Imperial Tobacco Ltda.* (in BANAKAS, “Causalité et imputation...”, p. 6). O Supremo Tribunal da Escócia decidiu que a viúva de um fumador, que morreu na sequência de um cancro do pulmão, não estabeleceu a causalidade individual entre o comportamento do produtor e o dano e, portanto, não tem direito a uma indemnização. Sustenta-se aí que “a tendência estatística não pode determinar a probabilidade de um nexos causal num caso individual”, ou seja, a demandante teria de “provar que o cancro do seu marido não fazia parte dos 10% de cancros do pulmão que não são causados pelo fumo do tabaco”. Segunda BANAKAS, “o juiz ignorou que a vítima perdeu 90% de chances de não contrair cancro do pulmão (uma percentagem muito superior aos 50% necessários para a reparação da perda de chance no caso de responsabilidade médica)”. Já no precedente *Rothwell v. Raes*, também citado pelo autor que acompanhamos, o tribunal não garantiu a pretensão indemnizatória contra a tabaqueira, mas a decisão “mostra-se progressista”, ao afirmar que “um estudo epidemiológico clínico não é suficiente para estabelecer a causalidade factual, mas a associação estatística pode levar à presunção da existência de um nexos de causalidade”.

²⁵⁷⁷ Cf., ainda, ROBERTO PUCELLA E GIOVANNI DE SANTIS, *Il nesso di causalità...* cit., p. 113.

incremento do risco, é de molde a edificar aquela esfera de responsabilidade; ou os níveis de perigo não são de molde a esboçá-la, pelo que apenas se os agentes económicos envolvidos mantiverem entre si uma ligação que permita acoplar num centro gravitacional comum as condutas poderemos falar de responsabilidade. São, portanto, ainda e sempre questões imputacionais aquelas com que lidamos.

55. Obrigações solidárias. A (re)compreensão do regime da solidariedade obrigacional entre co-responsáveis à luz da ideia de imputação. A dialéctica entre diversos níveis argumentativos como expediente de densificação dos critérios tradicionalmente atidos à causalidade

A solidariedade identifica uma modalidade obrigacional do ponto de vista subjectivo, ou, dito de outro modo, traduz a classificação da relação creditória tendo em conta o número de sujeitos ligados pelo vínculo. Ela não equivale, contudo, por antonomásia, à complexidade subjectiva, porquanto ao seu lado surjam as obrigações conjuntas, também designadas por parciárias.

Sendo o regime da solidariedade a regra no mundo delitual, há que tentar perceber em que medida ela corresponde a um determinado desenho imputacional²⁵⁷⁸
²⁵⁷⁹ ²⁵⁸⁰. Fazendo-o, estamos em condições de perceber que a opção entre cada um dos

²⁵⁷⁸ Já na vigência do direito romano a regra era a da solidariedade ao nível da responsabilidade aquiliana. Cf. ZIMMERMANN, *The law of obligations...* cit., p. 1020.

Note-se, porém, que, embora a compreensão da historicidade das soluções seja imprescindível, tal não implica que o presente – ainda que tendencialmente imutável nos seus contornos – receba a mesma intencionalidade de tempos remotos. A historicidade, na verdade, implica não o revisionismo anacrónico, mas a projecção do que foi na modelação do presente.

A propósito da solidariedade no direito romano, no que tange às obrigações saídas da prática de um ilícito extracontratual, cf. D.9.2.11.2 (“Se forem muitos a ferir o escravo, deve examinar-se se todos são responsáveis, ou qual deles foi o que matou. E se realmente se determinar a que pertencia o dardo que causou a morte, ele deve ser considerado responsável como se fosse o que matou. Mas se não for determinado, todos devem ser considerados responsáveis. E se se accionar um, os demais não ficam livres, porque como a lex aquilia tem natureza penal, o que um paga não releva para os demais”).

Cf. PAOLO FORCHIELLI, *Il rapporto di causalità...* cit., p. 149, considerando que as bases históricas da solidariedade ao nível da responsabilidade extracontratual têm origem no direito romano (tratamento dispensado aos coautores do dolo e da violência, na base do argumento que a culpa de um não diminuída pela culpa dos outros – cf. ULPIANUS, D. 4.2.14.15; PAOLO, D., 4,2,15 pr. Na origem do princípio estava, portanto, latente o carácter penal da solução (seja pela qualidade dolosa dos delitos à qual era aplicada, seja pela natureza penal que o ressarcimento tinha no direito romano clássico).

²⁵⁷⁹ Em termos não coincidentes, mas mostrando a repercussão que a solidariedade tem na intencionalidade da responsabilidade civil, designadamente no que diz respeito às funções por ela desempenhadas, cf. ERWIN DEUTSCH/AHRENS, *Unerlaubte, Handlungen, ...* cit., p. 86

²⁵⁸⁰ Cf. BÉNÉDICT WINIGER, “Auteurs multiples dans les projets nationaux de révision de la responsabilité civile et dans les PETL”, www.greca.univ-rennes1.fr/digitalAssets/267/267954_winiger.pdf, p. 3, considerando que quase todas as codificações prevêm a responsabilidade solidária no caso de multiplicidade de autores, mas advertindo que as consequências da solidariedade podem ser diferentes

regimes aflorados não se queda numa mera escolha arbitrária do legislador mas encontra raízes na materialidade subjacente à imputação. Nessa medida, estas palavras são também discursivamente uma conclusão do modelo proposto²⁵⁸¹.

Mas mais se impõe. Na verdade, se não restringirmos a co-responsabilidade às formas de autoria conhecidas na congénere penalista, somos levados a pensar que os diversos casos de causalidade múltipla nos convocam para uma tomada de posição acerca da problemática.

Havendo mais do que um lesante, a responsabilidade entre eles será solidária. A definição dos contornos desta e as implicações de regime avultam, precisamente, a jusante: depois de resolvido o problema da causalidade múltipla e alternativa, ou se considera que existe pluralidade e ele mobiliza-se; ou se situa o decidente na unicidade de actuações e a responsabilidade é individual.

Olhando para a questão sob outro prisma, e polarizando-nos a montante, o nódulo de problematicidade passa a apresentar outros contornos. Na verdade, se existe algum fundamento para a imposição da solidariedade nos casos de pluralidade de agentes, somos levados a cogitar, numa perspectiva metodológica que pense a realização concreta do direito em termos de confronto analógico entre âmbitos de relevância, que a aplicação do regime implica o teste anunciado.

Ora, confrontando a relevância concreta do caso com a relevância hipotética da norma – do artigo 497º CC –, ou concluímos que há assimilação entre eles ou negamo-la.

consoante as normas por que nso regemos. Assim, e analisando os diversos projectos nacionais de reforma do direito da responsabilidade civil, considera que o projecto suíço mantém o princípio da solidariedade, mas estabelece uma responsabilidade limitada para cada autor, isto é, “embora sejam solidariamente responsáveis, nenhum paga mais do que aquilo a que estaria obrigado se ele tivesse agido sozinho”. Segundo esclarece, o efeito desta regra seria que, se fosse possível distinguir as contribuições individuais para o dano, por exemplo os diversos graus de culpa e de risco, cada autor responderia apenas pela parte do dano correspondente ao seu acto. Assim, se A contribuiu em 20% para o dano e B em 70% para a sua emergência, eles são solidariamente responsáveis apenas no que respeita aos 20%, o que, de acordo com a opinião de WINIGER, vem abolir mais ou menos parcialmente a própria solidariedade.

Cf. artigo 53 b) III 1. (1) *Lorsque plusieurs personnes repondent du dommage subi par un tiers, elles sont solidairement tenues de le reparer*; (2) *Pour chacune d'entre elles, la solidarite s'etend au montant de la reparation dont elle serait tenue si elle etait seule responsable.*

²⁵⁸¹ Note-se, em jeito de alerta, que não estabelecemos aqui uma relação de dependência lógica entre os termos. Não só, no campo jurídico, colhe mal o dedutivismo, como há uma componente de protecção do lesado que, sendo eleita pela generalidade dos autores para explicar a dita opção legislativa, não pode ser por nós ignorada.

Como veremos, nem sequer a menosprezamos. Simplesmente, porque a teleonomologia do instituto nos leva a ponderar, de forma privilegiada, a posição do lesante em vez de nos orientarmos exclusiva ou preferencialmente pelo papel da vítima, não podemos deixar de, a este nível, procurar outros fundamentos justificativos da opção pela solidariedade entre os co-responsáveis.

Na primeira hipótese, estamos, no fundo, a tomar uma posição, a outra luz, acerca da pluralidade de comportamentos potenciadores da emergência do dano. Isto permite, como veremos, não só reforçar a ideia de que é a lógica – não logicista – das esferas de responsabilidade que avulta, uma vez que pode haver casos em que o processo dito causal não é acompanhado pelo protagonismo de todos os lesantes ou putativos lesantes, justificando-se, ainda assim, a solidariedade consagrada legislativamente, como também – e dialecticamente – colher no alicerce imputacional a *ratio decidendi* da mobilização do regime²⁵⁸². O que, por seu turno, e porque a

²⁵⁸² É, no fundo, a teleonomologia da responsabilidade civil que continua a ser pensada como pilar sustentador do modelo ressarcitório em todas as suas vertentes.

Curiosamente, embora sejamos muito críticos da *law and economics*, é nesse horizonte de referência que a ligação entre a solução concretamente pensada e o fundamento iluminador do sistema ressalta com maior veemência. Assiste-se, de facto, à ponderação da solidariedade no quadro delitual com base nos efeitos que a mesma comportará para a prevenção de acidentes. A crítica que dirigimos à perspectiva, resultando de tudo quanto sobre ela se disse, está pois na substituição das categorias próprias da juridicidade por outras que, economicamente cunhadas, nos conduzem a uma verdadeira tecnocracia.

Veja-se, sobre o ponto, COOLEY, “Strict joint and several liability and Justice”, *Journal of Business Ethics*, 47, 2003, p. 199; LANDES e POSNER, “Joint and multiple tortfeasors: an economic analysis”, *Journal of Legal Studies*, 9, 1980, p. 517 e ss. (aqui 520 e ss.); THOMAS MICELI e KATHLEEN SEGERSON, “Joint Liability in Torts: Marginal and Infra-marginal Efficiency”, *Review of Law and Economics*, 11, 1991, p. 235 e ss.

No quadro estadunidense, v., também, WRIGHT, “Allocating among multiple responsible causes: a principled defense to joint and several liability for actual harm and risk exposure”, *University of California Davis Law Review*, 21, 1988, p. 1141 e ss.; WILLIAM LLOYD PROSSER, “Joint Torts and Several Liability”, *California Law Review*, 25, 1937, p. 413 e ss.; BASIL MARKESINIS, ANGUS JOHNSTON e SIMON DEAKIN, *Markesinis and Deakin's Tort Law*, ... cit., p. 251 e ss. [Importante notar a *nuance* que aí se estabelece. Na verdade, lidando com a problemática dos *multiple tortfeasors* a propósito da insuficiência do *but-for test*, os autores começam por sublinhar uma via de resolução de potenciais injustiças por ele induzidas. Assim, num caso como aquele em que “A negligentemente falha a reparação dos travões do carro de B. B falha quando, guiando o seu automóvel, deveria accioná-lo e não o fez, atropelando o peão C”, consideram os autores que, se procurarmos responsabilizar cada um dos potenciais lesantes separadamente, eles conseguirão alijar aquela responsabilidade. A conduta de um impede que a vítima possa accionar uma pretensão indemnizatória contra o outro, pelo que se deve entender que são responsáveis pela totalidade do dano. Outra via passaria pela defesa de que cada lesante seria *vicariously responsible for causation purposes*. Saliente-se, contudo, que, no que à primeira argumentação concerne, ela acaba por levantar maiores problemas quando a causa concorrente passe por um facto natural, redundando, no fundo, na admissão da relevância da causa superveniente quando ela não seja imputável a um terceiro – cf. p. 252. Qualquer das hipóteses dialogicamente chamadas à colação pela pena dos autores citados distingue-se, de acordo com a sua visão, dos casos de *joint and several liability*. Estes, tratados a págs. 253 e ss., são considerados matéria própria da causalidade normativa. A diferença reside, consoante ali se explica, na não perturbação do processo de estabelecimento da *cause-in-fact*. Cumprindo-se, em relação a mais do que um sujeito, o teste da causalidade, então impõe-se o regime da solidariedade obrigacional. Não obstante, admitem os autores que, em situações de indivisibilidade do dano, o regime pode alijar a severidade da prova que impenderia sobre o lesado, auxiliando-o, por isso, no estabelecimento da causalidade de facto. Restringe-se, portanto, a aplicabilidade daquele às hipóteses de indivisibilidade danosa. Veja-se, ainda, na mesma obra, p. 850 e ss. Somos, aí, confrontados com importantes definições, ancilares em todo o juízo que se entretete. Assim, e dando a palavra a BASIL MARKESINIS, ANGUS JOHNSTON e SIMON DEAKIN, “where several tortfeasors cause different damage to one claimant, the torts are independent and each person is liable for the damage he inflicts. Where tortfeasors cause the same damage they may be joint tortfeasors or several concurrent tortfeasors”, esclarecendo-se posteriormente quais os casos absorvidos por uma e outra hipótese: “Tortfeasors are joint in cases of express authorisation or instigation; principal and agent; vicarious liability; the liability of an employer and an independent contractor (...); the liability of tortfeasors who act in breach of a joint duty;

causalidade conjunta, cumulativa e alternativa se vêm, afinal, a revelar – pelo menos de um ponto de vista ético-normativo, que não naturalista – como causalidades plurais, vem reforçar algumas das respostas ensaiadas, as quais, consequencialmente, se repercutem no que antes firmámos como núcleo central do nosso estudo.

Para tanto há um caminho mais ou menos longo, e por certo sinuoso, a calcorrear. Desde logo, é a sistematização conceitual, não devedora de qualquer conceptualismo, que se impõe para, em seguida, olharmos para os diversos entendimentos que, a propósito da solidariedade dos co-responsáveis, têm sido trazidos a lume pelos diversos autores. As conclusões tornam-se, depois disso, claras, reforçando, pelas pontes dialógicas que fomos estabelecendo, a pertinência do modelo esboçado²⁵⁸³.

55.1. Obrigações solidárias e obrigações conjuntas. Breve excursão.

A primeira grande dificuldade com que o jurista que pretende mergulhar nos meandros da solidariedade obrigacional tem de lidar diz respeito à própria terminologia. Longe de consensos, esta apresenta-se, descontadas que sejam algumas versões mais idiossincráticas, dualizada entre os que opõem aquela à conjunção e os que a distinguem da parcialidade.

A questão não é decisiva. Porém, requer alguma atenção, já que, sem a sistematização classificatória, se tornam imperceptíveis as propostas doutrinárias com que dialogaremos²⁵⁸⁴.

and tortfeasors who act in pursuance of a common design. Several concurrent tortfeasors are those who, acting independent of each other, combine in their actions to cause damage to a claimant”].

²⁵⁸³ O raciocínio que escarpamos não é estranho ao pensamento jurídico pátrio. Na verdade, ao questionarem quais os casos submetidos ao regime do artigo 497º CC, os autores não mais fazem do que, se adequadamente compreendida a concreta realização do direito, percorrer este caminho. A grande diferença, a existir, passa pelos fundamentos guia. Na verdade, como ficou esclarecido, não nos deteremos exclusivamente no nível estrutural, mas perscrutaremos o patamar ético-axiológico de fundamentação da juridicidade. Ou seja, estamos em crer que a adequada solução do problema com que agora lidamos – quais os casos a que se “aplicará” o artigo 497º CC? – não pode ser encontrada pela simplista consideração da estrutura de actuação que liga os diversos agentes, mas há-de implicar, outrossim, o ajuizamento dos diversos comportamentos envolvidos na situação *sub iudice*.

²⁵⁸⁴ Sobre o problema da solidariedade, e sem embargo de ulteriores indicações, veja-se, *inter alia*, ANTUNES VARELA, *Das obrigações...* cit., I, p. 748 e ss.; MENEZES CORDEIRO, *Direito das Obrigações*, I, AAFDUL, Lisboa, 2001, p. 371 e ss.; MANUEL DE ANDRADE, *Teoria Geral das Obrigações...* cit., p. 113 e ss.; RIBEIRO DE FARIA, *Direito das Obrigações*, II, Almedina, Coimbra, 2001, p. 165 e ss.; MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, ... cit., I, p. 170 e ss.; ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações...* cit., p. 661-662 e 664 e ss.; JANUÁRIO GOMES, *Assunção fidejussória de dívida sobre o sentido e âmbito da vinculação como fiador*, Almedina, Coimbra, 2000, p. 183 e ss.; GOMES DA SILVA, “Da solidariedade nas obrigações”, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, nº4, 1947, p. 257-348, e nº5, p. 289-354; VAZ SERRA, “Pluralidade de devedores ou de credores”, *Boletim do Ministério da Justiça*, nº69,

ALMEIDA COSTA apresenta-nos duas classificações viáveis²⁵⁸⁵: oposição entre as obrigações conjuntas e as obrigações solidárias ou distinção entre obrigações disjuntas e conjuntas, sendo que estas, por seu turno, poderiam ser parciárias ou solidárias^{2586 2587}

p. 37 e ss.; ID., “Anotação ao Acórdão de 30 de Maio de 1969”, *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, 103º, nº3430, p. 388 e ss.

Na literatura estrangeira, cf. LARENZ, *Lehrbuch ...cit.*, I, p. 371 e ss. e p. 631 e ss.; AMORTH, *L'obbligazione solidale*, Milano, 1957; FIKENTSCHER, *Schuldrecht*, ... cit., p. 386 e ss. [cf., também, FIKENTSCHER/HEINEMANN, *Schuldrecht...* cit., 10. Aufl., p. 317]; MEDICUS/LORENZ, *Schuldrecht*, Band I, *Allgemeiner Teil*, 19. Auflage, C. H. Beck, München, 2010, p. 299 e ss.; BALLARIN MARCIAL, “El sistema español en materia de obligaciones solidarias”, *Revista Internacional del Notariado*, 1959, nº41, p. 16-41; HERNANDEZ-GIL, “La solidaridad en las obligaciones”, *Revista de Derecho Privado*, XXX, 1946, p. 403 e ss.; ID., “El principio de non presunción de la solidaridad”, *Revista de Derecho Privado*, 1947, p. 81-96; DILCHER, “Zu Begriff und Funktion der Gesamtschuld”, *Juristenzeitung*, 1967, p. 110 e ss.; LIPPMANN, “Das bürgerliche Gesetzbuch über Einheits- und Mehrheitsschuld in Bürgschaft und Gesamtschuld”, *Archiv für die civilistische Praxis*, 111, 1914, p. 135-270; PETER RAISCH, “Zur Begriffbestimmung der Gesamtschuld”, *Juristenzeitung*, 65, p. 703 e ss.; WACKE, „Der Erlass Vergleich mit Gesamtschuldner“, *Archiv für die civilistische Praxis*, 170, p. 42 e ss. (em especial, p. 67 e ss.); CHABAS, „Remarques sur l’obligation in solidum“, *Revue Trimestrielle du Droit Civil*, 1967, p. 310 e ss.; MANUEL ALBALADEJO GARCÍA, „Sobre la solidaridad o mancomunidad de los obligados a responder por acto ilícito comum“, *Anuario de Derecho Civil*, 1963, p. 345 a 376 (cf. p. 360 e ss. para uma análise dos argumentos a favor e contra a aplicação do regime da solidariedade aos co-obrigados extracontratualmente. Veja-se, em particular, p. 365 e ss., onde o autor se debruça sobre o argumento de que a „solidariedade é exigida pela natureza da obrigação de ressarcimento, na medida em que cada um dos que contribuíram para a produção do dano é responsável pela sua totalidade”, porquanto tal releve sobremaneira para a nossa análise. Entende ALBALADEJO que o argumento se torna incontornável se não faltasse nenhum dos pilares em que ele se sustenta, designadamente se a conduta de cada um dos causantes fosse suficiente para sozinha fazer emergir a totalidade do dano. Assim sendo, e continuando a acompanhar os seus escritos, a imputabilidade integral do dano não ocorre se, de qualquer forma, for exclusivamente imputável a cada um dos co-autores uma parte da conduta total, à qual se pode adscrever uma parte do dano; ou se a produção do dano requer a concorrência das várias condutas, de maneira que cada uma por si só não poderia produzi-lo); LIGÜERRE, *Solidaridad y responsabilidad...* cit. ; RICARDO DE ANGEL YAGÜEZ, *Tratado de responsabilidad civil...* cit., p. 846 e ss.

²⁵⁸⁵ Cf. ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações...* cit., p. 661-662.

²⁵⁸⁶ Para o conceito de obrigação disjunta, veja-se, *inter alia*, MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações...* cit., I, p. 178; MANUEL DE ANDRADE, *Teoria Geral das Obrigações...* cit., p. 110; MENEZES CORDEIRO, *Direito das Obrigações...* cit., I, p. 377.

Elas correspondem a “obrigações de sujeito alternativo”, nas quais, havendo uma pluralidade de sujeitos – credores ou devedores –, apenas um, por escolha, virá a ser designado sujeito da relação obrigacional.

²⁵⁸⁷ Quanto à divergência terminológica, a fazer o jurista oscilar entre as obrigações conjuntas e as obrigações parciárias, veja-se MANUEL DE ANDRADE, *Teoria Geral das Obrigações...* cit., p. 111; MENEZES CORDEIRO, *Direito das Obrigações...* cit., I, p. 374, nota 113; VAZ SERRA, “Pluralidade de devedores...”, ... cit., nº1 (dando preferência ao termo *parciárias*); ANTUNES VARELA, *Das obrigações...* cit., I, p. 748, nota 1; ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações...* cit., p. 661 e ss.

Quanto ao ponto, cf., também, MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações...* cit., I, p. 169.

²⁵⁸⁸ A par destas, outras figuras avultam no quadro da complexidade ou pluralidade subjectiva obrigacional. Assim, fala-se de *obrigações de mão comum*, a identificar “as situações em que, apesar de ocorrer uma pluralidade de partes na relação obrigacional, essa pluralidade resulta da pertença da obrigação a um património de mão comum”. Cf. MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações...* cit., I, p. 179. Sobre o ponto, cf., ainda, ANTUNES VARELA, *Das obrigações...* cit., I, p. 752, nota 3; MENEZES CORDEIRO, *Direito das Obrigações...* cit., I, p. 376. Note-se, porém, que o último autor citado considera ser a existência destas – e bem assim de outras figuras que vão sendo autonomizadas – controversa (p. 375).

Além das obrigações de mão comum, há a considerar as chamadas *obrigações correatas* [VAZ SERRA, “Pluralidade de devedores...”, ... cit., p. 59; MENEZES CORDEIRO, *Direito das Obrigações...* cit., I, p. 375; ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações...* cit., p. 662]. Estar-se-ia diante de uma obrigação única

com vários credores ou devedores, que seria afectada *in totu* pelas vicissitudes que afectassem cada um dos sujeitos. Como explicita ALMEIDA COSTA (*op. cit. loc. cit.*), apresentando-se a obrigação como una, ela não pode extinguir-se em relação a um único sujeito, deixando de existir quando ocorra uma circunstância que afecte um dos sujeitos. Sobre as *Korrealobligationen*, cf., ainda, PETER RAISCH, “Zur Begriffsbestimmung der Gesamtschuld”... cit., p. 703-704; DILCHER, “Zu Begriff und Funktion der Gesamtschuld”... cit., p. 110, numa referência ao enquadramento histórico da dicotomia entre as obrigações correaes e as obrigações solidárias.

A propósito da delimitação das figuras em apreço, veja-se também ANTUNES VARELA, *Das obrigações...* cit., I, p. 748, onde o autor distingue as obrigações conjuntas das que, “ligadas por um certo nexo de complementaridade, nascem logo como obrigações separadas, assentes sobre vínculos distintos”; CARLO GÓMEZ LIGÜERRE, *Solidaridad y responsabilidad*. ... cit., p. 93 e ss., referindo-se a formas de solidariedade imperfeita ou imprópria, identificadas por aquilo que na doutrina francesa foi consagrado como *obligação in solidum* [Para maiores desenvolvimentos acerca da distinção entre a solidariedade perfeita e imperfeita, cf. FRANZ WERRO, “La pluralité des responsables: quelques principes et distinctions”, *La pluralité de responsables, Colloque du droit de la responsabilité civile 2007 Université de Fribourg*, Stämpfli Editions SA, Berne, 2009, p. 15 e ss., distinguindo a solidariedade perfeita (existente sempre que a *faute* é comum ou quando a lei prevê a solidariedade, mesmo que os responsáveis tenham agido com independência uns dos outros) da solidariedade imperfeita (também conhecida por simples concurso de acções); CHRISTOPH MÜLLER, “La solidarité parfaite”, *La pluralité de responsables, Colloque du droit de la responsabilité civile 2007 Université de Fribourg*, Stämpfli Editions SA, Berne, 2009, p. 31, em especial p. 35 e ss., considerando que a solidariedade perfeita pressupõe, ao nível da responsabilidade delitual, três condições: um acto ilícito, uma *faute* comum e uma causa comum. A causa comum exige uma cooperação entre os diferentes autores para a produção do dano: cada autor conhece a contribuição dos outros. Tal cooperação pode conhecer duas formas: ou os autores unem as suas forças para realizar um só acto danoso; ou os autores causam diferentes prejuízos que são, no entanto, queridos pelos participantes juntos. No que respeita à segunda hipótese, não interessa que o dano causado directamente por cada participante possa ser indivisível ou não. Se um grupo decide lesar os bens de um terceiro e cada membro do grupo causa directamente uma parte definida do prejuízo total, cada membro do grupo deve não só responder pelo prejuízo directamente causado por si mesmo, mas, por causa da sua participação no acto comum, cada um responde por todo o dano. A mesma regra vale quando não é possível determinar qual a pessoa, de todas as que participam numa acção comum, que causou um certo dano; THOMAS PROBST, “La solidarité imparfaite”, *La pluralité de responsables, Colloque du droit de la responsabilité civile 2007 Université de Fribourg*, Stämpfli Editions SA, Berne, 2009, p. 51 e ss., considerando que, ao contrário da solidariedade perfeita, a imperfeita não exige um comportamento concertado, a *faute* comum dos responsáveis, porque cada um age independentemente dos outros, e esclarecendo que a divisória traçada entre as duas formas de solidariedade passa, então, pela existência ou não de uma *faute* comum dos corresponsáveis (v. em especial p. 58 e ss., problematizando a relação entre a causalidade e a solidariedade; e p. 56 e ss., evidenciando a repercussão prática da dicotomia traçada. Cf., também, p. 59, mostrando que a existência de casos de solidariedade imperfeita não implica que a pessoa vá responder por um dano que ela não tenha causado – o comportamento de cada responsável deve estar, de acordo com o testemunho do autor, numa relação causal natural e adequada com o dano experimentado). Cf., porém, FRANZ WERRO, “La pluralité des responsables: quelques principes et distinctions”, ... cit., p. 17].

Contrariamente ao que sucede no nosso ordenamento jurídico, em França, à semelhança do que aconteceu também em Espanha, o influxo da questão da solidariedade, na sua conexão estreita com a responsabilidade delitual, opera-se por obra da jurisprudência e doutrina.

Sobre o ponto, cf., igualmente, PLANIOL, RIPERT, ESMEIN, *Traité pratique de droit civil français*, VI, *Obligations*, Paris, 1952, p. 977 e ss. (se a *faute* de um dos obrigados tiver sido a causa da totalidade do dano, a existência de outro obrigado não altera em nada a sua responsabilidade); JEAN VINCENT, “L’extension en jurisprudence de la notion de solidarité passive”, ... cit., p. 601-683 (começando por explicar que a regra, no mundo obrigacional gaulês, é a da conjunção, em homenagem à individualidade e subjectividade que caracteriza este ramo do direito, VINCENT dá, posteriormente, conta das importantes transformações operadas no regime da solidariedade por obra da jurisprudência – cf. p. 605. E identifica [cf. p. 617] o domínio delitual como o campo privilegiado de afirmação da solidariedade jurisprudencial. Na verdade, se as primeiras decisões dos Tribunais se mostram hostis à solidariedade, ela passou a ocupar um lugar de destaque posteriormente [cf. p. 619]. Relevante, embora não a este ensejo, a questão da responsabilidade do terceiro cúmplice no incumprimento, aqui analisada à luz do problema do desenho do âmbito da solidariedade e solucionada de modo diverso daquele que noutro escrito considerámos. Veja-se, no estudo do autor, p. 622 e ss. e MAFALDA MIRANDA BARBOSA, *Liberdade versus*

responsabilidade... cit., p. 86 e ss. Retomando o esforço de síntese jurisprudencial de VINCENT, com grande relevo para a nossa análise, cf. p. 626 e ss., onde dá conta da nova tendência, conducente à construção da figura da obrigação *in solidum*, p. 661 para uma análise da legitimidade da extensão jurisprudencial do regime da solidariedade, e p. 667, para um ensaio sobre a elaboração de uma teoria de obrigações *in solidum*); CHABAS « Remarques sur l'obligation *in solidum* », *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 1967, p. 310-338 (O autor traça uma breve história do surgimento das obrigações *in solidum* e explicita, a p. 317 e ss., os diferentes contornos e a diversa essência que apresentam face às obrigações solidárias puras. [Estas pressuporiam um acordo entre os devedores que “metem em comum as suas dívidas” e passam, independentemente do número de vínculos, a dever uma só coisa. Contrariamente, nas obrigações *in solidum*, eles devem *ab initio* a totalidade da prestação, dividindo-se os autores quanto a saber se devem a mesma prestação ou se devem prestações idênticas – cf. p. 318]. Na conexão com a responsabilidade civil, CHABAS considera que naquelas não é correcto afirmar que a pessoa deve a mesma prestação e exemplifica com dois obrigados delitualmente que, podendo ter de indemnizar o mesmo dano, entregando a mesma quantia em dinheiro, não se vinculam ao mesmo, porquanto seja diferente a causa da responsabilidade de um e de outro – cf. p. 318-319. Mais se diga que o autor apresenta uma possível interpretação garantística da obrigação *in solidum*. Esta, na verdade, não mais significaria do que determinar que cada autor, que teria causado apenas parte do dano, surgiria como garante do seu co-autor. Outra concepção – interpretativa das soluções jurisprudenciais – apontaria, no entanto, num sentido diverso, considerando que a obrigação *in solidum* se imporia pela constatação de que cada co-autor seria responsável pelo dano integralmente, “soit parce qu’il y a entre chaque dommage et l’intégralité du préjudice un lien direct et nécessaire, soit parce que le préjudice est indivisible, ce qui veut dire que l’on ne peut pas en attribuer une simple partie a chaque auteur” – cf. p. 314); BORIS STARCK, « La pluralité des causes du dommage et la responsabilité civile », *Juris Classeur Périodique, La Semaine Juridique*, 1970, I, 2339 (considerando que só se pode falar delas quando seja possível identificar as contribuições causais dos agentes, o que pressupõe a inserção da temática no quadro da responsabilidade extracontratual, e bem se compreende já que a figura foi forjada jurisprudencialmente para contornar o obstáculo de só se poder aplicar o regime da solidariedade nos casos previstos na lei ou convencionados, dado que não se observa no âmbito delitual. Note-se o apontamento crítico dirigido a uma ideia de responsabilidade parcial, porquanto as quotas de contribuição causal só artificialmente pudessem ser estabelecidas); LEÓN MAZEAUD, « Obligation *in solidum* et solidarité entre codébiteurs délictuels », *Revue Critique de Législation et Jurisprudence*, 1930, p. 149-176; GENEVIÈVE VINEY e PATRICE JOURDAIN, *Traité. Les condicions ...* cit., p. 257 e ss. Veja-se, ainda, numa explicitação do trabalho jurisprudencial na matéria, ANGEL CRISTÓBAL MONTÉS, “Planteamientos generales sobre la vinculación mancomunada o solidaria por acto ilícito común”, ... cit., p. 1223. Sobre as obrigações *in solidum*, esclarece o autor que elas se baseiam no facto de, “em determinados casos de pluralidade de devedores, mesmo que cada um deles responda por inteiro, a sua responsabilidade é autónoma em relação à dos outros, já que o vínculo de que a mesma deriva é um vínculo independente, que nasceu por si só”. Acerca da legitimidade da figura, o autor questiona, *inter alia*, se algo justifica o tratamento dicotómico quando esta se trata de uma matéria atinente à teoria geral das obrigações que não conhece nenhuma cisão no âmbito legal, mostrando-se, a páginas 1228, crítico do artifício (cf., também, p. 1232 e ss.) Cf., ainda, MEURISSE, “Le déclin de l’obligation *in solidum*”, *Recueil Dalloz*, chr. 243, considerando que a construção da figura da obrigação *in solidum* se ficou a dever a uma ideia de indivisibilidade do nexo de causalidade.

No fundo, não haveria aqui unidade do objecto, isto é, identidade de prestação, mas a unidade do dano justificaria o tratamento unitário dos diversos vínculos jurídicos.

Para outros desenvolvimentos, veja-se, *inter alia*, sobre o ordenamento jurídico espanhol, CARLO GÓMEZ LIGÜERRE, *Solidaridad y responsabilidad...* cit., p. 37 e ss. Veja-se, ainda, p. 155, onde o autor, distinguindo a chamada solidariedade *ex ante* da solidariedade *ex post*, acaba por questionar se a mesma deve ser prevista pelo legislador ou decidida diante de um caso concreto pelo julgador. Como bem se compreenderá, o problema enunciado perde importância aos nossos olhos, por duas razões. Em primeiro lugar, o artigo 497º consagra a regra da solidariedade no campo delitual; em segundo lugar, como bem veremos – apesar de assim ser – o julgador não irá aplicar subsuntivamente o regime, antes sendo convidado a redensificá-lo pela mediação do caso concreto. O que não obsta, porém, ao reconhecimento das diferenças que separam a prescrição legislativa da decisão judicativa.

Para uma súpula das soluções consagradas no ordenamento jurídico espanhol a propósito da solidariedade entre os co-obrigados com fundamento delitual, cf. MIQUEL MATIN-CASALS e JOSEP SOLÉ, “Multiple Tortfeasors under Spanish Law”, *Unification of Tort Law...* cit., p. 189 e ss. (cf. sobretudo p. 190 e ss., onde se colhem os principais argumentos no sentido da sua aplicação a este domínio, e que vão desde a aplicação analógica da regra contida no código penal até à consideração dos interesses dignos de

Qualquer que seja, porém, a classificação categorial adoptada, o binómio perdura. E se, de um lado, encontramos obrigações cuja prestação é fixada globalmente, fraccionando-se ou parcelando-se entre os devedores comum (obrigações conjuntas ou parciárias), de outro lado, cruzamo-nos com aquelas cuja pertinência se estende ao próprio nexa estabelecido^{2589 2590 2591 2592}. É por isso que nestas a complexidade

tutela, quais sejam os interesses da sociedade e da vítima, assim melhor garantida, passando pela constatação da impossibilidade de individualização das condutas ou de fixação das quotas de participação de cada um dos sujeitos intervenientes.)

Veja-se, ainda, ANGEL CRISTÓBAL MONTÉS, “Planteamientos generales sobre la vinculación mancomunada o solidária por acto ilícito común”, ... cit., p. 1201 e ss.; HERNÁNDEZ-GIL, “El principio de la no presunción de la solidaridad *Revista de Derecho Privado*, año XXXI, nº359, 1947, p. 81-96, p. 84 e ss. [vide, em especial, p. 95, onde o autor liga um certo declínio do individualismo a um incremento da importância da solidariedade obrigacional]; ID., “La solidaridad en las obligaciones”, *Revista de Derecho Privado*, año XXX, nº351, 1946, p. 397 a 412.

²⁵⁸⁹ Cf. ANTUNES VARELA, *Das obrigações...* cit., I, p. 748.

²⁵⁹⁰ Cf. MENEZES CORDEIRO, *Direito das Obrigações...* cit., I, p. 377. A propósito das obrigações parciárias, ditas conjuntas por outros, MENEZES CORDEIRO sustenta que pode havê-las relativamente a prestações indivisíveis. Na verdade, o insigne civilista, começando por referir que naquelas é necessária a participação de todos os devedores para a realização da prestação, aborda o fenómeno de modo dicotómico, cindindo as prestações divisíveis das indivisíveis. São suas as palavras “as obrigações parciárias (...) caracterizam-se não pela possibilidade de, em obediência à complexidade subjectiva, parcelar as prestações respectivas, mas por várias pessoas suportarem em conjunto o esforço requerido pela prestação ou beneficiarem, também em grupo, das vantagens por ela acarretadas”. Mobiliza no sentido da sua tese o artigo 535º, nº1, do CC, que, segundo o seu entendimento, depõe nesse sentido. Veja-se § 431 BGB, a impor a regra da solidariedade para as obrigações com prestação indivisível.

²⁵⁹¹ Para uma distinção entre as diversas formas de pluralidade obrigacional, veja-se LUÍS DIÉZ-PICAZO, *Fundamentos del derecho civil patrimonial*, II, 5ª edición, Civitas, Madrid, 1996, p. 169 e ss. e DIÉZ-PICAZO e ANTÓNIO GULLÓN BALLESTEROS, *Sistema de derecho civil*, II, 9ª edición, Tecnos, Madrid, 2001, p. 132.

Falando de três figuras nucleares – obrigações parciárias, obrigações comuns e obrigações solidárias –, faz-lhes corresponder três ideias básicas: fragmentação, comunidade e solidariedade.

Quanto ao ponto, cf., também, no âmbito da *Common Law*, e a propósito da dicotomia entre a *joint* e *several liability*, BASIL MARKESINIS, ANGUS JOHNSTON e SIMON DEAKIN, *Markesinis and Deakin's Tort Law*, ... cit., p. 851 [salientando que a *joint liability* implica a responsabilidade de cada um pela totalidade do dano, havendo, não obstante, um só *tort* e denotando-se que a causa da acção contra cada um daqueles é a mesma].

Veja-se, para mais desenvolvimentos, W.V.H. ROGERS, *Winfield and Jolowicz ...* cit., p. 735 e ss., em especial p. 738 [a *joint liability* pressupõe que a colaboração causal das duas esferas na produção do dano é feita tendo em atenção um desenho comum, com excepção das situações de *vicarious liability*, também submetida ao mesmo regime. Assim, é necessário que esteja verificado o requisito da *community of design*, que a causa da acção seja *single and indivisible*]. Para uma ilustração do modo como, em concreto, se mobilizam os requisitos, cf., do autor, “Multiple Tortfeasors under English Law”, ... cit., p. 65 e ss. Assim, são aplicadas as regras da *joint liability* nas seguintes situações: 1) A e B arquitectam um plano para lesar C e ambos participam na sua execução; 2) A e B formulam um plano para lesar C, mas só A o executa [sendo certo que ROGERS especifica que a solidariedade aqui ficaria confinada às hipóteses de instigação e cumplicidade]. Mais problemática seria, pois, a circunstância de A e B estabelecerem um plano para consecução de um acto ilegal que não envolveria nenhum dano para C, tendo, contudo, B aproveitado a ocasião para o fazer. A dificuldade é transmitida, contudo, mais pela estrutura tipológica do direito dos *torts* a impor, em regra, a verificação do dolo para se imputar a responsabilidade do que pelo funcionamento conceptual da regra da solidariedade. Por último, se A e B, actuando independentemente, criarem, pela combinação das suas condutas, um perigo e tal redundar na causação de um dano a C, eles são considerados *severally liable*. Note-se, contudo, que quer numa situação, quer na outra, eles responderão pela totalidade do dano, bastando para tal que o dano seja indivisível.

subjectiva está em sintonia com o cumprimento unitário da prestação²⁵⁹³. O credor – tratando-se de solidariedade passiva – pode exigir a globalidade da prestação a um único devedor que depois será, no âmbito das relações internas, compensado pelo(s) restante(s), em via de acção de regresso²⁵⁹⁴, ficando por saber se existe, para lá da complexidade subjectiva, unicidade de vínculos ou também pluralidade.

A questão, a envolver, na hipótese de resposta em segundo sentido, um outro problema – qual seja o de determinar o nexo que, afinal, se estabelece entre aqueles liames –, está longe de gerar consenso.

Se uma tendência pode ser discernível, contudo, ela aponta no sentido da pluralidade, por ser esta que melhor se coaduna com o disposto nos preceitos do Código Civil que disciplinam a matéria²⁵⁹⁵. Ela conviveria, portanto, com a unidade da prestação, a refractar-se nos diversos pressupostos da solidariedade.

²⁵⁹² Para uma análise histórica da relação regra-excepção que se estabelece entre as obrigações conjuntas e as obrigações solidárias, cf. ANGEL CRISTÓBAL MONTÉS, “Planteamientos generales sobre la vinculación mancomunada o solidária por acto ilícito común”, ... cit., p. 1198 e ss.

²⁵⁹³ Cf. ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações...* cit., p. 667.

O cumprimento unitário da prestação resulta do funcionamento do mecanismo da solidariedade.

²⁵⁹⁴ Isso não obsta, no entanto, a que o conteúdo da prestação de cada um seja diferente.

Sobre o ponto, veja-se, novamente, ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações...* cit., p. 667 e 668, nota 2; VAZ SERRA, “Pluralidade de devedores...”, ... cit., p. 103; ANTUNES VARELA, *Das obrigações...* cit., I, p. 759.

Discute-se, aí, designadamente se, sendo o conteúdo das obrigações diverso, a verdadeira solidariedade se denota apenas por referência à parte comum. Enquanto ALMEIDA COSTA e ANTUNES VARELA depõem no sentido de só existir verdadeira solidariedade no que respeito à parte comum (cf. ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações...* cit., p. 668 e ANTUNES VARELA, *Das obrigações...* cit., I, p. 759), outros como VAZ SERRA entendem que não (cf. “A pluralidade...”, ... cit., p. 63).

²⁵⁹⁵ Veja-se, uma vez mais, ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações...* cit., p. 685. O autor argumenta no sentido indicado em texto com base no disposto no artigo 512º CC, colocando, em seguida, uma inquietante dúvida que se estende, aliás, a todos os autores que se confrontam com o tema: “havendo vários vínculos por que é que, na solidariedade passiva, cada um dos devedores está adstrito à totalidade da prestação?”. [A mesma posição, de defesa da pluralidade de vínculos, é sustentada por ANTUNES VARELA, *Das obrigações...* cit., I, p. 791 e MENEZES CORDEIRO, *Direito das Obrigações...* cit., I, p. 384. Na verdade, o último autor citado afirma expressamente haver tantos vínculos quanto credores e devedores, o que se mostra em absoluta sintonia com o facto de o autor analisar o problema da solidariedade do ponto de vista das restrições às obrigações. Assim, o facto de haver várias obrigações com uma área ou núcleo comum – a mesma prestação – funcionaria como um limite delas. Essa complexidade subjectiva e a compreensão inovadora da solidariedade no quadro das restrições às obrigações seriam características que estas partilhariam com as obrigações conjuntas ou parciárias. E porque as últimas podem também, segundo defende, ser integradas por uma prestação indivisível, haveria que reconhecer que a cisão se estabelece atendendo ao momento da divisão da obrigação nas quotas dos diversos co-autores. Se nas obrigações parciárias, tal ocorre antes do cumprimento, nas solidárias é remetido para momento posterior.]

Adiantando, embora, várias explicações possíveis (v.g., cada devedor apenas está vinculado por uma parte da prestação, existindo, depois, uma obrigação acessória entre os vários co-devedores, a permitir a exigibilidade dela no seu todo, que se pode configurar como mútua representação, uma relação de mandato, uma relação de fiança, de sociedade, ou uma situação de gestão de negócios), ALMEIDA COSTA acaba por não ser concludente na resposta que oferece, porquanto entenda não ser nenhuma delas capaz de, com igual coerência, explicar todas as soluções legais.

Sobre a natureza da solidariedade, cf. ANTUNES VARELA, *Das obrigações...* cit., I, p. 784 e ss., em especial, p. 785/786. Comunga com o autor cujo pensamento acompanhamos a admissão de que nenhuma

Também quanto a eles falta o consenso doutrinal, o que não impede, num esforço de intelecção dos quadros dogmáticos em cujos meandros mergulhámos para testar algumas das soluções em sede aquiliana, que não se possa levar a cabo uma tarefa de sistematização mais ou menos perfunctória²⁵⁹⁶.

Pressuposto mínimo da solidariedade é o cumprimento integral da prestação. O facto de o dever de prestação ser integral no que respeita a cada um dos co-obrigados não é, porém, suficiente para se qualificar a obrigação como solidária. Alerta-nos veementemente para tal ANTUNES VARELA, fazendo acompanhar o pressuposto de um outro, o efeito extintivo recíproco^{2597 2598}. E a conjugação dos dois requisitos não se afigura bastante para desenhar de forma perfeita a solidariedade.

Quanto muito idónea a defini-la em termos amplos, há-de ver-se complementada por outros pressupostos, relativamente aos quais se começam a denotar as clivagens entre os autores²⁵⁹⁹: exige-se a identidade de prestação como requisito essencial de conformação da figura²⁶⁰⁰? Se na resposta a esta questão não colhemos unanimidade,

das figuras é capaz de espelhar fielmente a realidade jurídica. Assim, apresentando diversas teses – mandato, gestão de negócios, fiança, relação de solidariedade, enriquecimento sem causa, gestão de negócios –, salienta ser a maioritária a que olha para a solidariedade convencional do prisma da relação mandatária e para a solidariedade legal do ponto de vista da gestão de negócios.

De uma perspectiva crítica, analisa, ainda, a solução que pensa no problema à luz da sub-rogação do devedor que, na parte em que cumpre para além da sua quota, passaria a ser visto como um terceiro. Tal seria a posição defendida por VAZ SERRA, “Anotação ao Acórdão de 30 de Maio de 1969”... cit., p. 388. Particular a construção explicativa que é oferecida por MENEZES CORDEIRO, *Direito das Obrigações*, ...cit., I, p. 371. O autor analisa o problema no quadro da tematização das restrições às obrigações, por si entendidas como o resultado da intercepção da sua área normativa por outra obrigação. Na verdade, sob o prisma que o ilumina, o autor esclarece que, havendo dois devedores, “existem duas pessoas adstritas à prestação, com simétricas delimitações negativas das situações respectivas”.

²⁵⁹⁶ Bem se compreende, estamos em crer, não poder ser outro o registo senão superficial. Qualquer dos pontos a aflorar justificaria um desenvolvimento jurídico-judicativo pouco consentâneo com o núcleo central do nosso tema. Não obstante, importa sobre alguns aspectos deixar inscritas umas breves palavras.

²⁵⁹⁷ ANTUNES VARELA, *Das obrigações*... cit., I, p. 755.

²⁵⁹⁸ Cf. MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*... cit. I, p. 171.

²⁵⁹⁹ A propósito dos pressupostos da solidariedade, veja-se também CARLOS LIGÜERRE, *Solidaridad y responsabilidad* ... cit., p. 4: pluralidade de sujeitos, unidade de vínculo, unidade de objecto (indivisibilidade da prestação) e identidade de causa.

Também no quadro do direito espanhol, cf. ALBALADEJO GARCÍA, “Sobre la solidarida...”, ... cit., p. 357.

²⁶⁰⁰ Vejam-se *supra*, em nota, as referências aos autores nacionais que se pronunciaram sobre a problemática.

Repare-se, ainda, que a referência à *batuta* de ALMEIDA COSTA não pretende significar a originalidade ou a exclusividade do autor no tratamento da questão, indicando apenas a sistematização dialógica que transportámos para o nosso estudo.

Questionando a exigência da identidade de prestação, cf., entre nós, ANTUNES VARELA, *Das obrigações*... cit., I, p. 757. O que se questina aqui é se a prestação a que cada um dos co-obrigados está vinculado tem de ser a mesma, em homenagem à ideia de que o credor pode exigir de cada um a prestação integral, ou se podem coexistir diferentes prestações, por poder ser diferente o conteúdo daquilo a que cada um se obriga, sem que isso afecte a solidariedade. Ora, de acordo com o ensinamento de ANTUNES VARELA, com o qual concordamos, “só há verdadeira solidariedade em relação à parte comum da responsabilidade” – cf. p. 759. Veja-se, ainda, MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*... cit. I, p. 171

importa não esquecer que a própria exigência da identidade da fonte obrigacional é dubitativa^{2601 2602}.

Para alguns daqueles que dela prescindem, a par da identidade da prestação, avulta como fulcral no desenho da solidariedade perfeita a comunhão de fim²⁶⁰³.

Sendo os pressupostos da solidariedade obrigacional a pluralidade de sujeitos, a identidade de prestação, importa saber quando é que esta se verifica por referência à responsabilidade civil. Dir-se-á, adiantando algumas conclusões, que esta existirá sempre que houver pluralidade de vínculos (isto é, pluralidade de esferas de responsabilidade/risco) e pertinência da mesma lesão a cada uma das esferas desenhadas, nisto se traduzindo a unidade do dano²⁶⁰⁴.

55.2. Solidariedade obrigacional e responsabilidade civil

Descobertos que estão, por via de vozes autorizadas na matéria, os contornos básicos das obrigações solidárias, é chegado o tempo de suspender o discurso para percebermos qual a importância da autonomização do tema quando lidamos com a responsabilidade civil.

A este propósito várias são as conexões que se podem edificar. Várias e de variado tipo, desde logo porque se não ignora quer a previsão legal da aplicação do

Em sentido inverso, cf. VAZ SERRA, “Pluralidade de devedores ou de credores”, ... cit., p. 63.

²⁶⁰¹ Cf. ANTUNES VARELA, *Das obrigações...* cit., I, p. 759 e ss. Consoante esclarece o autor, em regra, as obrigações solidárias nascem do mesmo facto jurídico. Mas isto significa que, para haver solidariedade, as obrigações têm de nascer do mesmo facto jurídico (por exemplo, do mesmo facto ilícito)? Em resposta à questão, diz-nos que “nada há (...) que exclua a possibilidade de a solidariedade (perfeita) vigorar entre pessoas que se obriguem em momentos sucessivos, através de causas distintas. No quadro da responsabilidade civil, as obrigações solidárias não têm de ter o mesmo fundamento jurídico. Basta pensarmos na previsão do artigo 500º, nº3, do CC. Respondendo o comitente pelo risco, imputa-se ao comissário a obrigação de indemnizar com fundamento em culpa.

²⁶⁰² Referindo-se à unicidade da prestação e à identidade da causa, veja-se MENEZES CORDEIRO, *Direito das Obrigações...* cit., I, p. 372.

²⁶⁰³ Este seria um requisito que viria colmatar a falta de exigência de identidade de fundamentos. Pronunciando-se sobre o ponto, veja-se, entre nós, ANTUNES VARELA, *Das obrigações...* cit., I, p. 763 e ss. Acompanhemos um dos exemplos oferecidos pelo autor para ilustrar o ponto, pelo carácter paradigmático que o mesmo tem: “é furtada uma coisa com grave culpa do seu comodatário, que não a guardou como devia, ficando o dono com direito a uma indemnização, quer do autor do furto, quer do que omitiu o dever de vigilância”. Não haveria aqui solidariedade por se perder a comunhão do fim e tal constatar-se-ia porque, a ser indemnizado o proprietário pelo autor do furto, exonerar-se-ia o comodatário, não sendo, porém, verdadeiro o inverso.

Considera ANTUNES VARELA que, no exemplo vertido, embora a prestação tenha o mesmo fim, não havendo plena comunhão, mas apenas coincidência. Não obstante, por analogia, é possível aplicar à situação em análise o regime da solidariedade.

Outros encontrariam o obstáculo ao tratamento solidarístico da obrigação na diferença do grau de vinculação estabelecido, porquanto exista um obrigado principal e outro que só o é provisoriamente. Referindo-se a tal argumentação, veja-se ANTUNES VARELA, *Das obrigações...* cit., I, p. 764.

²⁶⁰⁴ A unidade do dano é também entendida como indivisibilidade do dano.

regime da solidariedade às obrigações nascidas no seio extracontratual, quer os esforços jurisprudenciais e doutrinários que, na ausência de um preceito desse tipo, foram sendo feitos no sentido de alargar o âmbito do regime a este domínio. Tivemos oportunidade de dar conta disso *supra* e reforçamos agora ter sido essa a génese do que além-fronteiras foi ficando conhecido por obrigação *in solidum*.

E com isto são já duas perspectivas distintas que se abrem no horizonte discursivo e que, aliás, também já tivemos oportunidade de ir adiantando.

Ou se comunga com o positivismo, ainda que tardio, a crença na capacidade resolutiva do legislador e, confrontados com o artigo 497º CC, limitamo-nos a, na presença de mais do que um responsável, aplicar o regime da solidariedade; ou aceitamos – como parece dever aceitar-se – o papel não neutro do juiz no momento em que profere a sua decisão e consideramos que ele, se bem que orientado pelo critério positivamente consagrado, só conseguirá aceder à intencionalidade normativa da norma em apreço se a remeter para os princípios normativos em que a mesma se louva e que não podem deixar de entroncar, uma vez mais, na personalidade livre e responsável.

Na primeira hipótese, temos um antes e um depois que se sucedem: há que decidir quem é responsável para, constatada a pluralidade, optarmos pela solidariedade; na segunda, assiste-se a um devir dialéctico. O regime da solidariedade não resulta automático da constatação da complexidade de responsáveis, mas afirma-se quando, na pressuposição da sua intencionalidade, se possa concluir da justeza da imposição do cumprimento integral – ainda que provisório – da prestação a cada um deles. O que, como bem se compreenderá, implicará a problematização do alicerce fundacional da imputação e, dialecticamente, condicionará a própria resposta que se ofereça a este problema²⁶⁰⁵.

²⁶⁰⁵ O impacto da conclusão preliminar pode fazer-se sentir ainda a outro ensejo: justamente na forma como se compreende o problema da causalidade. Repare-se: se partíssemos de uma ideia dela em termos naturalísticos ou probabilísticos, seria possível, com maior ou menor dificuldade, identificar as quotas de responsabilidade causal. Podemos, pois, retirar daqui um argumento no sentido da ideia imputacional. É verdade que se, do ponto de vista da condicionalidade, se parte de uma ideia de equivalência de condições, nenhum dos comportamentos tidos por concausas pode ser sobrevalorizado por referência ao outro, convindo não esquecer, além disso, que há casos de responsabilidade por omissão, relativamente aos quais não é possível aferir a causalidade em termos naturalistas. O tópico justificou mesmo a defesa de uma causalidade total a implicar a solidariedade obrigacional como decorrência lógica da constatação. Simplesmente, se não nos esquecermos da paulatina aproximação entre os dois juízos, ao ponto de a doutrina da condicionalidade *sine qua non* aderir a um juízo de tipo probabilístico, sempre se poderia determinar estatisticamente o grau de contribuição de cada um dos intervenientes. Cf., sobre o ponto, FLORENCE G'SELL-MACREZ, *Recherches...* cit., p. 511 e ss., dando conta que alguns autores sustentam que a causalidade total corresponde à equivalência das condições e a causalidade parcial à causalidade adequada e criticando a imputação, uma vez que “a causalidade adequada não permite mais do que medir a probabilidade ex ante do dano gerado pelo facto considerado”.

Ao contrariar, com assento legal, tal impositação, a previsão da solidariedade parece depor no sentido por nós esboçado da pertinência do dano a uma esfera de risco/responsabilidade que se vai edificando. A conclusão não é, porém, absoluta, uma vez que, como veremos imediatamente a seguir, levantam-se vozes no sentido de desconsiderar a importância da causalidade a este ensejo e justificar a solidariedade obrigacional com a necessidade de protecção da vítima e com a indivisibilidade do dano (a distinguir-se da indivisibilidade do processo causal) [Veja-se, a este ensejo, CHRISTOPHE QUÉZEL-AMBRUNAZ, *Essai sur la causalité...* cit., p. 608. Considera o autor que o único requisito para que haja solidariedade nos casos de multiplicidade de autores de um dano é que os corresponsáveis tenham produzido o mesmo movimento de valor. Ora, segundo o seu testemunho, esta condição é muitas vezes traduzida pela exigência de indivisibilidade do dano. Mas, “na realidade, mesmo que o dano seja divisível, cada um é obrigado a tudo, desde que o facto de todos os coautores o explique *in integrum*. Pelo contrário, se o dano é constituído por vários movimentos de valor distintos, nascem várias pretensões ressarcitórias no património da vítima].

O apontamento deixa-nos, porém, diante de um duplo problema. Como compatibilizar isto com a ideia de redução da indemnização por força do concurso de culpas do lesado? [sobre o ponto, cf. W. V. H. ROGERS, “Comparative report on multiple tortfeasors”, *Unification of Tort Law: Multiple Tortfeasors...* cit., p. 275, afirmando que nos EUA, onde se assiste à mais radical modificação da visão tradicional na matéria, a *comparative negligence* forneceu uma importante razão para o abandono da solidariedade [cf., porém, do autor o apontamento oferecido em *Winfield and Jolowicz, ...* cit., p. 735-736, onde se confronta a regra da *joint and several liability* àquela da *proportinate liability* e se faz menção expressa ao ordenamento jurídico americano. E cf., igualmente, MICHAEL D. GREEN, “Multiple Tortfeasors under US Law”, ... cit., p. 262. Note-se que, tendo em conta a miríade de jurisdições com que ali somos confrontados, o autor fala de “1) joint and several liability; 2) several liability; 3) reallocated liability; 4) joint and several liability for tortfeasors whose comparative share of responsibility exceeds a threshold; 5) joint and several liability for economic damages and several liability for non-material damages”. Mais importante, contudo, do que uma aproximação a estas diferentes realidades é a contemplação do advento norteamericano da *comparative responsibility*, “a term that entails apportionment of liability among multiple parties generally on the basis of culpability, but across different theories of liability, such as negligence and strict liability” – cf. p. 261, nota 1. Sobre o problema da *comparative negligence* nos EUA e o entendimento inglês da *contributory negligence* num sentido próximo daquela, veja-se STEPHEN R. PERRY, “Tort Law”, ... cit., p. 62]. Veja-se, ainda, a propósito, e antecipando uma putativa solução, o testemunho de HENRI MAZEAUD, LÉON MAZEAUD, JEAN MAZEAUD, FRANÇOIS CHABAS, *Leçons de droit civil*, tome II, vol. 1º... cit. p. 342. Consideram os autores que, se cada culpa causou o dano, então o demandado deveria ser obrigado a reparar a totalidade do dano, devendo mover-se contra a própria vítima uma acção de regresso. Só que, por facilidade, opta-se por exonerar parcialmente o responsável). Do mesmo modo, por referência ao ordenamento jurídico inglês, cf. W.V.H. ROGERS, “Multiple Tortfeasors under English Law”, ... cit., p. 77. Para outros esclarecimentos acerca da *comparative negligence* em contraposição com a *contributory negligence*, vide o que *supra* ficou inscrito sobre o tópico. Cf., igualmente, CHRISTOPHE QUÉZEL-AMBRUNAZ, *Essai sur la causalité...* cit., p. 314 e ss., considerando que a diminuição da indemnização do lesado que actua culposamente é uma consequência do balanço de causalidades. No âmbito do que o autor designa por causalidade colateral – na qual se têm em conta os diversos antecedentes causais do dano que não se encontram entre si numa relação de causalidade –, sustenta que existem diversos momentos para efectuar a comparação: em primeiro lugar, devemos comparar o contributo da vítima e do lesante e só depois, no momento da *contribution à la dette*, se devem poderar as contribuições de cada um dos responsáveis; P. JOURDAIN, *Recherches sur l'imputabilité ...* cit., nº504, nota 1, falando a este propósito de uma pena privada.

E como estabelecer, no seio das relações internas, a repartição de quotas de responsabilidade que viabilize o exercício do direito de regresso? Sobre o ponto, vide, também, CESARE SALVI, *Il danno extracontrattuale...* cit., p. 55-56, onde se questiona qual solução – obrigação de ressarcimento por inteiro, perante a vítima, de um dos corresponsáveis vs. direito de regresso entre os corresponsáveis – exprime a regra geral, para depois se responder que parece dever depor-se no primeiro sentido firmado. Note-se, ademais, que o autor torna claro, no confronto de âmbitos de relevância do artigo 1227º e do artigo 2055º CC, ser o interesse da vítima que justifica o regime da solidariedade, contra a ideia de responsabilidade parcial que resulta do segundo preceito citado. Donde, não encontra qualquer desconformidade sistemática entre as duas previsões, uma vez que não é a não parcialidade da causalidade que justifica a solução dispensada pelo artigo 2055º CC. Acrescenta o autor (Cf. p. 56, nota 49) não haver qualquer relação de necessidade lógica entre uma ideia de causalidade parcial e uma ideia de responsabilidade parcial, porque “a responsabilidade não se funda na causalidade”. [Como bem compreenderemos, a partir do momento em que olhamos para os nódulos problemáticos com que, ao

longo dos tempos, o jurista se tem confrontado do ponto de vista da imputação e não da causalidade, a resposta não pode ser a mesma. Ainda a propósito da questão da responsabilidade parcial como decorrência de uma causalidade também parcial, veja-se GUIDO ALPA, *Responsabilità civile e danno...* cit., p. 295, questionando se faz ou não sentido falar de uma causalidade parcial ou se, como tradicionalmente, se deve postular que a presença de um facto fortuito ou uma causa de força maior tem como efeito a exclusão da responsabilidade. O insigne jurista liga a problemática com a questão do concurso de culpa do lesado e bem assim com a equação da solidariedade ao nível da responsabilidade civil. Designadamente, rememora o caso *Lamoricière*. Este aresto vem, segundo a interpretação de alguns autores, consagrar uma causalidade parcial – nas hipóteses de pluricausalidade – que fundaria uma responsabilidade também parcial. Sobre ele, raciocinando com base na dicotómica distinção entre a causalidade linear e a causalidade colateral, cf. CHRISTOPHE QUÉZEL-AMBRUNAZ, *Essai sur la causalité...* cit., p. 298 e ss. Acerca do precedente mencionado, cf. PAOLO FORCHIELLI, *Il rapporto di causalità...* cit., p. 146 e ss.; ESMEIN, “La théorie de la responsabilité civile et les arrêts de la Cour de cassation relatifs au naufrage du *Lamoricière*”, *Gazette du Palais*, 1952, II, p. 8 e ss. (considerando que a solução da causalidade parcial pode ser mais equitativa)].

Sobre o problema da ligação entre a solidariedade e a causalidade, cf. CARLO GÓMEZ LIGÜERRE, *Solidaridad y responsabilidad...* cit., p. 247. O autor considera que a solidariedade vem responder à necessidade de ampliar o círculo de responsáveis, obedecendo, assim, a três finalidades básicas, entre as quais se encontra a necessidade de resolução de problemas de identificação dos causantes do dano.

Veja-se, igualmente, W. V. H. ROGERS, “Comparative report on multiple tortfeasors”, *Unification of Tort Law: Multiple Tortfeasors...* cit., p. 274. Uma justificação avançada pelo autor para suportar teoricamente o regime da solidariedade passa pela ideia de que a causalidade parcial é uma falácia, na medida em que há apenas um dano e cada um que contribuiu para a sua emergência deve ser visto como causante.

Como bem se compreenderá, o acerto da alocação dependerá da noção fundamentadamente assumida de causalidade. Acrescenta, aliás, ROGERS que de um ponto de vista mais pragmático não seria possível determinar ao certo qual o grau de contribuição de cada um dos agentes. O que, tal como o autor reconhece e nós tivemos oportunidade de salientar, levanta problemas no que concerne à repartição de culpas no quadro das relações internas.

Sobre o problema da compatibilização entre a responsabilidade solidária, a repartição de responsabilidades no quadro das relações internas e a resolução do problema do concurso de culpas do lesado, veja-se, ainda, CHABAS « Remarques sur l’obligation *in solidum* », ... cit., p. 321. Com grande relevo para a nossa temática, veja-se, igualmente, p. 322, onde o autor pondera se as obrigações *in solidum* são tributárias de certas teorias da causalidade, representando, de certo modo, um corolário ou uma refração da doutrina da equivalência das condições. Só que, como bem nota o autor, não é essa a posição acolhida pela maioria dos autores. E repare-se que estamos, no momento em que tais considerações são vertidas em texto, no ano de 1967. Pelo que, e no quadro da adequação, é possível balancear o contributo causal de cada agente. Simplesmente, CHABAS conclui que, mesmo no quadro da adequação, não é possível, sem resvalar para uma tendencial arbitrariedade, dividir o dano em muitas situações. A obrigação *in solidum* nasce, pois, com fundamento na indivisibilidade do resultado (cf. p. 324). Mas CHABAS afirma mais: afirma que, se considerarmos que cada co-autor é causante de todo o dano, alguns arestos da *Cour de Cassation* se tornam inexplicáveis. Em jogo parece estar a análise de muitas decisões no tocante quer à repartição de responsabilidades entre os co-autores, quer à oponibilidade da *faute* da vítima a quem requer a indemnização (cf. p. 321, numa referência não menos importante à ideia de repartição da responsabilidade entre o autor do dano e um facto da natureza que para aquele também terá contribuído: “les juridictions ne condamnent l’auteur d’un dommage qu’à sa réparation partielle lorsque le recours est impossible si l’une des causes est la force majeure, si l’une des causes provient d’un auteur non responsable, si l’action conte un des coauteurs est prescrite ou inefficace”). Por isso, conclui que o fundamento da obrigação *in solidum* se modificou ao longo do tempo. Ou mais concretamente, considera o autor que ela não é uma decorrência lógica do funcionamento do ressarcimento, carecendo, por isso, de uma justificação, que ESMEIN encontraria na ideia de sanção contra os responsáveis). No fundo, conclui o autor que as novas posições em matéria delitual tornam muitas vezes inseguro o campo de aplicação das obrigações *in solidum*. E mais especificamente defende (cf. p. 337-338) que não existe apenas um, mas dois tipos de obrigações *in solidum*, mostrando-se muito crítico do *status quo* doutrinário e jurisprudencial. Para o autor seria a ideia de que é a indivisibilidade do dano a justificar a solidariedade, não se aproximando com isso da doutrina da *conditio sine qua non* (cf. p. 310). Sobre o debate no contexto do ordenamento jurídico francês, cf., também, FLORENCE G’SSELL-MACREZ, *Recherches...* cit., p. 506 e ss., apresentando a teoria da causalidade total, de que CHABAS se mostra adepto, e afirmando que a mesma apresenta cambiantes diversas. Assim, existiria uma teoria da

Ora, adequadamente entendidas as questões, torna-se claro só ser aceitável a segunda alternativa. Na verdade, ainda que quiséssemos sustentar outra, ela tornar-se-ia imprestável dado sabermos, agora, não se caracterizar a solidariedade exclusivamente pela complexidade subjectiva, antes pressupondo outros requisitos.

causalidade total fundada na equivalência das condições (se a causa é o conjunto de todas as condições sem as quais, então a contribuição de cada um dos co-autores há-de ser vista como uma condição da causa total); a teoria da *causalité du tout*, em que G'SELL-MACREZ filia CHABAS, segundo a qual a solidariedade se imporia não por um especial entendimento da causalidade, mas em virtude da indivisibilidade do dano. Note-se que, deste prisma, deixa de ser a causalidade a impor uma solução em matéria de modelação da obrigação ressarcitória, avultando como importante uma ideia de garantia. Note-se ainda que a autora propende para este entendimento. Na verdade, se a obrigação *in solidum* se funda na causalidade, os co-autores não teriam direito à repartição do dano, só podendo o direito de regresso justificar-se com base na equidade (cf. p. 521). Vide, igualmente, JACQUES BORÉ, “La causalité partielle en noir et blanc ou les deux visages de l’obligation in solidum”, *Juris Classeur Périodique, Édition Générale*, 1971, I, 2369; R. MEURISSE, “Le déclin de l’obligation in solidum”, ... cit., p. 243 (em oposição à doutrina da causalidade total, a teoria da causalidade parcial olha para a obrigação *in solidum* como uma adição *a posteriori* das várias parcelas da reparação, pelo que o que a fundamenta não é a causalidade, até porque, se a repartição de responsabilidades pode ser arbitrada na acção de regresso, ela há-de ser possível previamente. Pressupõe-se que é possível determinar cabalmente que parte do processo causal se reconduz a cada um dos agentes. O raciocínio permite, ademais, segundo os seus defensores, atribuir uma indemnização parcial à vítima, caso concorra com o facto do lesante uma causa natural. Veja-se, ainda, FLORENCE G'SELL-MACREZ, *Recherches...* cit., p. 514 e ss., que, numa explicação da causalidade parcial, adianta que alguns autores entendem que ela se pode suportar num conceito de causalidade adequada, na medida em que se atenderia à probabilidade de cada conduta para a produção do dano. Note-se, no entanto, que a civilista francesa nega a possibilidade de se estabelecer a equivalência entre a causalidade total e a teoria da condicionalidade *sine qua non* e entre a doutrina da causalidade parcial e a teoria da causalidade adequada. É que, como bem explicita, a adequação apenas fornece uma ideia probabilística que se reporta ao momento da prática do facto).

Cf., connexionando o problema da solidariedade com o da causalidade, CESARE SALVI, *Il danno extracontrattuale...* cit., p. 55, nota 47. Aduz o autor que a questão da solidariedade implica que, previamente, se responda a uma indagação causal, porquanto haverá que, a montante, determinar a não interrupção do nexa causal pelo comportamento do outro agente. V., também e novamente, THOMAS PROBST, “La solidarité imparfaite”, ... cit., p. 58.

Por último, debruçando-se sobre o problema da função que as obrigações solidárias são chamadas a cumprir no quadro do ordenamento jurídico, cf. DILCHER, “Zu Begriff und Funktion der Gesamtschuld”... cit., p. 113 e ss., especificando o problema da sua conexão com a responsabilidade civil e a problemática da causalidade.

Veja-se, ainda, a este ensejo CHRISTOPHE QUÉZEL-AMBRUNAZ, *Essai sur la causalité...* cit., p. 597, considerando que a obrigação *in solidum* se justifica a este nível porque cada autor causa a totalidade do dano (pelo que terá de compensar a totalidade do movimento de valor injusto, embora a vítima não possa receber mais do que o suficiente para ser indemnizada) e negando que estejamos diante de um mecanismo de punição, opondo-se, assim, ao entendimento de PAUL ESMEIN – cf. nota 4, naquela pág., e ESMEIN, “Peine ou réparation?”, *Mélanges en l’honneur de Paul Roubier*, t. II, p. 41, *apud* QUÉZEL AMBRUNAZ. Deste último, cf., ainda, p. 600, onde lida com o fundamento causalista da obrigação *in solidum*.

Cf., ainda, G. DEREUX, “De la réparation due par l’auteur d’une seule des factes dont le concours a causé un préjudice”, *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 1944, p. 169 (afastando a possibilidade de ser a equidade a justificar a solidariedade obrigacional entre os co-responsáveis); J. BORÉ, “Le recours entre coobligés in solidum”, *La Semaine Juridique*, 1967, I, n°2126 (considerando que a solidariedade não se pode justificar pela indivisibilidade do dano, nem do nexa de causalidade, mas é determinada por uma ideia de garantia da vítima).

Em sentido diverso do que vem sendo expandido, cf. LUIS MEDINA ALCOZ, *La teoría...* cit., p. 244 a 247, falando da indivisibilidade da causa, tida como fundamento da solidariedade entre os lesantes, e explicando que, do seu ponto de vista, ela não se coaduna com os casos em que a intervenção de terceiros determina uma repartição da indemnização segundo quotas de contribuição causal de cada um ou com aqueles outros em que se verifica o concurso culposo do lesado ou de uma força maior.

Se atentarmos no exemplo que, em nota, colhemos de ANTUNES VARELA conseguimos perceber o dado.

“É furtada uma coisa com grave culpa do seu comodatário, que não a guardou como devia, ficando o dono com direito a uma indemnização, quer do autor do furto, quer do que omitiu o dever de vigilância”. Supondo que ambos são considerados responsáveis, aplicar-se-á o regime da solidariedade? E se, noutro caso, A tivesse danificado o carro de B e, passados dois meses, C tivesse destruído a porta do lado direito, deveriam os agentes responder solidariamente pelos danos causados²⁶⁰⁶?

Os exemplos vertidos instam-nos justamente a olhar para a intencionalidade da solidariedade, pois só por meio da sua intelecção estaremos em condições de discernir as *nuances* que contaminam os âmbitos de relevância concreta e requerem soluções adequadas. Ou dito de uma forma mais directa, só no ir e vir entre o caso concreto, com a sua idiossincrasia, e a norma, compreendida na remissão para os princípios, estaremos em condições de resolver as questões colocadas.

Repare-se: em qualquer dos casos, requer-se que haja pluralidade de responsáveis. Mas não é verdade que esta só se encontra se arredarmos um juízo puramente causal? Parece, de facto, óbvio que a causa material do dano é o comportamento daquele que furta o objecto. A não evicção da responsabilidade do comodatário só se consegue explicar com base num critério de imputação objectiva. A omissão dos deveres de guarda, à luz da relação causa-efeito, é um nada. Ao resolver a questão dita causal estamos, portanto, a lançar mão de índices valorativos de carácter normativo e, ao fazê-lo, a um tempo conseguimos discernir da pertinência ou não do regime da solidariedade para assimilar o âmbito de relevância da hipótese *sub iudice*²⁶⁰⁷. Na verdade, o cotejo de esferas de risco/responsabilidade por nós anunciado, a pressupor a prévia determinação da pertinência do dano gerado a cada uma delas, é de molde a fornecer um padrão de aferição dos pressupostos da solidariedade a que se aludiu.

²⁶⁰⁶ Cf., *infra*, um exemplo análogo oferecido por ULRICH MAGNUS, “Multiple tortfeasors under German Law”, *Unification of Tort Law: Multiple tortfeasors...* cit., p. 93.

²⁶⁰⁷ Nesta hipótese prática, teremos de lidar, ainda, com a questão atinente à responsabilidade contratual. Importa, por isso, indagar se podemos mobilizar a regra da solidariedade obrigacional quando o fundamento da responsabilidade de A e de B não é idêntico. Cf. o testemunho de ANTUNES VARELA, registado *supra* sobre o ponto, considerando que o fundamento da indemnização não tem de ser o mesmo, bastando que seja o mesmo o facto de onde promana o vínculo.

Não dista, pois, sobremaneira – aos nossos olhos – a ponderação dos dois nichos temáticos^{2608 2609}.

²⁶⁰⁸ Cf., em sentido análogo, embora com divergências nítidas, CARLO GÓMEZ LIGÜERRE, *Solidaridad y responsabilidad...* cit. p. 258 e ss. Afirma o autor que a causalidade como fundamento da responsabilidade é uma ideia especialmente importante para os casos de danos causados por diferentes sujeitos, uma vez que, em seu entender, só conseguiremos eleger a causa do dano com base na imputação objectiva, concluindo, pois, que “a causalidade concorrente reclama a imputação objectiva”, impondo o recurso a critérios normativos.

As divergências a que se aludem podem sintetizar-se em três grandes grupos: a) o autor continua fiel a um esquema causal que se ancora na *conditio sine qua non*, pese embora depois complementa o juízo responsabilizatório com base numa ideia de imputação objectiva; b) é outro o fundamento principiológico e o esquema metodológico de que lança mão; c) conecta a solidariedade com o problema da concorrência causal por entender que aquela tem a sua justificação na impossibilidade de identificar as contribuições individuais dos responsáveis do dano, isto é, “ela seria a solução para os casos em que não fosse possível estabelecer-se as respectivas culpas ou os cursos causais postos em marcha por cada um dos agentes”. Acrescenta, aliás, que “a solidariedade pressupõe, por isso, que vários causantes tenham gerado o mesmo dano”, encontrando-se aí o nódulo central da ideia de identidade ou unidade do dano. Cf. CARLO GÓMEZ LIGÜERRE, *Solidaridad y responsabilidad...* cit., p. 280.

Mais se diga que o autor entende que o critério da pluralidade de causantes passa para segundo plano, devendo considerar-se, antes, a natureza divisível ou indivisível do dano. Os danos divisíveis determinariam a responsabilidade individual; os danos indivisíveis justificariam a responsabilidade solidária. Simplesmente, indagando como distinguir um do outro, mostra como a indivisibilidade não se pode referir à explicação causal, defendendo que a dicotomia entre a responsabilidade parciária e a responsabilidade solidária implica que se atenda, valorativamente, aos comportamentos dos agentes. Cf. p. 291 a 293.

Sobre a questão da divisibilidade ou indivisibilidade do dano, propondo uma reinterpretação dela, à luz dos critérios da análise económica do direito, cf. LEWIS KORNHAUSER e RICHARD L. REVESZ, “Sharing damages among multiple tortfeasors”, *The Yale Law Journal*, vol. 98, n.5, 1989, p. 831-872, levando implícitas todas as críticas que *ab initio* derramamos sobre este tipo de abordagem do fenómeno jurídico. Veja-se, também, W.V. HORTON ROGERS, *Winfield and Jolowicz...* cit., p. 735 [“Where two or more people by their independent breaches of duty to the claimant cause him to suffer distinct injuries, no special rules are required, for each tortfeasor is liable for the damage which he caused and only for that damage. Where (...) two or more breaches of duty by different persons cause the claimant to suffer a *single, indivisible injury* (...) each is said to be jointly and severally liable for it”].

²⁶⁰⁹ Veja-se, igualmente, o testemunho de W.V. HORTON ROGERS, “Multiple tortfeasors: questionnaire and cases”, *Unification of tort law: multiple tortfeasors*, W.V.H. ROGERS (ed.), *Principles of European Tort Law*, 9, European Centre of Tort and Insurance Law Research Unit for European Tort Law, Kluwer International, 2004, p. 3: “one difficulty about this exercise is that the topic overlaps considerably with causation and to a lesser (but not insignificant) extent with contributory negligence (...)”.

Relacionando o problema da causalidade múltipla com o outro da comparticipação, veja-se, ainda, ANTUNES VARELA, *Das obrigações...* cit., I, p. 922 e ss. O autor apresenta diversos cambiantes da comparticipação ao nível do direito delitual civil. Assim, à comparticipação que se verifica em relação à mesma causa do dano alia aqueloutra que, com um sentido mais amplo, resulta não da colaboração na mesma causa do dano, mas da concorrência de duas ou mais causas, na direcção daquele, a qual se pode desdobrar num concurso real ou num concurso meramente aparente.

Acompanhemos, pois, algumas das formas que podem revestir o concurso dito real: 1) o facto praticado por uma pessoa é causa adequada do facto praticado por outra, de que é exemplo o caso do comodatário que deixa negligentemente a coisa abandonada, sendo furtada por B (causa subsequente da outra); 2) as causas são complementares nos seus efeitos, não subsistindo nenhum nexos de causalidade entre elas, v.g., quando A embate com uma viatura pesada em certa casa, deixando-a abalada na sua estrutura e logo a seguir B, condutor de um veículo idêntico, choca na mesma habitação, que, dado o precário estado de segurança, acaba por ruir (causas complementares. Sobre o ponto, veja-se, porém, no debate a propósito da prestabilidade funcional da solidariedade para assimilar a relevância das hipóteses ressarcitórias, GÓMEZ LIGÜERRE, *Solidaridad y responsabilidad...* cit., p.79, evidenciando que nem sempre é possível solucionar todos os casos de responsabilidade dita amplamente de conjunta como uma soma de responsabilidades individuais, ou porque não seja viável descortinar-se a quota de responsabilidade de cada um, ou porque isoladamente a acção é inócua, ou porque o dano sofrido se mostra superior ao que resultaria da soma das contribuições individuais de cada agente); 3) os factos não necessitam de se somar

Explicitada a conexão entre eles, é tempo de ponderar o modo como deve ser compreendida funcional e intencionalmente a solidariedade. Pois se tradicionalmente a mesma era vestida com o manto da protecção da vítima²⁶¹⁰, do que ficou dito parece resultar ser uma decorrência da conjugação simbiótica de dois dados: o modo como,

uns aos outros, visto que qualquer um teria determinado por si só o dano, como é o caso de A e B, criadas da mesma casa, sem prévia combinação, deitarem na água da patroa duas doses de arsénico, qualquer delas dotada de potencial letal (causas cumulativa ou, segundo outra designação, alternativas); 4) simples coincidência de causas distintas de responsabilidade, na medida em que o dano se produz numa zona simultaneamente coberta pela sanção contra o facto ilícito de uma pessoa e pelo risco a cargo de uma outra, de que é exemplo o caso do operário atropelado por um terceiro quando estava ao serviço de B (coincidência ou simultaneidade de causas).

Para que não restem dúvidas, a sistematização e os exemplos que a acompanham saíram da pena de ANTUNES VARELA. Aqui cumprem o signo ilustrativo da conexão estreita entre os problemas da causalidade e da comparticipação extracontratual. Adiante, permitir-nos-ão encontrar pontos de apoio prático-normativos para o desenvolvimento de algumas ideias.

Uma outra sistematização, agora apresentada não a propósito da causalidade (virtual), mas da solidariedade, é oferecida por GÓMEZ LIGÜERRE, *Solidaridad y responsabilidad...* cit., p. 22: 1) o dano é consequência da actuação conjunta (de comum acordo) de todos os causantes; 2) o dano sofrido tem a sua explicação primeiro no incumprimento de um dever de controlo e depois no comportamento de um segundo agente que o dever omitido deveria ter evitado; 3) os vários agentes actuaram de forma sucessiva e independente e as condutas combinaram-se para causar um dano muito superior ao que poderia imputar-se a cada um dos seus causantes. Repare-se como o autor, neste seu excursus preliminar, e sem embargo de posteriormente mergulhar no epicentro da imputação objectiva, parece continuar preso a uma impostação do problema orientada em termos causais.

Repare-se, ainda, como não são coincidentes os termos das duas sistematizações, apresentando-se a do insigne jurista pátrio muito mais abrangente e completa, para o que, por certo, terá contribuído também o diverso enfoque com que cada um se aproxima aos casos *decidenda*.

Ademais, frise-se, na abertura da ponte dialógica necessária com o que ficou inscrito a montante, a não dissemelhança bastante entre estas problemáticas e aquelas que ousámos abordar quando, no nosso caminho em busca dos critérios de imputação do resultado lesivo ao agente, topámos com a questão da autoria e da viabilidade de se reconduzir o dano emergente à acção de um agente quando um terceiro havia interceptado o que tradicionalmente era visto como um processo causal. A permitir uma conclusão já implícita no nosso texto: verdadeiramente não se distingue, na sua essência, cada um destes problemas, formando um magma convocador de uma ideia abrangente de imputação, não desdobrável numa causalidade de facto e noutra de direito.

Ligando também o problema da solidariedade com o da causalidade, cf. HERMAN COUSY e DIMITRI DROSHOUT, “Multiple tortfeasors under Belgian Law”, *Unification of tort law: multiple tortfeasors...* cit., p. 44. Consideram os autores que a justificação fundamental para impor a chamada responsabilidade *in solidum* em situações de *concurring fault* deve ser encontrada nos elementos da causalidade, solucionada na Bélgica com apelo à teoria da *conditio sine qua non*. No mesmo estudo comparativo, cf. ULRICH MAGNUS, “Multiple tortfeasors under German Law”, *Unification of tort law: multiple tortfeasors...* cit., p. 87. Afirma-se aí que, no quadro do direito delitual alemão, a regra é a de que só há responsabilidade quando o agente tenha causado o dano e se a causalidade for provada com um grau de probabilidade próximo da certeza. Mas acrescenta que “este ponto de partida é revisto pelas regras (...) [aplicáveis] quando vários lesantes estão envolvidos na produção do dano”, justificando-se o desvio pela necessidade de se obviarem soluções injustas do ponto de vista do lesado.

Veja-se, ainda, MIQUEL MARTÍN-CASALS e JOSEP SALÉ, “Multiple Tortfeasors under Spanish Law”, *Unification of Tort Law: Multiple Tortfeasors...* cit., p. 192-193, e nota 20, numa referência à posição que sustenta só poder haver solidariedade quando a contribuição causal dos diversos agentes foi total.

²⁶¹⁰ Veja-se, nesse sentido, CESARE SALVI, *Il danno extracontrattuale...* cit., p. 57.

Cf., também, FRANZ WERRO, “La pluralité des responsables: quelques principes et distinctions”, ... cit., p. 17, explicando a solidariedade com o facto de, ao exigir-se a divisão do dano em diferentes acções, se estar a penalizar muito a vítima. V., também, p. 16, considerando os princípios aplicáveis no quadro da pluralidade de responsáveis: a) a vítima nunca deve ficar colocada numa pior posição pelo facto de o dano ter sido gerado por uma série de pessoas; b) a pluralidade de responsáveis não pode redundar numa situação de vantagem para a vítima (a sua protecção não pode ser reforçada em detrimento da vítima); c) deve haver um equilíbrio entre os interesses da vítima e aqueles que são responsáveis.

fruto da compreensão da imputação delitual, se torna impensável operar a cisão naturalística de processos causais e a categorial percepção dos elementos distintivos entre a solidariedade e a conjunção causal^{2611 2612}.

No fundo, o que pretendemos significar é que, se as obrigações conjuntas importam a divisibilidade da prestação, elas não fariam sentido por referência à responsabilidade extracontratual, posto que, entendido o fundamento da imputação em termos de esferas de risco e responsabilidade, elas absorvem ou não a produção do dano. Do ponto de vista exterior, o nexu que se erige é absoluto. Existe ou inexistente e nesse binómio encontramos simultaneamente a resposta ao problema da solidariedade, o

²⁶¹¹ Importa, novamente, acompanhar CARLO GÓMEZ LIGÜERRE, *Solidariedad y responsabilidad...* cit., p. 132, 102, e 100. Mostra o autor que tradicionalmente a solidariedade era entendida como uma garantia prevista a favor do devedor, ao aumentar as probabilidades de cumprimento da obrigação. Só que, para ele, trata-se de uma visão sincopada, considerando que a essência do regime, na sua concatenação com a responsabilidade extracontratual, passa pela necessidade de encontrar uma solução para o problema da não identificação dos lesantes.

Refira-se, pois, que o jurista continua preso ao patamar funcional. Ora, se bem compreendido o modo como se realiza em concreto o direito, há-de ser na pessoalidade que se vai ancorar o juízo final, densificando-se, assim, a proposta do autor que, por vezes, na articulação com as ideias efficientistas, parece correr o risco de se perder.

Note-se, *in fine*, em abono da verdade, que LIGÜERRE acaba por considerar que outra das finalidades da solidariedade passará pela sanção pela obliteração de determinados deveres (cf. p. 247 e p. 332, onde expressamente salienta a necessidade de se valorar o comportamento e a relevância social do dever infringido, e p. 78, onde se pode ler que “a solidariedade entre os responsáveis cumpre também funções atinentes à sanção pelo incumprimento de deveres de controlo e prevenção”).

²⁶¹² Duas notas complementares se impõem, em nome da lograda percepção dos problemas. Em primeiro lugar, importa salientar que, se encimamos a teleologia do regime, quando concatenada com a responsabilidade civil extracontratual, com o fundamento ético-personalístico sustentador de toda a imputação, tal não significa, *mutatis mutandi*, a obliteração de outras finalidades que aquele possa cumprir. Não se ignora, por isso, o ideário protectivo da vítima que se denota com particular impressividade ao nível da responsabilidade do comitente. Com o que não se pode deixar de formular uma inquietante dúvida e passar à segunda das notas anunciadas. Na verdade, foi denunciado por mais do que um autor a pretensa injusta a que conduzia o regime da solidariedade. A vítima estaria mais protegida, porque mais garantida contra a insolvência de um dos lesantes, na hipótese de autoria plural do que quando o agente actuasse individualmente. Nesse sentido, cf. CRISTÓBAL MONTÉS, “La cuestión sobre la mancomunidad o solidariedad de la responsabilidad por acto ilícito común en la jurisprudencia y doctrina españolas”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1985, p. 101-158, p. 137. Estabelecendo um diálogo contra-argumentativo com o autor, cf. GÓMEZ LIGÜERRE, *Solidariedad y responsabilidad...* cit., p. 166.

Ora, é exactamente na diversa ponderação de forças que, com base no esquema metodológico por nós assumido, conseguimos obviar a crítica que se dirige à solução, porque, ainda que esteja em causa a protecção da vítima, não é ela que se agiganta, sendo uma decorrência incidental da necessidade de, em nome da actualização da liberdade positiva, se chamar à responsabilidade total aquele que encabeça uma esfera de risco/responsabilidade a que o dano emergente também pertence. Concretizando com apelo ao artigo 500º, nº3, CC, a protecção da vítima que assim se consegue só se justifica por alguém ter assumido um risco, em nome do qual lhe é imputada a obrigação de indemnizar. Ou seja, o caso paradigmaticamente assumido como uma responsabilidade de garantia do comitente – extensivo às pessoas colectivas, por força da remissão do artigo 165º CC – acaba por se justificar melhor atendendo à intencionalidade predicativa da responsabilidade objectiva de que é exemplo acabado. Veja-se, aliás, GÓMEZ LIGÜERRE, *Solidariedad y responsabilidad...* cit., p. 108, considerando que a solidariedade como sanção para o incumprimento de deveres deve ser imposta a quem incumpra deveres de protecção ou deveres associados ao cargo que desempenham ou ao órgão da pessoa colectiva.

qual, mostrando em termos práticos o modo de funcionamento delitual, nos iluminará, concomitantemente, no cotejo entre esferas de risco, que se há-de operar.

Tentemos, pois, traçar em grossas linhas uma taxonomia de situações nas quais a responsabilidade se há-de considerar solidária²⁶¹³. Relembremos, para tanto, qual o nosso critério: haverá solidariedade sempre que o mesmo dano (unidade/indivisibilidade) pertença normativamente a mais do que uma esfera de responsabilidade que não anula a outra (pluralidade de vínculos).

Assim, poderemos pensar em casos de responsabilidade solidária para as hipóteses em que há mais do que um fundamento normativo, por via de previsões diversas de responsabilidade, para a imputação. É o que ocorre tradicionalmente com os comitentes, nos termos do artigo 500º, nº3, CC^{2614 2615}.

Paralelamente, importa não esquecer os tradicionais casos de co-autoria, cumplicidade e instigação, previstos expressamente no artigo 490º CC. Simplesmente, a co-autoria que se eleva a foros positivos envolve situações em que a participação na mesma actividade não pressupõe um prévio acordo entre os sujeitos²⁶¹⁶.

Alguns argumentos podem ser aduzidos nesse sentido. Por um lado, a parificação entre o dolo e a negligência, salvo raríssimos efeitos, ao nível civilístico; por outro lado, a recorrente ideia do pilar fundacional da obrigação ressarcitória que se encontra na assunção/edificação de uma esfera de risco/responsabilidade.

Pode, pois, acontecer que a conjugação de várias condutas isoladas se mostre idónea a produzir um determinado dano. Atomisticamente, e no quadro do pensamento tradicional, elas não ascenderiam ao patamar mínimo que permitiria a imputação. Mas, se olharmos para a situação complexiva do ponto de vista dos deveres solidarísticos –

²⁶¹³ Cf. CARLO GÓMEZ LIGÜERRE, *Solidaridad y responsabilidad...* cit., p. 305, onde o autor fala de uma actuação conjunta dos agentes (isto é, naquelas situações em que, não existindo uma relação de hierarquia entre eles, todos colaboram, de que seriam exemplo as actuações em equipa ou as comunidades de interesses, avultando como *ratio decidendi* que ou todos causaram o dano ou só um o produziu, mas qualquer membro do grupo estava em condições de o poder ter causado); p. 318, onde se refere aos danos causados por um membro indeterminado de um grupo; p. 325, onde foca as hipóteses em que a actuação de um segundo causante aumenta o dano final mais do que proporcionalmente.

²⁶¹⁴ Cf., quanto ao ponto e em sentido inverso, VON TUHR, *Tratado de las obligaciones*, II, trad. de ROCES, Madrid, 1934, p. 259-260.

²⁶¹⁵ Refira-se a este propósito a lição francesa da *faute collective* ou *commune*, a determinar, segundo a posição jurisprudencial, a responsabilidade *in solidum* dos membros de um órgão colegial de gestão de uma sociedade em caso de dano que resulte da actividade de certos membros que se mantêm anónimos. Cf., dando conta disso mesmo, GENEVIÈVE VINEY/PATRICE JOURDAIN, *Les conditions...* cit., p. 241. A simples referência à posição gaulesa quanto ao ponto permite-nos perceber a distância que separa algumas das soluções ali avançadas daquelas outras consagradas no ordenamento jurídico português.

²⁶¹⁶ Numa alusão análoga, veja-se GÓMEZ LIGÜERRE, *Solidaridad y responsabilidad...* cit., p. 81.

de cuidado – que entretecem o encontro do *eu* com o *tu* na tecitura mundanal, o resultado a que chegamos pode ser diferente.

A e B fazem, isoladamente, descargas poluentes no rio x, contaminando-o. Só a combinação das duas tem potencial causal para gerar a lesão que se verificou. Ao actuar, cada um deles deve orientar a sua conduta pelos referidos padrões ético-axiológicos, projectáveis nos deveres de prevenção que dogmáticamente se constroem. Se souberem (ou for exigível tal percepção), pelo contexto de actuação, não serem os únicos a operar nesse sentido, então é viável olhar para a dualidade no sentido da unicidade, imputando à conjugação de forças o resultado lesivo gerado²⁶¹⁷.

Não se chame à liça o princípio da confiança, por se considerar atentatório da intencionalidade com que o mesmo surge matizado o facto de um agente invocar em sua defesa a confiança depositada na não infracção do dever por parte de um terceiro, quando lhe era exigível a consciência da actuação dele.

O que ficou dito requer, não obstante, esclarecimentos adicionais.

Em primeiro lugar, importa salientar que a unicidade a que se alude estruturalmente não se convola em unicidade de vínculos, já que subjectivamente são dois os pólos de liberdade positiva que se exercem e se devem actualizar por via responsabilizatória. Ou seja, a responsabilidade é, também, aqui solidária. O que, aliás, bem se compreende. Efectivamente, o artigo 490º considera que os co-autores são responsáveis pelo dano e o artigo 497º estabelece a solidariedade obrigacional entre eles. Se A e B levam a cabo uma actividade conjuntamente e causam um dano a C, ambos são solidariamente responsáveis, ainda que só um deles tenha colocado ao serviço daquele a sua força. Se A comprar a pistola com que B pretende matar C, para esse efeito, a cumplicidade determina que haja um só processo causal mas duplicidade

²⁶¹⁷ Sobre o ponto, veja-se BARBARA POZZO, *Il danno ambientale*, Giuffrè Editore, Milano, 1998, p. 149 e ss. A autora mostra-se particularmente crítica da solução da *Corte di Cassazione* de 1 Setembro de 1995, que considerou, nos termos do artigo 2055º, os diversos produtores de lixo responsáveis solidários pela contaminação dos solos. Note-se, porém, que a crítica se baseia na pretensa contradição com a lei de 18 de Julho de 1986, lei nº349, que consagra a regra da responsabilidade de cada poluidor dentro dos limites da sua responsabilidade individual (cf. artigo 18º, nº7 do citado diploma).

Não querendo mergulhar nos meandros do ordenamento jurídico italiano, sequer ousando questionar soluções que são espúrias ao nosso nicho dogmático – por pertencerem ao direito ambiental –, importa não esquecer que a restrição a que a norma alude não fica posta em causa pela solução encontrada. Na verdade, a responsabilidade do agente não se estende para além do âmbito de risco autonomamente assumido e nessa medida continua a ter como referente último a sua pessoalidade (não ultrapassando, assim, a responsabilidade individual). Até porque, e importa referi-lo, segundo a solução por nós plasmada haverá sempre possibilidade de exercer o direito de regresso no quadro das relações internas. Simplesmente, a acção – porque já não é vista em termos mecanicistas, mas personalistas –, ao ser encarada de outro prisma vai viabilizar outro tipo de construções no plano dogmático.

de vínculos, porquanto sejam duas as esferas de responsabilidade que se erigem. A analogia estrutural pode, portanto, estabelecer-se.

Em segundo lugar, há que perceber os contornos de temporalidade com que estas questões podem vir pensadas. Na verdade, não é de todo estranho que a conjugação sinérgica a que se alude ocorra não em simultâneo, mas de forma sucessiva. Assim sendo, há que ousar lançar mão de dois critérios. Um que, olhando para a lesão do direito subjectivo absoluto, possa ver nele a linha de fronteira que permite afirmar se se esgotou ou não a esfera de risco que alicerçou a responsabilidade do primeiro agente. Será, aliás, a perspectivação do problema à luz da lesão do direito subjectivo absoluto que nos permitirá concluir acerca da divisibilidade ou não do dano^{2618 2619}. Outro que

²⁶¹⁸ No fundo, A agride B, que fica sem uma perna. Se, anos mais tarde, B morre em virtude de um atropelamento, porque, pela sua incapacidade, não consegue fugir de um despiste, não faz sentido considerar A responsável pelo resultado morte. A sua esfera de responsabilidade, alicerçadora da imputação, fica exaurida no momento da estabilização da lesão, porque o que ela procura é estabelecer um nexó de ilicitude.

Mas se A embate na casa de B, danificando os seus pilares, e C, com igual comportamento, vier a provocar directamente a ruína dela, então a lesão do direito de propriedade – aqui entendida como destruição total do edifício – não pode deixar de ser imputada aos dois agentes, já que a esfera de responsabilidade assumida pelo primeiro com a condução do veículo, ao projectar-se na lesão concreta, não se tinha ainda esgotado.

Não se pense que a diferença é temporal. Com efeito, o que distingue as duas situações é o facto de, uma vez recuperado da primeira lesão, B ficar apto a adequar, auto-responsavelmente, o seu próprio comportamento em função do *handicap* de que passa a sofrer, enquanto, na derradeira hipótese, a fragilidade da estrutura da habitação, sem a reparação a cargo do primeiro lesante, a torna inapta para o cumprimento do seu fim. Donde, a lesão é aqui indivisível e reconduzível à acção do primeiro agente.

Repare-se que nenhuma das situações diz respeito ao grupo de casos em que nos situamos neste momento dialógico: neste falha o pressuposto da unicidade, ou a possibilidade de olhar para a dualidade de acções ou comportamentos – que, porque alicerçam duas esferas de responsabilidade, justificam a responsabilização dos dois agentes ou, na perspectiva da solidariedade, a duplicidade de vínculos – como se de uma única se tratasse.

O mesmo não se poderá dizer da situação em que A, conhecedor dos comportamentos alheios, faz uma descarga poluente no rio, a qual, combinando-se com a do vizinho, vem a causar a destruição dele, que pertence em propriedade a C. É que, porque a acção não pode, como bem ficou expresso *supra*, ser entendida no sentido mecanicista, sequer finalista, mas ético-axiológico, o comportamento de cada um só passa a ter sentido na intelecção dos deveres de cuidado em relação ao outro o que, pressupondo uma comunidade de pessoas, faz retrair o princípio da confiança sempre que, não cumprindo o nível de cuidado exigível, e conhecendo ou sendo exigível que conheça o análogo *modus operandi* dos seus semelhantes, venha na complementaridade com eles a causar um dano.

Cf., num sentido próximo, mas não análogo, porque eivado de uma diferente intencionalidade, ULRICH MAGNUS, “Multiple tortfeasors under German Law”, *Unification of Tort Law: Multiple tortfeasors... cit.*, p. 93. A propósito do requisito da identidade do dano, o autor considera que o devemos ver no sentido de os lesantes terem causado, com os seus actos concorrentes, uma só lesão à vítima e alerta que os tribunais tudescos aceitam o preenchimento do pressuposto quando sucessivos actos de vários lesantes tenham causado o dano, desde que tenham ocorrido temporal e espacialmente em conexão um com o outro. O exemplo que dá é o de um passageiro que é sucessivamente atropelado por duas pessoas, sem que se consiga determinar qual delas, efectivamente, causou a lesão.

Dando um de um duplo embate no veículo, cf. WILLEM VAN BOOM, “Multiple Tortfeasors under Dutch Law”, *Unification of Tort Law: Multiple Tortfeasors... cit.*, p. 143: “se um veículo se perder totalmente, o dano é o mesmo. Se, todavia, a colisão com o veículo A causou um dano na parte traseira e a colisão com o veículo B causou um dano separado na frente, então dois danos devem ser considerados de forma

distinta”. *Vide*, igualmente, p. 144, com a importante referência ao critério adoptado por alguns que passa pela distinção entre *one-time loss* e *continuous loss*.

Repare-se que o que aqui está em causa é, também, a ideia de divisibilidade ou indivisibilidade do dano. Sobre ela, impõem-se algumas notas não despididas.

Assim, há que perceber 1.º) por que razão avulta como requisito da condenação solidária dos diversos agentes; 2.º) se quando se fala do “mesmo dano” ou do problema da indivisibilidade do dano estamos a lidar com o dano evento ou com o dano consequência; 3.º) qual a repercussão que tal importa em sede de causalidade/imputação.

O que se deve entender por indivisibilidade do dano? Desde logo, estar-se-á, aí, a contemplar o dano evento ou, ao invés, o dano consequência? Propendemos para entender que não pode deixar de ser o dano evento, podendo aduzir-se diversos argumentos nesse sentido. Assim, a polarização no dano consequência conduziria a soluções absurdas. Imagine-se que A embate no veículo de V e passados três dias B embate no mesmo veículo, da parte traseira. O dano da perda de uso não é divisível e deve ser indemnizado. Mas deve isto justificar que B possa vir a ser demandado por todo o dano quando apenas partiu um dos faróis e A danificou a pintura da parte lateral? V., a este propósito, W. V. HORTON ROGERS, “Comparative report on multiple tortfeasors”, *Unification of tort law: multiple tortfeasors...cit.*, p. 280, nota 80: “o resultado em si pode, no entanto, ser divisível para um efeito e não para outro. Suponha-se o caso de duas lesões distintas que podem ser atribuídas separadamente a A e a B em termos de prova. Cada um é responsável pelos danos não patrimoniais gerados, mas se como resultado da combinação de efeitos das duas lesões V não puder trabalhar então podem ser responsáveis pela totalidade da perda de lucros”. Atentemos no caso e pensemos em algo similar. A e B colidem, em simultâneo, com o automóvel de C que, em virtude disso, vem a morrer. Os agentes devem ser considerados solidariamente responsáveis. Embora não haja conjugação de comportamentos, a lesão do direito subjectivo absoluto reconduz-se a duas esferas de risco/responsabilidade. Simplesmente, apenas o enfoque no dano evento é de molde a garantir a congruência interna do sistema. Ela é a solução que melhor se concilia com o que expusemos quer acerca da causalidade, por nós entendida em termos de imputação, quer acerca da solidariedade. O que se pretende erigir é um nexa que justifique a imputação *in totu* da lesão a uma esfera de responsabilidade, para o que a ligação a entretecer tem de ser total. Não em termos naturalísticos ou mecanicistas, mas no sentido de pertinência da lesão àquele círculo que se edifica quando se abraça ou incrementa uma esfera de risco. Há-de ser esta violação do direito que há-de ancorar o juízo a entretecer. No caso da dupla colisão automóvel, porque distanciada no tempo e não interceptada por qualquer vínculo, não temos uma lesão do direito, mas duas. É claro que tal implica a tomada em consideração do dano evento concreto, sem que com isso estejamos a abrir as portas a qualquer crítica que eventualmente possa ter ferido a concretude da configuração danosa, porquanto o que ali estava em causa era a sua ponderação do ponto de vista da *conditio sine qua non*, a importar a tomada em conta de todo o processo causal que desembocou naquele dano.

Retomando algumas das ideias plasmadas nesta nota, o ponto de referência há-de ser o dano evento. De outro modo, ficaria sem resposta a questão imputacional, assumindo-se acriticamente, caso a solidariedade fosse imposta, que ambos respondem pela totalidade do dano. Significa isto que o dano é indivisível, para estes efeitos, quando várias esferas de risco/responsabilidade absorvam a mesma lesão do bem jurídico. A unidade ou duplicidade de danos não traduz mais do que a unidade ou duplicidade de lesões. Fundamental é reter que pode haver duas lesões sucessivas que, não obstante, se convolam numa única lesão. A solução é, então, encontrada em termos imputacionais, evidenciando o jogo de critérios a que fizemos alusão. Assim, podemos, em teoria, confrontar-nos com diversas hipóteses. No exemplo anteriormente apresentado, A embate com o seu veículo na casa de B. O pilar fica muito frágil. C embate posteriormente na mesma moradia, provocando a ruína do edifício. B e C titulam, cada um, uma esfera de responsabilidade. Verificados que estejam os restantes pressupostos delituais, eles respondem solidariamente, porque a lesão é a mesma. Há que, não obstante, ser prudente. Num primeiro cenário, a esfera de responsabilidade de A abrange o risco de desmoronamento, já que a possível colisão e destruição de um edifício faz parte dos riscos próprios de um veículo motorizado. Embora em concreto não seja condição *sine qua non* do dano que emerge, desempenha um papel substancial no aparecimento deste. Simultaneamente, a esfera de responsabilidade/risco de C abrange, também, o risco de ruína, desde que as características constitucionais do bem lesado (mormente a fragilidade de que passou a padecer) não sejam aptas a excluí-la. Só seria assim se a debilidade fosse de tal modo profunda e atípica que afastasse por completo a responsabilidade do segundo agente. Num segundo cenário, podemos imaginar que a estrutura da habitação tenha ficado de tal modo abalada que o proprietário deveria ter assumido especiais deveres para com o seu próprio bem. A omissão deles poderia acarretar a atenuação da responsabilidade diante dos lesantes. Num último cenário, a danificação dos pilares do edifício foi ténue, pelo que, no cotejo comparativo entre as esferas de risco dos dois lesantes, a segunda consome a primeira.

Até porque, na própria definição concreta dos contornos da esfera que se torna actuante, poder-se-á concluir que falha a idoneidade do meio para gerar aquele dano. Se daqui quisermos extrair algumas conclusões, diremos que a assimilação da intencionalidade problemática do caso pela intencionalidade problemática do regime da solidariedade implica a prévia resolução da questão imputacional, de modo a determinar se há uma ou duas esferas de responsabilidade aptas a absorver a lesão, e que a indivisibilidade do dano se identifica com a identidade da lesão. Sendo estes os dois requisitos genéricos da aplicação do regime, importa, contudo, ter em conta a tripartição a que, no corpo da nossa dissertação, somos conduzidos.

A propósito da configuração do dano como uma única lesão ou como uma multiplicidade de danos, cf. KEN OLIPHANTE (ed.), *Aggregation and divisibility of damage*, Tort and Insurance Law, vol. 26, Springer, Wien, New York, 2009. Note-se, porém, que o estudo se centra mais no *loss* do que no *damage*, o que não impede que, numa abordagem comparatística, nos encaminhe para a ponderação de muitos dos problemas a que aqui trazemos à luz.

Acerca do problema da divisibilidade, veja-se a análise à jurisprudência gaulesa na matéria, feita por JEAN VINCENT, “L’extension en jurisprudence de la notion de solidarité passive”, *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 1939, p. 620 (« Tantôt les arrêts parlent d’indivisibilité de la faute, tantôt d’indivisibilité du fait dommageable. En définitive, ce qu’ils veulent exprimer, c’est qu’il ya a entre chaque faute et la totalité du dommage une relation directe et nécessaire »). Se acompanharmos um pouco mais o trabalho do autor, veremos que nos são oferecidos os pressupostos da extensão do regime da solidariedade às obrigações nascidas da prática de um acto ilícito. Assim, exigir-se-á que o dano seja único e que ele seja ocasionado por duas ou mais *fautes* distintas, não sendo, contudo, imprescindível a actuação concertada dos agentes, a idêntica natureza e gravidade do ilícito ou a intencionalidade no cometimento dele, sequer a simultaneidade delas.

Repare-se, pois, que o mesmo problema pode ser compreendido a duas lupas: ou centrando-nos na acção, e portanto olhando para a participação dos agentes, ou quedando-nos no dano, no resultado, com o que reforçamos o problema da divisibilidade ou indivisibilidade dele. Sublinhe-se, finalmente, que a primazia conferida à última alternativa conduz, ou pode conduzir, a um paralelo do problema com aqueloutro da causalidade virtual. Sintomático disso é a analogia que HECK estabelece com o § 830 I BGB para dar resposta ao tema da relevância daquela (cf. *Grundriss des Schuldrechts...* cit., p. 49). Cf., também, HERMANN LANGE, “Zum Problem der überholenden Kausalität”, ... cit., p. 161 e ss. O autor defende a responsabilidade solidária do agente causador do dano e do responsável pela causa virtual, desde que esta tenha alguma incidência sobre o bem lesado, o que significa que no caso de A agredir B, que já estava falecido, ele não deveria responder solidariamente com o autor da morte. Mostrando-se crítico da solução, cf. PEREIRA COELHO, *O problema da causa virtual...* cit., p. 138-139, nota 30. É que, embora concordando com a resposta ao caso enunciado, o insigne civilista português não aceita que noutras situações, v.g. quando A danifica o bem de B, que depois é destruído na totalidade por C, a solidariedade seja a regra. A causa é, aqui, meramente parcial e entende PEREIRA COELHO não ser justo impor a responsabilidade de C pelo dano provocado por A. (Se discernirmos, claramente, duas lesões, então A será responsável pelo montante do dano correspondente à primeira lesão, e C será responsável pelo dano da destruição do bem que já estava desvalorizado).

A consideração não logicista e não contrafactual dos problemas levar-nos-á, pelo contrário, à análise da intencionalidade da acção perspectivada à luz da liberdade em que se alicerça. É a partir das esferas de responsabilidade que em torno dela se erigem que se vai lidar com o problema. Ou uma consome a outra, ou, ao invés, as duas se afirmam, havendo, então, lugar à solidariedade obrigacional.

Veja-se, ainda, quanto ao ponto, remembering o precedente *Baker v. Wiloughby* e dialogando com a teoria do efeito concorrente de causas consecutivas, não unanimemente aceite, W.V.H. ROGERS, *Winfield and Jolowicz ...* cit., p. 217.

Cf., igualmente, W.V.H. ROGERS, “Multiple Tortfeasors under English Law”, ... cit., p. 67, evidenciando a dificuldade de concretização da ideia de indivisibilidade do dano, pela consideração, entre outras, de situações em que os danos inicialmente produzidos são divisíveis, mas o efeito combinado de ambos gera um outro não divisível. Assim, no caso de A lesar a integridade física de B; C lesar a sua integridade física; e do efeito combinado de ambas as lesões, destacáveis e polarizadas em distintas partes do corpo, se desencadear um processo depressivo que afecta o lesado. Veja-se, também, p. 73 e ss., onde o autor concretiza, por referência ao ordenamento jurídico inglês, a noção de *same damage* e distanciando-a da de *the same damages*.

Sobre o ponto, veja-se, também, TOBIAS MÜLLER, “Haftung von Erst- und Zweitschädiger bei ungeklärtem Kausalverlauf”, *Neue Juristische Wochenschrift*, 55. Jahrgang, Heft 39, 2002, p. 2841 e ss. O autor analisa um caso tratado e decidido pelo BGH. Trata-se de uma situação em que ocorre uma lesão corporal em virtude de um acidente de tráfego. Sem que a consequência do primeiro acidente se esgote

pretenda iluminar o decidente no sentido de ele poder discernir quando existe uma verdadeira conjugação de acções, passível de analogia com as situações de autoria. Dito de outro modo, e reproduzindo – pela importância que assume – o que inscrevemos em nota, como a acção não pode ser entendida no sentido mecanicista, sequer finalista, mas ético-axiológico, o comportamento de cada um só passa a ter sentido na inteligência dos deveres de cuidado em relação ao outro, o que, pressupondo uma comunidade de pessoas, faz retrair o princípio da confiança sempre que, não cumprindo o nível de

integralmente, ocorre, passado um ano, um segundo acidente, do qual resulta, igualmente, uma lesão da integridade física da vítima, que demanda os dois agressores como devedores solidários da indemnização pela globalidade do dano. Segundo a argumentação do BGH, há que ter em conta dois dados importantes: por um lado, o dano – apesar da segunda causa – é consequência adequada do comportamento do primeiro agente; por outro lado, a segunda causa não se opõe à afirmação do nexo de causalidade, já que o primeiro agente contribuiu para o aparecimento do dano global.

MÜLLER mostra-se crítico da solução plasmada jurisprudencialmente. De acordo com a perspectiva do BGH, é suficiente referir que ambos os demandantes contribuíram causalmente em termos de preenchimento da responsabilidade para se afirmar a solidariedade. Aplica o § 287 ZPO para se sustentar a solução. Ora, segundo o autor é uma contradição afirmar que não pode ser fixada a contribuição causal de cada um dos participantes no preenchimento da responsabilidade e, concomitantemente, dizer que ambos os lesantes são responsáveis pela totalidade do dano, uma vez que isso põe em causa o *Verursachungsprinzip* (o lesante só é responsável pelo dano que ele provavelmente causou). Esta contradição só pode ser contornada pela mobilização do § 830 I/2 BGB. A norma citada, diz-nos MÜLLER, introduz uma excepção ao *Verursachungsprinzip*. Não está aqui em apreço a causalidade alternativa: esta pressupõe que só um dos demandados gerou o dano; ora, pelo § 287 ZPO já se provou que ambas as pessoas deram um contributo para o seu surgimento. Contudo o § 830 I/2 BGB não é só aplicável aos casos de causalidade alternativa, mas também de causalidade cumulativa. No entanto, a posição jurisprudencial orienta-se pela não aplicação do preceito: exigir-se-ia que os comportamentos dos participantes formassem uma única operação temporal e espacialmente e aqui as duas acções estão separadas pelo lapso de um ano. Em contrapartida, o BGH terá reconhecido numa decisão mais recente a tendência para abandonar o pressuposto. MÜLLER louva a mutação da posição: não só o teor literal da norma não oferece um ponto de apoio seguro para a sua afirmação, como a finalidade dela não viabiliza um afunilamento do conceito de participante. É que, segundo o civilista, a teleologia do § 830 I/2 orienta-se pela necessidade de auxiliar o lesado na produção de prova e esta experimenta-se quer haja, quer não haja unidade temporal e espacial.

Assim, O requisito geralmente edificado como pressuposto da solidariedade conexonada com a responsabilidade civil é o de que o dano seja o mesmo. BERNHARD A. KOCH e PETER SCHWARZENEGGER, “Multiple Tortfeasors under Austrian Law”, *Unification of tort law: multiple tortfeasors...* cit., p. 17, consideram que, mais do que *same damage*, devemos perspectivá-lo no sentido de *same damaging event*. No fundo, os autores frisam que nos devemos ater mais à causa do que ao resultado quando lidamos com a questão. É o comportamento dos indivíduos que devemos ter em conta ou a perigosidade dos riscos que caiem dentro do âmbito de protecção de uma norma que foi violada.

Aflorando a distinção entre o dano como evento e o dano como consequência, a propósito do mesmo tema, veja-se, ainda, o relatório italiano de FRANCESCO BUSNELLI, GIOVANNI COMANDÉ e ELENA BARGELLI, “Multiple Tortfeasors under Italian Law”, *Unification of Tort Law: Multiple Tortfeasors...* cit., p. 125. O mesmo dano poderia, portanto, ser interpretado no sentido de os lesantes terem contribuído para causar o mesmo evento danoso, sustentando os autores italianos que os seus comportamentos deveriam estar ligados com o evento lesivo por uma conexão causal. Ademais, acrescentam que a categoria “o mesmo dano” significa também que é a mesma a fonte do dever de compensação do dano.

No quadro do ordenamento jurídico italiano, veja-se, ainda, CESARE SALVI, *Il danno extracontrattuale...* cit., p. 55, nota 47 (considera o autor que o pressuposto da solidariedade é a unicidade ou indivisibilidade do evento danoso).

²⁶¹⁹ De uma forma simplificada, e complementando o que ficou dito na nota precedente, a indivisibilidade do dano pressuporá quer a existência de uma única lesão do direito subjectivo absoluto, como uma tomada em consideração dos problemas imputacionais que, em relação a cada um desses danos-evento, avultam.

cuidado exigível, e conhecendo ou sendo exigível que conheça o análogo *modus operandi* dos seus semelhantes, venha na complementaridade com eles a causar um dano. Ou seja, a autoria de que aqui se fala, longe dos constrangimentos penalistas, não deve ser entendida no sentido da partilha dos meios materiais de consecução de um comportamento tendente à produção do dano. Mais explicitamente, havendo um mínimo de concertação de acções – a denotar-se sempre que haja conhecimento ou cognoscibilidade da actuação semelhante de outro ou sempre que os agentes se insiram num mesmo nicho concreto de actividade – convertem-se numa só, embora projectem duas ou mais esferas de responsabilidade.

Um último grupo de casos reclama a assimilação pelo âmbito de relevância do regime da solidariedade. Nestes falta a concertação com que abordámos o anterior. Arredando-se o artigo 490º CC, passamos a ter em confronto a intencionalidade problemática do artigo 497º CC e a do caso concreto²⁶²⁰. Ora, quanto a estes, reprimamos o que anteriormente expendemos. Duas ideias se agigantam: a pluralidade de vínculos sustenta-se pela não unicidade de esferas de risco²⁶²¹; a lesão do direito que

²⁶²⁰ Cf., no entanto, SINDE MONTEIRO e ANDRÉ PEREIRA, “Multiple tortfeasors under Portuguese Law”, *Unification of tort law: multiple tortfeasors...* cit., p. 168. Os autores consideram que o artigo 490º CC se aplica, não só a casos nos quais há uma cooperação entre os diversos autores, instigadores ou cúmplices, mas também nos casos em que cada um actua isoladamente.

Veja-se, igualmente, PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*, I, ... cit., p. 491, em cuja autoridade científica os dois primeiros civilistas também se apoiam.

Como decorre da exposição precedente em texto, concordamos inteiramente com a ideia da não imprescindibilidade da cooperação. Simplesmente, e pensamos ser essa a pedra de toque da cisão entre o âmbito de relevância do artigo 490º e do artigo 497º CC, tal não pode equivaler à inexistência de qualquer convergência da acção, ou, para utilizarmos a expressão do texto, qualquer concertação da acção. É que, se assim for, descaracterizam-se a autoria, a cumplicidade e a instigação.

Particularmente interessante, pelo confronto com o que atrás dissemos, é a ideia, veiculada por ERNST KARNER e OLAF RISS, a propósito do ordenamento jurídico austríaco, no relatório integrado na obra coordenada por OLIPHANT (*Aggregation...* cit., p. 31 e ss.), segundo a qual, se vários lesantes são separadamente responsáveis por uma *conditio sine qua non* do dano que ocorreu, então eles podem ser solidariamente responsáveis nos termos do § 1301 e 1302 ABGB. Se o dano causado por cada um puder ser determinado, então cada um é responsável pelo que gerou; se não puder ser determinada a quota de contribuição, então entra em cena a responsabilidade solidária. Em causa uma responsabilidade pela causalidade potencial, justificada com o argumento de que o risco da impossibilidade de clarificar a origem do dano deve ser suportado pelo lesante, que permite a extensão da solução às hipóteses de causalidade alternativa incerta. Já a responsabilidade solidária dos *joint offenders* se justifica com base numa causalidade psicológica.

Mais se diga que tal não co envolve o aprisionamento às congéneres penalistas e bem assim um entendimento estrito de autoria que nos remeta para a materialidade da acção.

²⁶²¹ Cf. W. V. H. ROGERS, “Comparative report on multiple tortfeasors”, *Unification of Tort Law: Multiple Tortfeasors...* cit., p. 277. Afirma o autor que, quando haja um risco óbvio de uma actividade comum, deve considerar-se o participante responsável, ainda que ele não tenha sido a causa directa da lesão.

avulta deve inscrever-se simultaneamente, embora não necessariamente de forma partilhada, nos dois círculos^{2622 2623}.

Assim, é possível que uma situação de incerteza dita causal, para nos aproximarmos da linguagem tradicional e criarmos uma plataforma de entendimento, seja resolvida *ex vi* artigo 497º CC^{2624 2625 2626}. E se bem vimos nada do que se defende

²⁶²² Interessante a este ensejo cf. o caso proposto por W. V. H. ROGERS para o estudo comparativo da pluralidade subjectiva ao nível da responsabilidade extracontratual (caso A 1 c): A e B levam a cabo um plano para cometer um acto ilegal. O mesmo não envolve a necessidade de causar qualquer dano a um terceiro, mas A pretende usar a ocasião para o lesar. Quase unanimidade parece haver no sentido da não responsabilização de B por aquela violação, excepto se a norma violada ou os deveres de cuidado intencionalmente preteridos tinham como finalidade a prevenção de um dano daquele tipo. Veja-se, *inter alia*, p. 11 (Áustria), p. 90 (Alemanha, onde ULRICH MAGNUS sustenta que “se um dos sujeitos actua fora do plano comum, então ele deve ser isoladamente considerado responsável”). Discorda-se, por isso, da solução apresentada pelos relatores portugueses (SINDE MONTEIRO e ANDRÉ PEREIRA) a p. 168, embora se entenda a ressalva. Na verdade, os autores partiram do pressuposto de que era previsível para um homem médio que o co-agente pudesse actuar no sentido de infligir um dano a um terceiro e com base nessa negligência suportam a responsabilidade, considerando que existe causalidade. Cremos não poder ser entendido o apontamento senão no sentido imputacional, ou seja, senão olhando para a negligência pressuposta para, a partir daí, se edificar uma esfera de risco/responsabilidade. Ainda que não seja essa a intencionalidade que os autores derramam sobre a asserção, sempre haverá que reconhecer que naturalisticamente se torna inviável a edificação de uma relação de causa-efeito, pelo que só normativamente ela pode ser compreendida. A propósito da mesma questão, veja-se, escarpelizando-a tendo em conta o domínio cognitivo do segundo lesante, FRANCESCO BUSNELLI, GIOVANI COMANDÉ e ELENA BARGELLI, “Multiple Tortfeasors under Italian Law”, *Unification of Tort Law: Multiple Tortfeasors...* cit., p. 119.

Cf., ainda, WILLEM VAN BOOM, “Multiple Tortfeasors under Dutch Law”, *Unification of Tort Law: Multiple Tortfeasors...* cit., p. 139. Sustenta o autor que a resposta ao problema fica dependente de saber se a lesão se integra ou não dentro do âmbito de protecção do dever que foi violado pelo plano congeminado e levado a cabo por A e B. Toda a análise, subsequente e perfunctória, que se enceta passa, então, pela tematização do problema da causalidade, ligando-se, uma vez mais, os dois nichos. Em debate, pois, o artigo 6:98 BW, que estabelece que “a compensação só pode ser exigida na medida em que o dano esteja relacionado com o evento que deu origem à responsabilidade de um modo tal que o dano, tendo também em conta a sua natureza e a natureza da responsabilidade, possa ser imputado ao devedor como resultado da sua conduta”.

²⁶²³ Por isso, embora concordando com a solução ensaiada em W.V.H. ROGERS, “Multiple Tortfeasors under English Law”, ... cit., p. 67, a propósito do caso em que A falha no seu dever de manutenção de um veículo que é conduzido negligentemente por B, que mata V numa colisão, não podemos deixar de nela nos inspirar para hipotizar outra situação. Imaginemos, na verdade, que o dever de que se fala não resulta da titularidade do direito de propriedade sobre o veículo ou do investimento na direcção efectiva dele, mas que tinha sido contratualmente assumido quando, A, mecânico, contratou com B o arranjo do automóvel. Será que podemos considerar, não obstante a certeza da responsabilidade contratual do primeiro diante do segundo, que ele incorre em responsabilidade diante do atropelado? Repare-se que, em rigor, o problema avulta não pelo mote da solidariedade, ainda que na sua conexão com a responsabilidade delitual, mas por via da aplicabilidade em concreto da disciplina desta, E, havendo violação de um direito absoluto, e culpa da parte do mecânico, o que se torna duvidoso é a repercussão da sua omissão na lesão daquele, donde o que se questiona é a desvelação da ilicitude, não pela incerteza do resultado, mas pela incerteza da contribuição daquele para a produção do evento. Mostrando, afinal, que o problema dito causal é, afinal, um problema de imputação.

²⁶²⁴ Sobre o ponto, para além dos apontamentos já introduzidos *supra*, a propósito do pensamento alemão, cf., com amplo desenvolvimento, HASSEN ABERKANE, «Du dommage cause par une personne indéterminée dans un groupe déterminé de personnes», ... cit., p. 516 e ss.

Pelo carácter impressionante do estudo, acompanhemos as suas linhas mestras.

ABERKANE começa por explicitar os contornos do problema. E liga-o, para vários, efeitos à questão da causalidade, entendida por si, não só como uma exigência lógica, mas como uma garantia individual. A tese que sustenta a não responsabilização de qualquer dos membros do grupo em caso de incerteza da

autoria do dano radica, pois, na exigência de prova positiva da causalidade pela vítima, mostrando que, ao nível do direito civil, se não sanciona a criação do risco, mas apenas a sua concretização. O que não obsta que o autor reconheça a iniquidade a que este pensamento conduz as mais das vezes (cf. p. 518-519).

O dilema é, então, claro: ou se nega a imputação, pela falência da prova do que tradicionalmente ia pensado como causalidade, deixando a vítima entregue à sua sorte; ou se transforma a incerteza em verdade, correndo-se o risco da condenação de inocentes, com a conseqüente repristinção da pena privada. Conexionando a opção dialógica com os modelos individualista e colectivista, o autor alerta quer para a injustiça de uma solução, quer para os perigos que a outra arrasta consigo (designadamente, quando questiona se, no limite, não estaríamos, ao abraçar a solidariedade dos membros do grupo, a abrir a porta a que se venham a considerar responsáveis todos os automobilistas que passaram num dado local à hora do acidente) [cf. p. 519].

Não perdendo do horizonte de referência o problema da causalidade que aqui ganha acutilância, ABERKANE analisa, em seguida, as posições jurisprudenciais na matéria, tornando claro que um dos caminhos seguidos é o da pesquisa de uma *faute* anterior que, determinando todas as outras, obrigue o autor a reparar o dano e torne indiferente a indeterminação do causante imediato (cf. 522). Trata-se, no fundo, da procura de uma *faute d'organisation*. Esta seria a verdadeira causa, e já não as *fautes d'exécution*. A partir daqui podia-se inclusivamente sustentar que todos os participantes numa actividade seriam organizadores e a *faute* nascia logo como solidária (cf. 524).

Afastando-nos momentaneamente do pensamento do autor, para logo dele nos aproximarmos em seguida, importa frisar dois pontos. Em primeiro lugar, faz lembrar o excurso, datado de 1958, o problema da *faute du service*, com especial importância, também entre nós, ao nível da responsabilidade civil do Estado [note-se que, a propósito desta, muito haveria para dizer. Sobre o ponto, cf. artigo 7º, nº3 da Lei nº67/2007, de 31 de Dezembro, alterada pela lei nº31/2008, de 17 de Julho, e artigo 9º, nº2 do mesmo diploma. Refira-se, ainda, que a *faute du service* não pode problematizada nos mesmíssimos termos no direito público e no direito privado, assumindo, no domínio privatístico, a conformação de culpa da organização. O problema pode ter grande interesse prático. Imaginemos o seguinte caso: não havendo culpa do funcionário de uma organização, mas tendo o dano na sua raiz a deficiente forma organizacional da pessoa colectiva, pode estar responder civilmente, ainda que não o faça ao abrigo do artigo 500º CC, que, embora prescindida da culpa da pessoa colectiva, exige que ela se desvele em relação ao agente?], quer pelos termos em que o problema é colocado jurisprudencialmente, quer pela discussão *individualismo versus colectivismo* que a antecede. Em segundo lugar, para vincar que, contra o entendimento do autor, cremos não estar diante de uma opção irremediável entre duas alternativas, *tertium non datur*, pois que é na pessoa e não no indivíduo que deveremos ancorar o nosso juízo. O que, longe de uma mera lucubração teórica, tem implicações práticas de não pequena monta, já que viabiliza, como bem sabemos, um entendimento do que tradicionalmente ia pensado como causalidade em termos diversos dos que dominam o espectro do pensamento jurídico. Aliás, é essa não intelecção da essência imputacional do requisito causal que, aliada à concepção deste em termos de *consequência directa e imediata*, leva à formulação das dúvidas a que acedemos a p. 526, pela pena do autor. Dúvidas a que o autor responde, oferecendo à doutrina da causalidade adequada, por si eleita como a preferível em termos de formulações causalistas, a ideia de previsibilidade ou imprevisibilidade com base na qual analisa o problema, complexificando-se as respostas no tocante à responsabilidade de *fait des choses*, dado o artigo 1384º exigir, no seu entendimento, a prova da causalidade material (cf. p. 527-528).

Outra ideia aflorada pelo autor passa pela necessidade de distinção dos casos em que a vítima é um dos membros do grupo daqueloutros em que é um terceiro, já que, na primitiva hipótese, se pode invocar uma ideia de participação voluntária e de aceitação dos riscos. Tal abre a porta a subseqüentes e não menos importantes considerações. A páginas 538 e ss., ABERKANE formula a sua proposta de resolução do problema. E inicia o excurso pessoal procurando determinar os contornos da noção de grupo: “quando é que um grupo é suficientemente coerente para restringir a individualidade dos seus membros e aceder à cena jurídica?”. Não acedendo ao estatuto de pessoas morais, os grupos a que o autor se refere devem levar ínsitas as ideias de concertação e de intencionalidade, relegando-se os restantes para o domínio dos grupos fortuitos (cf. p. 541). A distinção, com base num critério de quase personificação, assume-se relevantíssima, importando soluções diferentes, explicáveis também do ponto de vista material. Assim, se nos casos de concertação de grupo, todos os seus elementos se conhecem, sendo justo fazê-los responder solidariamente, o mesmo não se poderá sustentar por referência aos grupos fortuitos. Veja-se, ainda, no quadro traçado pelo autor, a importância que tem levar em consideração a gravidade do comportamento de cada um dos membros do grupo. É que, se o critério da intencionalidade conduz à assunção da actuação do grupo como um único pólo de recondução do dano, resolvendo algumas das aporias a que, pela adopção de um critério estritamente causal, os juristas se viam condenados, entende ABERKANE que

o facto de a *faute* individual assumir gravidade qualificada, ao ponto de se poder qualificar como imprevista pelos outros membros do grupo, pode levar à interrupção do nexos de causalidade (cf. p. 545). Saliente-se, *in fine*, a não coincidência entre o pensamento do autor e as soluções que, com base jurisprudencial ou doutrinal, fazem apelo a uma ideia de condutas concertadas e intencionais. É que, enquanto para aquelas o cerne do problema continua a situar-se no nexos causal, forjando-se uma causalidade colectiva, do ponto de vista de ABERKANE, é o grupo o centro de imputação (cf. p. 550). No fundo, o jurista procura resolver os problemas pensando numa quase personalidade jurídica e estabelecendo o paralelo com as pessoas morais (cf. p. 552).

De notar dois pontos. Em primeiro lugar, contorna a questão da causalidade, não a enfrentando, o que só se justifica pela fidelidade ainda denotada à imposição tradicional do problema; em segundo lugar, acaba por restringir os grupos cuja solução se afigura segura a um nicho muito reduzido, como bem se ilustra pelo título que serve de pórtico de entrada às suas lucubrações.

Veja-se, também, CHRISTOPHE QUÉZEL-AMBRUNAZ, *Essai sur la causalité...* cit., p. 602, considerando que, ao determinar-se a responsabilidade solidária de todos os membros do grupo, solução que já teria sido viabilizada por DOMAT, não estamos diante de uma presunção de causalidade, mas de uma determinação legal de uma causalidade jurídica, distinta da causalidade material, de acordo com o artigo 1348º do ante-projecto Catala. Na ausência de tal disposição legal, a jurisprudência terá, para impor a solidariedade, de recorrer a subterfúgios.

Do Anteprojecto francês de reforma do direito das obrigações (2005), cf. artigo 1347º: *a responsabilidade supõe estabelecido um nexos de causalidade entre o facto imputável ao lesado e o dano*; artigo 1348º: *quando um dano é causado por um membro indeterminado de um grupo, todos os membros identificados respondem solidariamente, excepto que um demonstre que não podia ser o autor*; artigo 1349º: *a responsabilidade não existe quando o dano é devido a uma cause étrangère, que apresente as características da força maior. Ela pode resultar de um evento fortuito, por causa da vítima ou de um terceiro*; artigo 1378º: *todos os responsáveis pelo mesmo dano são solidariamente obrigados à reparação.* (v., a este propósito, MATTHIEU POMAREDE, « Les régimes particuliers de responsabilité civile, ces oubliés de l'avant-projet Catala », *Recueil Dalloz*, 2006, nº35, p. 2420 a 2426)

Cf., também, GENEVIÈVE VINEY/PATRICE JOURDAIN, *Les conditions...* cit., p. 244, considerando que o fundamento da responsabilização *in solidum* dos membros de um grupo do qual provém um dano, sem que se consiga apurar a autoria de facto da lesão, é a admissão de uma presunção de causalidade. Trata-se de uma solução fundada na equidade ao nível probatório. O lesado teria de provar unicamente que o dano não poderia ter sido senão causado por um dos membros do grupo. Sendo este o fundamento encontrado pelas autoras, não se exige que o grupo seja dotado de especiais características (como seja a sua estabilidade e coerência, como aconteceria se se defendesse uma ideia de personalidade moral a justificar a imputação), mas em compensação importa que o membro do grupo que causou o dano seja mesmo indeterminado – cf. p. 247. Esta responsabilidade *in solidum* tem natureza subsidiária em relação à responsabilidade individual. Caso os outros membros do grupo provem qual deles foi o autor do dano, todos os outros vêem a sua responsabilidade excluída. Ademais, entendem as autoras que todos os membros do grupo devem ser identificados. Veja-se, ainda, GENEVIÈVE VINEY, *Le déclin...* cit., p. 367 e ss., analisando o problema à luz da jurisprudência mais antiga sobre o problema.

Cf., igualmente, R. BÉRAUD, “Les mythes de la responsabilité civile”, ...cit., nº1837, considerando que a *faute* reside na inclusão no grupo, que torna impossível a prova da causalidade por parte da vítima, justificando-se por esta via a solidariedade.

Acerca das presunções no quadro do direito da responsabilidade civil francesa, cf. PHILIPPE BRUN, *Les présomptions en droit de la responsabilité civile*, Grenoble, 1993, p. 90 e ss.

A propósito do dano causado por um membro indeterminado de um grupo determinado, no ordenamento jurídico espanhol, cf. RICARDO DE ANGEL YAGÜEZ, *Tratado de responsabilidad civil...* cit., p. 864 e ss. (referindo-se a uma actividade colectiva perigosa ou ao perigo originado por uma colectividade. Em causa estaria a criação de um perigo para terceiro por parte de um conjunto de pessoas, radicando aqui a ilicitude ou a antijuridicidade. Surge, contudo, um problema: da actuação perigosa de todos não resulta com toda a segurança só um dano. Mas a favor da posição militar a ideia da injustiça de deixar sem indemnização o lesado, e bem assim o fenómeno de “excitação mútua”, ou seja, a ideia de que a actuação conjunta pode levar à perda de noção do alcance do que se está a fazer. A razão de ser da responsabilidade dos membros do grupo radicaria na criação do risco. A posição não é, não obstante, concludente: é que argumentos no sentido inverso são também chamados à colação pelo autor. Importante é notar, acompanhando a explicação de YAGÜEZ, que a jurisprudência espanhola tem mostrado uma maior flexibilidade no sentido do ressarcimento destas hipóteses lesivas).

²⁶²⁵ Sobre as situações de incerteza causal do ponto de vista do lesante, veja-se, ainda, BASIL MARKESINIS, ANGUS JOHNSTON e SIMON DEAKIN, *Markesinis and Deakin's Tort Law*, ...cit., p. 187,

dista sobremaneira do que sustentámos em matéria de prova²⁶²⁷, pois que, partindo-se do caso para o relevarmos à luz do dever-ser, considerámos ser a edificação da esfera de risco e não a descoberta da causa real que justifica a imputação, o que não obsta a que o lesante, que assim assume o risco de uma quase presunção que sobre si recai, possa vir a mostrar que nenhuma intervenção teve na produção da lesão²⁶²⁸. Só que, com isto, conseguimos que situações em que o direito à indemnização decairia pela falência do *but-for test* sejam salvaguardadas, relegando-se para os putativos lesantes o encargo de identificar a verdadeira autoria da violação^{2629 2630}. Note-se que a solução arriscada se

tornando claro o eventual conflito que elas coenvolvem. De um lado, a ideia de responsabilidade individual, a importar que cada um só seja responsável pelos danos que haja causado; do outro lado, a necessidade de assegurar que a vítima seja compensada pela totalidade do dano.

²⁶²⁶ Sobre estas hipóteses, veja-se o testemunho de CHRISTIAN VON BAR, *The Common European Law...* cit., p. 415-416. O autor, embrenhando-se nos problemas suscitados pela condicionalidade *sine qua non*, designadamente nos casos de dupla causalidade, mostra como nestes a aplicação estrita do critério (v.g., no caso em que A e B disparam contra C e ambos os tiros são mortais) conduziria à exclusão da responsabilidade de ambos os agentes. Mas contrapõe de imediato, numa ponderação analógica, que a mesma solução acaba por não ser cogitada se dois nadadores salvadores omitirem, em simultâneo, o seu dever de auxílio relativamente ao sujeito que se estava a afogar. Considerando, ainda, que genuinamente os casos de dupla causalidade ocorrem por via de comportamentos positivos e que só raramente se verificarão dois eventos causais verdadeiramente simultâneos, desvaloriza o problema.

Ora, ainda que com uma intencionalidade diversa e mesmo num horizonte de referência argumentativa díspar, não podemos negligenciar a importância que o exemplo oferecido por VON BAR pode ter na economia da nossa dissertação.

Repare-se: a omissão é equiparada à acção. Ora, nos casos de causalidade alternativa incerta o que se aduz é que, pese embora a esfera de risco gerada, não se sabe, no plano fáctico, qual foi a verdadeira causa do dano. No caso transcrito da dupla omissão, dir-se-á que qualquer delas foi causal relativamente à lesão. Simplesmente, porque, ao nível da realidade do ser, a omissão é um nada, o que releva, para o entretencimento de tal juízo, é a entrada em cena de uma ideia de desvalor e do círculo de responsabilidade que em torno dela se erige. Perguntando-se, então, em que medida dista sobremaneira tal situação daquela que em texto considerámos?

²⁶²⁷ Cremos, ademais, que as soluções pensadas para as situações de multiplicidade causal devem ser harmonizáveis com aquelas dispensadas para os casos em que apenas é discernível uma única causa. De outro modo, o lesado ficaria numa posição de benefício apenas porque se interporia mais do que uma causa.

A este propósito, veja-se a decisão de 15 de Março de 2001 da *Cour de Cassation (2e. Civ. Chambre)*: uma senhora foi passear o seu cão e foi atacada por outro, no momento em que os dois animais começaram a lutar e os tentou separar. A *Cour de Cassation* considerou que o outro proprietário deveria ser responsabilizado na medida em que não provou que o seu cão não contribuiu para o dano, nem provou que este não foi causado por força maior. *Digest...* cit., p. 403.

Sobre o ponto, ulteriores considerações serão expendidas.

²⁶²⁸ Cf., ainda no quadro do direito austríaco, BERNHARD A. KOCH e PETER SCHWARZENEGGER, “Multiple Tortfeasors under Austrian Law”, *Unification of tort law: multiple tortfeasors...* cit., p. 10.

Veja-se, ainda, afirmando que se exclui a responsabilidade do agente quando venha provar que o dano só pode ter sido causado pelos restantes, LARENZ/CANARIS, *Lehrbuch...* cit. II/2, p. 387; JOACHIM GERNHUBER, “Haftung bei alternativer Kausalität”, ... cit., p. 149 (refira-se, ainda, o problema abordado pelo último autor citado que, com vista à interpretação do § 830 I/2 BGB, indaga se, caso haja prova da causalidade parcial, deve ou não aplicar-se a solução da responsabilidade solidária pelo dano total, quando um número indefinido de lesantes actuou lado a lado. No fundo, subjacente ao estudo do civilista está a ideia de que a causalidade possível só é bastante nos casos de multiplicidade de agentes, sem que se possa afirmar que, sempre que esta se verifique, aquela é suficiente) e BYDLINSKI, “Mittäterschaft im Schadensrecht”, ... cit., p. 430.

²⁶²⁹ Para um tratamento dos casos informados pela nota da incerteza causal, v.g. o caso de escola dos dois caçadores, numa perspectiva do *risk ownership*, cf. ARTHUR RIPSTEIN, *Equality, Responsibility...* cit., p.

mostra em sintonia com os ensinamentos em termos de solidariedade obrigacional: verificada a indivisibilidade do dano (uma só lesão do direito subjectivo absoluto), constatada a pluralidade de esferas de responsabilidade/risco a que pode ser reconduzida aquela lesão, definem-se os contornos da assimilação da relevância problemática do caso concreto pela intencionalidade problemática do artigo 497º CC. A ausência de certezas quanto à causa do dano é apenas uma decorrência da complexidade da realidade que deve, de acordo com o entendimento consagrado em matéria de ónus da prova, ser suportada por aquele ou aqueles que erigiram a referida esfera de risco, que assim também abarca o próprio risco adjectivo. Sabemos, no entanto, que o jurista se deve certificar da incidência do comportamento do lesante no surgimento do evento lesivo²⁶³¹, isto é, do papel que a conduta do lesante teve na história do evento danoso.

78 e ss., evidenciando que não se trata, se se defender a solução da responsabilização de ambos, de uma *liability for the risk*, mas pela concreta lesão sofrida, sublinhando que em causa está fazer suportar, em termos processuais, os encargos comunicados pela criação do risco.

Sobre estes casos de incerteza causal, veja-se, ainda, com grande propriedade, as considerações expendidas por WEX S. MALONE, “Ruminations on cause-in-fact”, ... cit., p. 82 e ss. Aduz MALONE que tais situações mostram a ingenuidade dos tribunais que continuam a postular a possibilidade de resolução do problema da causalidade em termos de probabilidade [refira-se que as considerações do autor mostram como, pelo menos na *Common Law*, o tratamento da questão da condicionalidade parece dominar o problema da relevância causal, limitando-se, posteriormente, ao nível da *proximate cause* a *liability* segundo outra ordem de considerações. Consoante tivemos oportunidade de frisar, nem sempre a causalidade adequada, entre nós, logra assumir o verdadeiro sentido da imputação objectiva que a problemática reclama].

²⁶³⁰ Cf., quanto ao ponto, ARTHUR RIPSTEIN e BENJAMIM C. ZIPURSKY, “Corrective justice in an age of mass tort”, ... cit., p. 214 e ss. e 237 e ss., já anteriormente citado e integrado na abordagem do fenómeno tornado célebre no mundo jurídico pelos casos DES. Duas são as notas a que não podemos deixar de fazer referência no quadro do pensamento dos autores.

Em primeiro lugar, e embora restringindo a solução aos casos de comercialização em massa de produtos fungíveis, os autores apontam a possibilidade de contra-prova pelo lesante, confrontado com uma presunção de causalidade, como o garante bastante da incolumidade da justiça correctiva ao nível da *tort law*.

Em segundo lugar, aliam a referida presunção a uma responsabilização consoante a quota de mercado ocupada, sublinhando *expressis verbis* que a imposição da responsabilidade solidária implicaria uma responsabilidade sem que houvesse violação de um dever de *non-injury*, contendendo, portanto, com a justiça correctiva e a estrutura relacional do *tort*.

Não cremos que tal objecção faça, porém, sentido. A ser concludente ela desferiria o mesmo golpe sobre a responsabilização consoante a quota de mercado, já que também aí o desenho comutativo só se salva com a possibilidade de afastamento da presunção de causalidade. Ao que acresce que, sendo certo que o dever de reparar resulta necessariamente da transmutação normativa de um pretérito dever de *non-injury*, não é menos verdade que ele se alicerça num dever de *non-injuriousness* e que o risco criado permite, de acordo com uma concepção de acção não mecanicista, nem finalista, reconduzir o resultado experimentado à esfera gerada, com inversão do modo como os dois termos em equação eram tradicionalmente sopesados.

²⁶³¹ Cf. o que ficou dito *supra* e repensem-se as hipóteses como aquela em que um automóvel estacionado é danificado por outro participante no tráfego, estando em questão três automobilistas que, por diversos períodos, conduziram por aquela estrada, sem que se prove qual realmente causou o dano. E veja-se a este ensejo as potencialidades que, em França, encerra a doutrina da *faute collective*, ao admitir a responsabilidade de todos os que participaram na cena de uma actividade ilícita de onde o dano provenha em condições que não permitam identificar o seu autor físico. Sobre o ponto, GENEVIÈVE VINEY/PATRICE JOURDAIN, *Les conditions...* cit., p. 241. Explicam as autoras que esta jurisprudência começou por se

Só que isso não nos leva a exigir a prova da causa real, sequer a comprovação da condicionalidade *sine qua non* desse comportamento em relação ao evento lesivo. O envolvimento do facto na história da lesão, que é pressuposto na análise da edificação de uma esfera de risco/responsabilidade, torna-se translúcido no momento da

afirmar relativamente às infracções voluntárias, tendo-se depois alargado aos delitos negligentes. Assim, a responsabilidade *in solidum* por *faute collective* apenas pressuporia que cada um tenha participado na *faute commune*. De acordo com VINEY e JOURDAIN, este requisito tem sido interpretado de forma restritiva por certos acórdãos, levando as autoras a pensar se não haverá um recuo por parte da jurisprudência na matéria.

Cf., ainda, a decisão de 4 de Maio de 1988, publicada na *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 1988, p. 769 (anotada por PATRICE JOURDAIN, da qual tivemos notícia pela obra das autoras que estamos a acompanhar). O Tribunal recusou a condenação dos menores que fumavam porque o nexo de causalidade entre o seu comportamento e o incêndio que deflagrou no hangar onde as crianças tinham estado a brincar não ficou estabelecido.

Note-se que, de acordo com o modelo imputacional por nós traçado, havia, em abstracto, duas hipóteses de tratamento da questão: a) não se considera que o acto de fumar seja perigoso (no sentido da especial perigosidade que põe em causa o respeito pelo outro), havendo de procurar determinar se houve ou não uma forma de actualização da esfera de risco/responsabilidade, através da preterição de determinados deveres de cuidado e conseqüente aumento do risco; b) denota-se uma especial perigosidade e presume-se a culpa, nos termos do artigo 493º CC, presumindo-se também a própria causalidade. A restrição dos danos indemnizáveis, no seio da terceira modalidade de ilicitude, opera por via da previsibilidade (quais os danos que, sendo previsíveis, levariam a que a pessoa devesse conformar a sua actuação de acordo com um ideal de precaução em relação ao outro, fazendo, em caso de não conformação da conduta por esse padrão, desvelar o abuso do direito).

Na primeira hipótese, comprovado que fosse o aumento do risco, poder-se-ia considerar que há duas esferas de responsabilidade e, conseqüentemente, que – e desde que os outros factores ponderativos deponham no mesmo sentido – a responsabilidade é solidária. Veja-se a este propósito, novamente, BYDLINSKI, *Die Schadensverursachung...* cit., p. 90. Não havendo aumento de risco – por exemplo porque nenhum dever de cuidado tenha sido preterido – então negar-se-á a imputação. De referir que a condição de menoridade, a poder determinar a inimputabilidade, suscitaria, ademais, a questão de saber se o simples comportamento não implicaria já um incremento do risco que deve ser imputado a quem não exerce correctamente o dever de vigilância.

Na segunda hipótese aventada, a responsabilidade seria também solidária. Mas ela implica que olhemos com mais atenção para a lição que podemos colher do artigo 493º CC. Não se trata, aqui, de adiantar algum dado em matéria de causalidade alternativa incerta, mas de garantir a coerência interna do sistema de responsabilidade tal-qualmente ele foi por nós pensado. O que aqui será dito deveria, em rigor, ter sido explicitado *supra*, nos diversos momentos discursivos em que lidámos com a questão do abuso do direito enquanto modalidade de ilicitude extracontratual ou nos pontos em que topámos com a disciplina do artigo citado. Cremos, contudo, que só agora temos ao nosso dispor todos os elementos que viabilizam uma lograda percepção do problema e da solução. Dissemos que o artigo 493º/2 CC estabelecia uma presunção de culpa e que ela implicaria também a presunção de ilicitude. Porquê? Porque, na interpretação do perigo, e atenta a natureza arriscada das sociedades hodiernas, há que se tratar de um especial perigo – um risco que ultrapasse o limiar da normalidade. Ora, em face de tais perigos qualificados, a pessoa tem de adoptar todas as medidas de cuidado para salvaguarda do outro. Não o fazendo, está a actuar em contravenção com um princípio da precaução ou prevenção – civilisticamente compreendido –, permitindo desvelar o abuso do direito (a liberdade de actuação do sujeito é exercida em contradição com o fundamento normativo da própria normatividade). Portanto, o artigo 493º/2 CC consagra a *faute* e implica que a dita causalidade seja entendida no sentido da previsibilidade (os danos em atenção aos quais previsivelmente a pessoa deveria ter conformado a sua conduta no respeito ao seu semelhante são os danos indemnizáveis). Isto não obsta a que possa haver, desde logo, violação de um direito absoluto. É, por isso, possível convocar o preceito no sentido de presumir a culpa e, concomitantemente, presumir a imputação objectiva. Não se trata de uma dupla possibilidade interpretativa da norma, mas de da faculdade reconhecida ao lesado de mobilizar simbioticamente mais do que um fundamento para alicerçar a sua pretensão indemnizatória. Se tal é permitido no quadro do concurso de modalidades de responsabilidade civil, deve também ser autorizado quando concorram modalidades de ilicitude delitual. Assim, e neste caso, a restrição da hipótese ressarcitória à verificação de uma lesão do direito absoluto autorizaria a que o preenchimento da responsabilidade fosse para além dos danos previsíveis.

comprovação da hipotética relevância problemática do caso, isto é, no momento em que o lesado apresenta os contornos da situação material controvertida e a prove. Ora, por exemplo, no caso dos dois caçadores²⁶³², torna-se inequívoca a participação de cada um dos sujeitos na história da lesão, ainda que o disparo de um deles não seja causa efectiva do dano.

Refira-se que a solução em matéria de solidariedade pouco nos adianta: ela sustenta-se no desenho traçado em termos de imputação delitual e no posicionamento firmado em matéria de causalidade. Mas não deixa de ser importante a sua compreensão para, acedendo à intencionalidade do regime, percebermos em que medida não contraria as instruções comunicadas em sede delitual. De todo o modo, se considerássemos a existência de um ponto de apoio no direito positivo para a defesa da responsabilidade solidária em casos como o dos dois caçadores, então teríamos o aval do direito já constituído para sustentar a solução em situações ditas de causalidade alternativa incerta. Poder-se-ia, posteriormente e inclusivamente, argumentar no sentido de que aquele que sofre um dano causado por uma situação em que só intervém um agente não pode ser penalizado relativamente ao que é lesado por um único sujeito. O raciocínio é

²⁶³² A este propósito e pela importância que os casos dos caçadores têm no quadro da doutrina civilística europeia, cf. GENEVIÈVE VINEY/PATRICE JOURDAIN, *Les conditions...* cit., p. 240 e ss. Referem-se as autoras a uma série de decisões jurisprudenciais nas quais, apesar da controvérsia entre as diversas instâncias judiciais, se considerou que a lesão provocada por uma arma não identificada de um grupo de caçadores conduz à responsabilidade *in solidum* daqueles, por se tratar de uma hipótese de *faute collective*. Assim, no caso decidido pelo Tribunal de Bordeaux a 13 de Outubro de 1936, no qual uma mulher tinha sido lesada por um tiro que veio da direcção de três caçadores situados atrás de uma cerca, o tribunal de apelação considerou que os caçadores cometeram uma *faute collective*, “ao criarem em condições de visibilidade evidentemente insuficientes uma zona de perigo que era comum”. A decisão acabou por ser cassada, mas a partir de 1957, e de acordo com o relato das civilistas que continuamos a acompanhar, o Supremo Tribunal protagonizou uma alteração da corrente jurisprudencial, tendo, na situação em que sete caçadores disparam ferindo um oitavo, considerado que a causa do dano foi a acção concertada de sete réus, ainda que não se conheça o verdadeiro autor do disparo mortal. Num terceiro caso citado por VINEY e JOURDAIN, uma criança tinha sido entregue à guarda de um grupo de caçadores e acaba por se ferir numa arma, colocando-se a hipótese de uma *faute* na vigilância cometida colectivamente por todos os caçadores. Mais referem as juristas que a orientação jurisprudencial não se alterou depois da lei de 11 de Julho de 1966, que estende a competência dos fundos de garantia automóvel aos acidentes de caça em que o autor da lesão é desconhecido.

Cf., ainda, das autoras p. 242, dando conta de que uma certa jurisprudência faria apelo a uma ideia de *garde collective* ou de *garde en commun*, lançando mão do artigo 1384º/1 CC, ao entender que “as balas disparadas pelos caçadores constituem um molho único de projecteis (*gerbe unique de projectiles*) relativamente aos quais os caçadores tinham a *garde collective*. Assim, Civ. 5 févr. 1960 e Civ. 2e. 15 déc. 1980. Nesta hipótese de solução, procura-se a analogia com as hipóteses de múltipla autoria. Mas ela acaba por ser aplicada, segundo testemunho das autoras, às situações em que só uma bala atingiu a vítima – cf. Civ. 11 févr. 1966 –, decaindo nas hipóteses em que um dos participantes dispõe de um controle efectivo sobre a coisa ou tão-só mesmo um poder preponderante.

Sobre o ponto, veja-se, também, D. MAYER, “La garde en commun”, *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 1974, p. 197 e ss.

inverso ao que percorre a defesa dos *evidentiary damages* e justifica que se olhe para alguns aspectos do direito que é.

Assim, pense-se no crime de participação em rixa, previsto no artigo 151º C. Penal^{2633 2634}. A tipificação do comportamento resultou historicamente da conjugação de dois elementos: “a constatação sociológica de que as rixas terminam, não raramente, em morte ou lesão corporal de algum dos seus intervenientes” e a “grande dificuldade de provar qual dos participantes na rixa foi o autor da morte ou lesão corporal grave”²⁶³⁵. Trata-se, portanto, do reconhecimento da relevância penal – decorrente da dignidade dos bens jurídicos tutelados e da necessidade de pena – de um comportamento que é tido por perigoso. Não se considerou, contudo, que o simples comportamento arriscado fosse suficiente para determinar a criminalização, tendo-se consagrado uma condição objectiva de punibilidade – a morte ou lesão grave da integridade física –, que faz deste um crime de perigo concreto e não de perigo abstracto²⁶³⁶. Ainda que não faça parte do tipo de ilícito, exige-se, de acordo com a doutrina penalista, que a morte ou a ofensa à integridade física sejam objectivamente imputáveis à conduta de algum ou alguns dos intervenientes da rixa.

Tendo em conta o ponto de partida da criminalização – a grande dificuldade em provar qual dos participantes na rixa foi o autor da morte ou lesão corporal grave – e a tipificação do comportamento, tem-se entendido que se deve olhar para o grupo e não para os seus membros em particular como o pólo de imputação objectiva de que se cura. Na verdade, apesar de se poder falar de um concurso aparente, a determinar a punição de acordo com o artigo 131º, quando se venha provar quem foi o autor da morte²⁶³⁷, a descoberta da real autoria da morte ou lesão da integridade física não exclui a responsabilidade dos outros participantes pelo facto de terem entrado na rixa.

Como se percebe, lidamos com uma norma estranha aos quadros civilísticos. E o simples dado impõe algumas cautelas. Desde logo, importa saber se a mobilizamos

²⁶³³ Sobre o ponto, cf. AMÉRICO TAIPA DE CARVALHO, “Artigo 151º Participação em rixa”, *Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial*, Tomo I, Coimbra Editora, Coimbra, 1999, p. 314 e ss.

²⁶³⁴ Sobre o ponto, cf., novamente, PETER GOTTWALD, *Schadenszurechnung und Schadensschätzung...* cit., p. 120.

²⁶³⁵ Cf. AMÉRICO TAIPA DE CARVALHO, “Artigo 151º Participação em rixa”,... cit., p. 314.

²⁶³⁶ Os aspectos dogmáticos aqui referidos não são, contudo, pacíficos. Não raro se ouvem vozes no sentido da afirmação da paz social como o bem jurídico tutelado. Assim sendo, o crime seria um crime de dano e não de perigo concreto, qualificação que pressupõe o reconhecimento da vida e da integridade física como os bens protegidos a este nível. Dando conta da divergência doutrinária, veja-se, novamente, no último estudo citado p. 317.

²⁶³⁷ Cf. AMÉRICO TAIPA DE CARVALHO, “Artigo 151º Participação em rixa”,... cit., p. 327. Note-se que este entendimento não é unânime. Para quem defenda que o bem jurídico protegido é a paz social, a solução para as hipóteses de concurso será diferente.

enquanto disposição legal de protecção de interesses alheios, pois, se assim for, ficaremos constrangidos pela conformação normativa que recebemos por via da inserção na segunda modalidade de ilicitude delitual, ou seja, só diante de uma rixa estaremos em condições de imputar – sem necessidade de prova da autoria da morte ou lesão da integridade física – o dano a cada um dos participantes, responsabilizando-os solidariamente.

Simplesmente, parece-nos que dois argumentos depõem em sentido diverso. Em primeiro lugar, importa não esquecer que em causa está a tutela de bens jurídicos que, no âmbito do direito civil, são elevados à categoria de direitos subjectivos absolutos. Quer isto dizer que estamos diante de um segmento em que – uma vez constatada a violação de tais direitos – pode ser procurada a responsabilização do pretense lesante quer por via da segunda modalidade de ilicitude, quer por via da primeira modalidade dela. Isto é, e de uma forma mais directa, o papel que a disposição legal de protecção de interesses alheios pode aqui ter não é o de alargamento do leque de interesses tutelados, mas o de facilitação, pela definição prévia de uma esfera de responsabilidade, da imputação. Só que, ao ser assim, e entrando na análise do segundo argumento anunciado, e porque não estamos limitados pela necessidade de cumprimento de um princípio como o princípio da legalidade criminal, justificar-se-á o recurso à norma em casos em que os momentos da analogia problemática e judicativa se cumpram. Se três ou quatro pessoas se reúnem para, brincando, atirarem em simultâneo várias pedras enquanto os automóveis circulam na estrada, não estamos diante de uma rixa e, não obstante, a analogia com a intencionalidade problemática da norma é perfeita.

Dado este passo, há que reconhecer que a imputação da lesão é feita ao grupo, o que requer uma configuração própria deste, a fazer apelo à sua estabilidade e consistência²⁶³⁸. De algum modo, aproximar-nos-íamos da lição francesa de ABERKANE, autor que elege como fundamento da responsabilidade *in solidum* dos membros

²⁶³⁸ No âmbito do ordenamento jurídico espanhol, cf. LUIS DIÉZ-PICAZO, *Derecho de daños*, Civitas, Madrid, 1999, p. 167, considerando que a responsabilidade solidária (prevista, por exemplo no quadro da lei da caça de 4 de Abril de 1970, artigo 33.5) requer a existência de um grupo, ou pelo menos uma certa unidade de actuação ou uma unidade temporal e espacial entre as intervenções dos lesantes. Veja-se, igualmente, o caso decidido pelo Tribunal Supremo em 22 de Junho de 2000, *in Digest...* cit., p. 375, com comentário de J. RIBOT e A. RUDA: em causa estava a eventual responsabilidade de três enfermeiros em face da morte de uma criança por causa de uma gangrena que se desenvolveu depois de ter recebido três injeções, em três dias consecutivos, ministradas por aqueles diferentes profissionais de saúde. O primeiro e o terceiro enfermeiro usaram seringas desinfectadas em água a ferver. Considerou o tribunal que os três não configuravam um grupo, pelo que não era possível indemnizar os pais da criança sem determinar qual deles tinha sido o efectivo causante da lesão do direito à vida. Segundo os autores, algumas sentenças exigem que o facto seja singular, falando de “convergência ou incidência causal única”.

indeterminados de um grupo determinado de pessoas ao qual pudesse ser imputado um dano a existência de uma quase personalidade moral do grupo²⁶³⁹. A proximidade denotada permitiria, por seu turno, a chamada à liça do artigo 490º CC. Não haveria uma concertação de acções, de modo a que se pudesse falar de co-autoria, mas uma combinação de condutas que permitiria recortar um círculo de perigo ao qual se pudesse imputar a lesão^{2640 2641 2642}. Nessa medida, justificar-se-ia a responsabilização solidária de todos os participantes no evento lesivo²⁶⁴³.

²⁶³⁹ Cf., novamente, ABERKANE, “Du dommage causé par une personne indéterminée dans un groupe déterminé de personnes”... cit., p. 516 e ss.

²⁶⁴⁰ Note-se, aliás, que, independentemente do fundamento encontrado para a responsabilização dos vários sujeitos envolvidos no evento danoso, a invocação de uma *faute commune* tem sido o caminho seguido pela jurisprudência gaulesa. Nessa medida, avulta uma ideia de proximidade com uma ideia de co-autoria, a justificar a responsabilidade *in solidum* quando o dano é causado por um membro indeterminado no seio de um grupo determinado de pessoas. A grande diferença que se verifica entre os autores franceses é que, enquanto ABERKANE invoca a personalidade moral do grupo para alicerçar a solução, outros – como sabemos pelo acompanhamento de VINEY e JOURDAIN – falam de uma presunção de causalidade a onerar todos os membros do grupo.

A este propósito, cf., ainda, O. MORÉTEAU/C. PELLERIN-RUGLIANO, “Alternative causes outside of victim’s sphere. France”, *Digest...* cit., p. 364 e ss., em comentário ao caso decidido pela *Cour de Cassation* em 13 de Maio de 1975 e ao caso decidido em 2 de Abril de 1997. Embora a solução seja a mesma, verifica-se uma diferença quanto à fundamentação da decisão. No caso objecto de decisão em 1975, fala-se de uma *garde collective* (doutrina que é aplicada quando um ou mais objectivos estão envolvidos no acidente e são entregues ao cuidado de mais do que uma pessoa, sem que seja possível saber qual das coisas causou o dano, e que faz apelo à responsabilidade *du fait des choses* – artigo 1384º CC); já no caso objecto do acórdão em 1997, relativo à actuação de um gang de jovens contra outro, lançou-se mão da teoria da *action commune*.

²⁶⁴¹ A este propósito, cf. *Oberster Gerichtshof*, 3 de Maio de 1916, *in Digest...* cit., p. 360. O tribunal austríaco considerou que a causalidade estava estabelecida à luz do comportamento arriscado de ambos os caçadores. No fundo, considerou que o § 1302 ABGB era aplicado quando os sujeitos agissem de forma culposa juntos, isto é, o tribunal analisou a questão da *conditio sine qua non* olhando para a actuação dos dois caçadores como um acto conjunto (dispararam ao mesmo tempo e na mesma direcção). Mostrando que a solução não é viável, porque isso conduziria à responsabilidade solidária ainda que se provasse que um dos sujeitos não causou o dano (bastando que tivesse disparado naquelas circunstâncias), cf. KOCH, em comentário à decisão citada, p. 360.

²⁶⁴² Cf. I. DURANT, “Alternative causes outside the victim’s sphere”, *Digest...* cit., p. 369. Em apreço estava o caso em que quatro rapazes estavam a brincar, atirando pedras uns aos outros. O sítio onde estavam a brincar era normalmente usado por crianças pequenas. Uma pedra atingiu o olho de uma quinta criança, que não estava com as quatro primeiras. Não foi possível determinar qual, de entre estas, atirou a pedra. Todos (e os pais) foram considerados solidariamente responsáveis, porque se entendeu que “a causa essencial não foi o comportamento individual de cada criança, mas a participação de cada um no jogo perigoso. O comportamento ilícito não foi atirar pedras, mas participar no jogo perigoso”.

Cf., ainda, a decisão da *Corte de Cassazione* de 22 de Fevereiro de 2000 (*in Giurisprudenza italiana*, 2000, p 1791 e *in Digest...* cit., p. 371, com anotação de M. GRAZIEDEI e D. MIGLIASSO, p. 371): em causa estava o dano provocado por um cavalo num veículo automóvel. Juntamente com esse cavalo, existiam outros, cada um pertencendo a um proprietário diferente, pelo que não se conseguiu determinar a identidade do proprietário do cavalo que colidiu com o veículo, perguntando-se se todos podem ou não ser considerados responsáveis. Entendeu-se, então, que o artigo 2055º CC, que prevê a responsabilidade solidária, só poderia ser aplicado se o grupo de animais pudesse ser visto como uma entidade indistinta (de tal modo que a actuação de um animal é determinada pela co-habitação com os outros).

²⁶⁴³ No tocante ao putativo diferente impacto que os *Nebentäterschaft* podem ter relativamente aos *Mittäterschaft*, cf., de modo não coincidente com o explanado em texto, BÉNÉDICT WINIGER, “Auteurs multiples dans les projets nationaux...”... cit., p. 10, considerando, a propósito do risco de insolvabilidade de um dos lesantes (e da questão de saber se ele deve ser suportado pelo lesado ou pelos restantes autores), que, no caso de *Nebentäterschaft*, diferentes agentes actuam independentemente uns

Creemos, contudo, que se pode (e deve) ir mais além, não nos limitando pela existência de um grupo estável e consistente de putativos lesantes. Na verdade, se o que releva é a existência de um círculo de perigosidade que viabiliza a imputação, então – e assumindo o ponto de vista imputacional de onde partimos – podemos olhar isoladamente para cada uma das esferas de risco encabeçadas pelos pretensos lesantes, até porque, sabendo que, para salvaguarda do desenho comutativo da responsabilidade delitual, os pretensos lesantes podem excluir a sua responsabilidade através da prova da real autoria, cai por terra a ideia de que a imputação se dirige ao grupo e não a cada um dos seus membros. A duplicidade de vínculos requerida pelo regime da solidariedade ao nível da responsabilidade civil seria preenchida pela presença de mais do que uma esfera de responsabilidade – edificada de acordo com os critérios atrás plasmados – e pela possibilidade – suficiente do prisma em que nos posicionamos – de recondução da lesão a cada uma das esferas delineadas.

A grande dificuldade neste salto argumentativo passa pelo facto de, em termos de determinação da causa, segundo a posição anteriormente referida, se conseguir afirmar que o grupo foi autor do dano, não sendo idêntica asserção – do ponto de vista empírico – correcta por referência a cada um dos seus membros. Simplesmente, não há uma diferença significativa entre uma esfera de risco colectiva e uma esfera de risco pessoalizada, excepto se o fundamento que recortarmos para a solução cogitada se situar no plano processual e atender à dificuldade de prova que decorre do facto de mais do que um sujeito intervir no evento conducente ao dano²⁶⁴⁴. É que, bem vistas as coisas, e se nos detivermos momentaneamente nas hipóteses de causalidade cumulativa não necessária, relativamente às quais a doutrina pátria não se mostra hesitante na aplicação do regime da solidariedade entre todos os obrigados, teremos de concluir que também aí nenhum dos lesantes pode ser verdadeiramente tido por autor do dano. E mesmo nas

dos outros, pelo que a solidariedade só pode ser entendida como uma solução valiosa em certos casos. Assim, se A e B poluem um rio, com sucessivas descargas tóxicas, e se só A é solvente, se a poluição causada é suficiente para causar todos os danos, é justo que pague. Já se A e B causam cada um metade do dano, não parece justo impor a solidariedade. Não só não haveria razão nenhuma para colocar a vítima numa melhor situação do que aquela em que estaria se o dano tivesse sido causado só por uma pessoa, como estar-se-ia a impor uma forma estranha de responsabilidade por actos de terceiros. Já no que concerne aos *Mittäterschaft*, havendo um projecto comum, a ponderação é completamente diferente.

Creemos que não colhe a argumentação. Na verdade, embora a análise do problema da óptica do risco de insolvabilidade de um dos lesantes possa merecer a nossa atenção, a verdade é que a solidariedade se impõe por razões diversas que a mera defesa da posição do lesado, donde não serão as considerações expendidas a determinar a improcedência da analogia entre as situações.

²⁶⁴⁴ E excepto naqueles casos em que só a combinação de condutas permite falar de uma certa elevação do risco que faz actualizar a esfera de responsabilidade titulada por cada um. Não estaríamos, contudo, aí diante de uma situação de causalidade alternativa, mas de causalidade aditiva, cujos contornos, sendo diversos, não deixam de ser igualmente problemáticos. Sobre o ponto, veja-se o que ficou dito *supra*.

situações de co-autoria podemos ser confrontados com uma responsabilidade que abrange todo o dano, sem que tal abrangência corresponda, no plano dos factos, a uma integral causação do dano por cada um dos agentes lesivos.

Ou seja, pode não haver no ordenamento jurídico positivo português uma norma que disponha directamente acerca da questão da causalidade alternativa, mas a interpretação sistemática e teleológica do sistema delitual suporta perfeitamente a solução por nós avançada.

O nosso percurso não dista significativamente daquele que, com mestria, BYDLINSKI calcorreou no ordenamento jurídico austríaco. Constantando que só uma mutação no modo como se perspectiva a condicionalidade *sine qua non* poderia levar o jurista a afirmar que ela se cumpre no quadro da causalidade cumulativa não necessária (ou seja, sempre que existem duas ou mais causas, sendo que qualquer uma delas teria sido suficiente para produzir a lesão) e depondo no sentido contrário àquele que nos polariza no grupo para edificar a dita condicionalidade (basta, para tanto, pensar que uma vez descoberto o real autor da violação do direito se exclui a responsabilidade dos restantes membros), o jurista conclui que, se ela falha a esse nível, também se pode dela prescindir no âmbito da causalidade alternativa, tanto mais que, ainda que se prove que duas ou mais pessoas causaram conjuntamente o dano, restam sempre dúvidas acerca da real contribuição de cada uma delas para o surgimento daquele²⁶⁴⁵. Dado este passo, torna-se plausível também sustentar a operacionalidade do regime da solidariedade quando a concorrência causal se joga entre um comportamento ilícito e culposos (atribuível ao pretense lesante) e um facto natural ou outro qualquer evento que se situe na esfera de responsabilidade do lesado.

Importa, aqui chegados, tecer alguns esclarecimentos adicionais. Assim, há que sublinhar que, se a acção conjunta ou concertada não deve ser vista como a *ratio* da responsabilização solidária de vários sujeitos participantes no evento lesivo, isso não significa que, em determinadas situações, não se tenha de olhar para a concertação de comportamentos para se poderem desenhar os contornos externos de uma esfera de risco. É o que acontece em todas as hipóteses de causalidade aditiva, a que já nos referimos anteriormente. Por outro lado, se muitos autores falam de uma presunção de causalidade a este propósito, é bom não esquecer que, em coerência com tudo o que já dissemos, ela não pode ser encarada de um ponto de vista probabilístico e empírico,

²⁶⁴⁵ Cf., novamente, BACKHAUS, “Einige Überlegungen zum Verhältnis Kumulativer und hypothetischer Kausalität”,... cit., p. 210 e ss.

devendo antes ser perspectivada à luz da axiologia fundamentante da responsabilidade civil que predica toda a imputação.

O que justifica verdadeiramente a solidariedade – voltamos a frisar – é o facto de cada sujeito assumir um risco que abarca todo o dano evento. O nexó que se erige, não sendo causal, afigura-se absoluto, nessa medida determinando que a responsabilidade não seja repartida entre os sujeitos, excepto no âmbito das relações internas, por via do exercício do direito de regresso²⁶⁴⁶. Ora, se assim é, também se justifica a imposição de uma obrigação ressarcitória quando o evento concorrente é um comportamento do lesado ou outro evento que se situe na esfera de risco titulada pelo próprio²⁶⁴⁷.

²⁶⁴⁶ A este propósito, embora num quadro de referência diferente do nosso, cf. CHANTEPIE, « Responsabilité civile. Recours entre coauteurs dans le contentieux des contaminations post-transfusionnelles, note sous Cass. 2^e civ., 20 oct. 2005 », *Recueil Dalloz*, 182^e année, 16 février 2006, n^o7, 7236, p. 492 a 496

²⁶⁴⁷ GIESEN, *International Medical Malpractice Law...* cit., p. 40 e ss., considerando que, em regra, o médico só responde pelos seus próprios actos, havendo, contudo, o risco de ser responsabilizado pelos actos daqueles que emprega no cumprimento das suas funções. Nessa medida, ele pode vir a ter de indemnizar um paciente pelos danos provocados pelo seu *staff*, desde o acto do recepcionista, aos actos dos enfermeiros. No caso de haver uma equipa médica, composta por especialistas, entre os quais se encontra o profissional de saúde demandado, ele não deverá responder pela negligência dos outros membros da equipa, excepto se for o responsável por todo o processo (por exemplo, chefe de equipa), isto é, se tiver o poder de controlo, de supervisão e de emanar directrizes e ordens. No fundo, o médico responderia por um dano que não causou, com base numa negligente escolha dos seus colaboradores ou com base num regime que entre nós seria inspirado no artigo 500^o CC, para deixar de lado a responsabilidade contratual.

Mais complexas, segundo o parecer do autor, são as situações em que o médico actua numa unidade hospitalar de que não é proprietário. É que, aí, ele serve-se de meios e pessoas que só estão vinculados ao hospital em si. É neste quadro que surgem problemas relativos a uma possível responsabilidade do cirurgião pelos actos e omissões do pessoal hospitalar que o assiste – cf. p. 43. Um dos critérios que têm sido forçados para determinar se o médico deve ou não ressarcir o paciente nestas hipóteses passa pela resposta à pergunta “quem tem o dever de controlar o pessoal médico?”. Assim, o médico não seria responsável pelos actos do *staff* hospitalar, excepto se estivessem sob a sua imediata supervisão. Outro dos critérios predispostos é o que fala de uma *presunção ilidível de que o pessoal hospitalar permanece empregado*, mesmo trabalhando sob a direcção de um médico privado, donde se exonera o médico pelos actos daquele *staff* hospitalar.

Em rigor, será importante e útil distinguir duas situações a este propósito, no quadro do nosso ordenamento jurídico. Ou pretendemos responsabilizar objectivamente o médico, nos termos do artigo 500^o CC, e impõe-se, para o fazer, a descoberta de uma relação de comissão entre ele e os restantes profissionais de saúde que consigo colaborem (razão pela qual se afirma, amiúde, que não poderá haver responsabilidade objectiva de um médico pelo acto de outro médico especialista noutra área, ainda que a sua actuação seja conjunta; v.g. o caso da não responsabilização do cirurgião chefe de equipa pelo acto negligente do anestesista); ou pretendemos responsabilizar subjectivamente o clínico e, ainda que não haja uma errada escolha dos seus colaboradores, haverá de se provar a culpa, para o que importa constatar a preterição de deveres de supervisão do restante pessoal cirúrgico. Nesta segunda hipótese (que, redundaria, afinal na existência de poderes de controle e supervisão, sendo, por isso, configurável a relação de comissão que nos permitiria lançar mão do primeiro regime mencionado), o dano a indemnizar integrar-se-ia na esfera de risco titulada pelo médico e actualizada pela omissão a que se alude. Em qualquer das situações, o nexó que se edifica entre o comportamento do profissional de saúde e o dano experimentado pelo doente faz apelo a um domínio de risco.

Então, se dois médicos são responsáveis pela supervisão de uma equipa cirúrgica, ambos são negligentes no cumprimento dos seus deveres profissionais, e, se verifica um dano, os dois são responsabilizados solidariamente pela lesão sofrida. Ora, nenhum dos dois gerou materialmente a violação da integridade física ou vida do paciente e não se sabe qual omissão foi directamente causa do dano: qualquer uma delas

Repare-se que a pluralidade causal – ou pelo menos condicional – é, no quadro de sociedades hipercomplexas como as nossas, a regra. Por isso, tornámos imperioso o cotejo de esferas de responsabilidade/risco²⁶⁴⁸. A simples edificação ou desenho de cada uma delas, ainda que acompanhada da recondução da lesão ao seu núcleo predicativo, não nos satisfaz, impondo-se a comparação com as restantes esferas de risco/responsabilidade que com aquela dialogam. Teoricamente, são então possíveis duas alternativas: a) uma das esferas a que se alude consome a outra; b) as duas coexistem e concorrem entre si. No primeiro caso, a responsabilidade impenderá sobre apenas um sujeito (ou vários, se a esfera em questão for colectivamente titulada); no segundo caso, a regra será a da solidariedade.

Simplesmente, hipóteses haverá em que a solidariedade deixa de fazer sentido. Já tivemos oportunidade de nos pronunciar sobre o dado, limitando-nos agora a chamá-lo à colação. Na verdade, se o evento concorrente se situar na esfera de responsabilidade/risco da vítima, então uma responsabilidade diminuída parece ser a resposta^{2649 2650}.

pode ser encarada como tal, porque a não preterição dos deveres que lhe incumbiam por um deles colmataria a falha do segundo. Se dois médicos actuam negligentemente, um ministrando uma dose de anestésico mais forte do que o paciente aguentaria, outro fornecendo um medicamento contra-indicado para quem sofria de uma certa patologia, vindo o paciente a morrer, também não se sabe qual das acções foi causa material do dano, mas pode estabelecer-se uma analogia com a situação omissiva. É que, em rigor, ambos, ao actuarem com culpa, actualizaram uma esfera de risco que encabeçavam, pelo que devem responder por todos os danos que nela se possam inserir, não sendo bastante a invocação de uma putativa causa alternativa. É que, mesmo não se podendo dizer que uma diferente acção compensaria a falha do outro médico, sempre se pode aventar que a conjugação dos dois químicos potenciou a lesão, que de outro modo não teria ocorrido. Neste campo, entramos no domínio da causalidade alternativa incerta, domínio onde, já o sabemos, as respostas da doutrina e da jurisprudência são ainda marcadas pela ambivalência. Cremos, contudo, que, ao mergulharmos neste particular ponto da responsabilidade médica, percebemos melhor a *ratio* da solução por nós proposta, na esteira dos insignes pensadores já citados. De resto, aqui chegados, desde que a dita solução seja ancorada não na dificuldade de prova, mas na abrangência de uma esfera de risco/responsabilidade que se edifica e/ou actualiza, estamos legitimados a propô-la para todas as situações em que a causalidade é incerta, não porque confluem para a produção do dano dois comportamentos humanos, mas porque um deles concorre com uma causa natural.

A propósito da multiplicidade causal no seio da responsabilidade médica, cf. na obra citada p. 202 e ss. GIENSEN distingue aí os casos de concorrência causal simultânea (duas ou mais causas concorrem simultaneamente para a produção do dano, sendo cada uma suficiente para o causar, devendo-se considerar ambos os intervenientes responsáveis) dos casos de concorrência causal sucessiva (aqui os eventos são sucessivos: o lesado é ferido por A e depois por B, de tal modo que a segunda lesão seria suficiente para causar o dano gerado pelo primeiro. Segundo o autor, A é responsável pelo dano inicial e B pelo dano adicional). Mais se refere às hipóteses de *intervening medical negligence* (p. 206), aquela que opera para produzir um dano depois de cometido o acto negligente do primeiro agente.

²⁶⁴⁸ Cf. cap. VIII.

²⁶⁴⁹ No fundo, como em confronto estão lesante e lesado, a repartição da responsabilidade subjacente à solidariedade opera no mesmo momento da determinação da indemnização devida, dando origem a essa responsabilidade repartida.

²⁶⁵⁰ Cf., novamente, e a este ensejo, o projecto austríaco de reforma da responsabilidade civil. Repare-se como a responsabilidade diminuída não parece ficar aí restringida às hipóteses em que o evento concorrente é um facto natural ou outro colocado na esfera de risco do lesado.

Tudo isto mostra que o nosso enfoque não é colocado na condicionalidade *sine qua non*, mas na questão imputacional. Recorde-se a este ensejo o caso decidido pelo *Bundesgerichtshof* em 7 de Novembro de 1978²⁶⁵¹ ²⁶⁵².

Sintetizando algumas das ideias expostas, podemos dizer que há várias perspectivas a partir das quais se procura encontrar uma solução para os problemas colocados ao nível da causalidade alternativa incerta.

Desde logo, encontramos posições que apresentam uma índole processual, entre as quais a que se vem a edificar em torno do conceito de *evidentiary damage*²⁶⁵³.

²⁶⁵¹ O caso já foi citado anteriormente e resume-se em poucas palavras: A atinge B numa estrada. B fica estendido ali durante algum tempo. C passa por ali e, não vendo B, atropela-o novamente. As lesões conduziram à morte de B, não sendo possível saber quando ocorreu a lesão fatal. Como referido, o Tribunal considerou que o § 830 I/2 BGB não é aplicável por ser possível estabelecer a causalidade relativamente à conduta de A. E segundo ZIMMERMANN e KLEINSCHMIDT, comentadores do aresto – cf. *Digest...* cit. p. 357 e ss. –, a morte teria de, em qualquer caso, ser imputada ao primeiro lesante que deixou a vítima sem auxílio. Ou seja, ainda que a jurisprudência alemã se centre no preenchimento dos requisitos de mobilização do 830 I/2 BGB e pareça olhar para o problema à luz da tentativa de determinação da causa do dano, cremos que o argumento dos autores não pode senão remeter-nos para um prisma imputacional, a fazer desviar-nos da mera condicionalidade. É que, de facto, e embora não tenhamos tido acesso a outros dados relativos ao caso *sub iudice*, não estando o corpo de B visível, parece que a omissão de A absorve a esfera de responsabilidade em torno do risco assumido por C pelo facto de conduzir um veículo automóvel.

²⁶⁵² Como se pode verificar, o nosso prisma é imputacional e alicerçado num determinado entendimento acerca da acção humana. Nessa medida vamos mais longe do que os autores que justificam a solução da solidariedade a este nível com apelo a uma presunção de causalidade. Vimos ser essa a perspectiva quer de parte da doutrina francesa, quer de parte da doutrina de influência germânica.

Se assim fosse, seria possível, com base num cálculo de probabilidades, fazer recair a presunção sobre apenas um dos participantes no evento lesivo. Veja-se a este propósito a decisão do Tribunal dinamarquês de 22 de Outubro de 1982 (*Højesteretsdom*, 22 Outubro 1982, *in Digest...* cit., p. 380): um edifício explodiu por causa do gás que estava na base do edifício em construção e doze trabalhadores morreram. O gás era proveniente quer do sistema interno instalado pelo construtor X, quer do sistema externo, instalado pelo construtor Y. Foi demandado X e o Tribunal entendeu que, embora não fosse possível excluir a possibilidade de a explosão ter origem no sistema externo, era mais provável que o gás tivesse tido a sua origem no sistema interno. X foi o único a ser responsabilizado.

Cremos que a distância que separa esta posição jurisprudencial do que ficou inscrito por nós em texto é clara. Na verdade, se coincidimos na possibilidade de – não obstante a edificação de duas esferas de risco/responsabilidade – se afastar a responsabilidade de um dos intervenientes no evento lesivo, enquanto nós fundamos a solução num juízo valorativo de cotejo daquelas esferas que, fazendo apelo a critérios ético-axiologicamente densificados, nos permite concluir se houve ou não consumpção de uma pela outra, a posição plasmada pelo tribunal dinamarquês aponta para uma solução assente exclusivamente numa análise empírica e probabilística do que aconteceu.

²⁶⁵³ Veja-se, a este propósito, uma vez mais ARIAL PORAT/ALEX STEIN, *Tort liability under uncertainty...* cit., p. 160 e ss.; ID., “Indeterminate causation and apportionment of damage: ...”, ... cit., p. 667-702; ID., “Liability for uncertainty: Making evidential damage actionable”, ... cit., p. 1891 e ss.

Cf., *supra*, o acompanhamento que se fez do pensamento dos autores. Vimos aí que o *evidential damage* pode ser o resultado do mesmo acto ilícito que causou ou pode ter causado o dano directo; ou pode ser produto de um distinto acto ilícito, que pode, inclusivamente, não ser concomitante – cf., uma vez mais, *Tort Liability...* cit., p. 163-164: um carro é conduzido pelo lesado; uma carrinha aproxima-se na direcção oposta. Soltando-se um pneu, que vai embater no primeiro veículo, este fica profundamente danificado, tendo de ser arranjado numa garagem especializada para o efeito. Os mecânicos deitam, então, fora algumas peças que eram essenciais à produção da prova em juízo, causando deste modo um *evidentiary damage*, que é igual, em magnitude, ao dano físico do lesado (cf. p. 165).

Cf., também, A. GEISTFELD, “The doctrinal unity of alternative liability and market-share liability”, ... cit., p. 498 e ss.

Segundo ela, o lesante seria responsável pela indeterminação factual do caso, sendo-lhe imputável tal incerteza, pelo que, verdadeiramente, o dano a ressarcir seria aquele e não o que resultasse da lesão experimentada. A doutrina seria, na óptica dos seus arautos, defensável quer do ponto de vista da prevenção, uma vez que aumentariam os incentivos para que se diminuísse o dano directo, quer do ponto de vista da justiça comutativa, já que os danos probatórios violam a autonomia da vítima, restringindo o direito de demandar judicialmente o autor de um acto ilícito e danoso. O seu âmbito de aplicação seria, contudo, mais vasto do que o âmbito de relevância dos casos que têm subjacentes a si hipóteses de causalidade alternativa incerta e a sua intencionalidade mostrar-se-ia dissonante dos quadros de referência do nosso ordenamento jurídico, não podendo ser tal proposta acolhida. Na verdade, não só ficaríamos sem suporte normativo para o fazer, dado que o artigo 344º/2 CC não autoriza uma interpretação tão ampla que legitime o ressarcimento dos *evidentiary damages*, como no plano dos fundamentos falharia o sustentáculo alicerçador. É que uma coisa é procurar escorar uma solução facilitadora da correspondência entre o dever ser e o ser na assunção de uma esfera de responsabilidade que convoca o conceito de Pessoa, outra diversa é assentar o nosso juízo numa ideia meramente adjectiva, embora colorida com preocupações atinentes ao justo²⁶⁵⁴. Acresce que a indemnização arbitrada seria sempre proporcional e assentaria em dados probabilísticos, o que pode não corresponder à solução materialmente adequada, deixando por ressarcir danos que deveriam ser compensados.

Em segundo lugar, é possível descortinar-se uma posição que apresenta uma índole dogmática-conceptual e se constrói com base numa ideia próxima à de uma personalidade colectiva de facto. Podendo um dano resultar do comportamento de um ou outro sujeito, haveria de indagar-se se é ou não possível falar de um grupo determinado no seio do qual aquele avultaria. A indeterminação diria, portanto, unicamente respeito aos sujeitos e não ao meio onde eles actuaram e a construção dogmática implicaria um prolongamento da ideia de personalidade moral, na medida em que teria sido constituída uma realidade sociológica que não se pode negar, pelo que não seria aplicada a figura quando o grupo em questão surgisse fortuitamente, não tendo

Considerando que a doutrina do *evidentiary damage* não pode ser transposta para o nosso ordenamento jurídico por constituir uma “extensão dificilmente justificável da responsabilidade”, dado não ser possível aplicar a estas situações o artigo 344º/2 CC, cf. PATRÍCIA HELENA LEAL CORDEIRO DA COSTA, *O dano da perda de chance...* cit., p. 99.

²⁶⁵⁴ De facto, importa não esquecer que os autores argumentam no sentido da bondade da solução que propõem com base na necessidade de se cumprir um ideal de justiça comutativa e correctiva.

o mínimo de estabilidade e coerência interna²⁶⁵⁵. Verdadeiramente, não se enfrenta aqui a questão da causalidade, que é contornada. Além disso, ficaríamos restringidos, na mobilização prática do critério, aos casos em que existe uma comprovada estabilidade e coerência interna. É também evidente um apego a uma concepção tradicional do problema da imputação, que não podemos deixar de pôr em dúvida.

A solução não andaria, contudo, longe de uma certa hermenêutica do § 830 BGB, preceito que, no ordenamento jurídico alemão, vem dar resposta aos casos de causalidade alternativa incerta. Trata-se, não obstante, em todas essas interpretações da afirmação de uma posição de índole dogmático-normativa, pela directa assimilação que

²⁶⁵⁵ Cf., novamente, HASSEN ABERKANE, “Du dommage causé par une personne indéterminée dans un groupe déterminé de personnes”... cit., p. 516 e ss.

Rememorem-se, também, as palavras de GENEVIÈVE VINEY/PATRICE JOURDAIN, *Traité. Les conditions...* cit., p. 236 e ss.). O problema surge, consoante esclarecem, quando não é possível identificar o autor do dano, mas se pode provar que ele necessariamente provém de certas pessoas que fazem parte de um grupo. Para justificar a responsabilidade colectiva das pessoas que podem ter estado na origem do dano cujo autor não é identificado, faz-se apelo à ideia de que o facto foi realizado em comum – apelo a uma *faute collective* ou a uma *faute connexe*; outras vezes fala-se de um *fait non fautif* que engendra a responsabilidade com fundamento no artigo 1384º/1 CC. Segundo o testemunho das autoras, “os tribunais tendem a justificar a assimilação entre a situação dos autores possíveis de um dano anónimo e aquela dos co-autores responsáveis *in solidum* pela ideia de *faute collective/faute connexe* ou pela noção de *garde collective* ou de *garde en commum*. Mas isto não é suficiente como argumento. Recorre-se a uma ficção, esquecendo que persiste a incerteza quanto ao nexa causal”. Por isso, adiantam ser necessário prescrutar outros fundamentos alicerçadores da solução: recurso a uma ideia de personalidade de facto, ou justificação processual da solução com a ideia de obstaculização da prova (assim no caso de escola dos caçadores em que a vítima, pela actuação simultânea dos lesantes, se veria impossibilitada de cumprir em juízo o seu encargo). Na sua proposta doutrinal, falam, contudo, da admissão de uma presunção de causalidade – cf. p. 246 – e estabelecem limites para a tendência jurisprudencial: é necessário que a identificação do autor do dano seja efectivamente impossível, já que a solução da *obrigação in solidum* deve ser vista como um recurso subsidiário, que deixa de fazer sentido quando se obtenha a prova efectiva da causalidade. Assim, se um dos membros provar a sua não participação, ele deve ser liberado da responsabilidade; se um dos membros conseguir provar qual dos outros foi o autor do dano, todos os outros são exonerados.

Relembre-se também que, para ABERKANE, a questão fulcral passa a ser “quando é que um grupo é suficientemente coerente para restringir a individualidade dos seus membros e aceder à cena jurídica?”. Não acedendo ao estatuto de pessoas morais, os grupos a que o autor se refere devem levar ínsitas as ideias de concertação e de intencionalidade, relegando-se os restantes para o domínio dos grupos fortuitos (cf. p. 541). A distinção, com base num critério de quase personificação, assume-se relevantíssima, importando soluções diferentes, explicáveis também do ponto de vista material. Assim, se nos casos de concertação de grupo, todos os seus elementos se conhecem, sendo justo fazê-los responder solidariamente, o mesmo não se poderá sustentar por referência aos grupos fortuitos. Veja-se, ainda, no quadro traçado pelo autor, a importância que tem levar em consideração a gravidade do comportamento de cada um dos membros do grupo. É que, se o critério da intencionalidade conduz à assunção da actuação do grupo como um único pólo de recondução do dano, resolvendo algumas das aporias a que, pelo adopção de um critério estritamente causal, os juristas se viam condenados, entende ABERKANE que o facto de a *faute* individual assumir gravidade qualificada, ao ponto de se poder qualificar como imprevista pelos outros membros do grupo, pode levar à interrupção do nexa de causalidade (cf. p. 545). Saliente-se, *in fine*, a não coincidência entre o pensamento do autor e as soluções que, com base jurisprudencial ou doutrinal, fazem apelo a uma ideia de condutas concertadas e intencionais. É que, enquanto para aquelas o cerne do problema continua a situar-se no nexa causal, forjando-se uma causalidade colectiva, do ponto de vista de ABERKANE, é o grupo o centro de imputação (cf. p. 550). No fundo, o jurista procura resolver os problemas pensando numa quase personalidade jurídica e estabelecendo o paralelo com as pessoas morais (cf. p. 552).

se opera entre o problema concreto que a mobiliza e uma norma do sistema. Para lá das clivagens entre os autores, a maioria aponta no sentido de se exigir que todos os elementos do *Tatbestand* delitual estejam preenchidos em relação a cada um dos pretensos lesantes, pelo que a incerteza residiria, apenas, na eficácia causal dos comportamentos²⁶⁵⁶. A grande diferença passaria pela conformação do grupo, que agora poderia ser fortuito, excluindo-se, contudo e também, a possibilidade de se defender uma solução análoga quando uma das causas alternativas não fosse uma conduta humana e ilícita. Em termos doutrinários, a construção mostrar-se-ia, igualmente, díspar, pois se, aqui, hermeneuticamente se procura aceder aos casos passíveis de assimilação pela intencionalidade da norma que dispõe como solução a solidariedade obrigacional entre todos os participantes, ali, haveria que prescrutar a própria intencionalidade da obrigação *in solidum*, para sermos fiéis à terminologia dos ordenamentos onde se lança mão da ideia de *faute collective* ou de responsabilidade dos membros indeterminados que actuam no seio de um grupo determinado.

Mas as diferenças não devem ser sobrevalorizadas. Na verdade, se, na Alemanha, o que estava em causa era a interpretação da noção de participante para efeitos do citado artigo, as preocupações com a extensão arbitrária de uma norma que é excepcional determinariam que se estabelecesse uma forma de equiparação entre o *Mittätern* e o *Teilnehmer*: exigia-se uma relação subjectiva entre os dois sujeitos e o *ihre gemeinsame* seria o fundamento da solidariedade²⁶⁵⁷.

A interpretação do § 830 I/2 BGB estaria, não obstante, longe de colher unanimidade. Mesmo quando nem todos os participantes são responsáveis, isto é, para além dos casos em que apenas há desconhecimento da legitimidade passiva, pode entender-se que o preceito assimila o âmbito de relevância do caso e que se aplica quando ao comportamento humano se liga, como possível causa do dano, o acaso (*Zufall*), ou seja, um facto natural, ou o próprio comportamento do lesado²⁶⁵⁸.

²⁶⁵⁶ Novamente, cf., *inter alia*, LARENZ/CANARIS, *Lehrbuch...* cit. I, p. 566 e ss.; BETTINA WEIBER, “Gibt es eine fahrlässige Mittäterschaft?”, ... cit., p. 230 e ss.; THEO BODEWIG, “Probleme alternativer Kausalität bei Massenschäden”, ...cit.; GERNHUBER, “Haftung bei alternativer Kausalität”, ... cit., p. 151; HERMANN LANGE/GOTTFRIED SCHIEMANN, *Handbuch des Schuldrechts...* cit., p. 157; GERT BRÜGGEMEIER, *Haftungsrecht...*cit., p. 189.

Relembre-se, contudo, que alguns autores entendem que apenas se tem de verificar a culpa do comportamento do participante (LARENZ, CANARIS), enquanto outros sustentam que também a ilicitude se há-de verificar (TRAEGER). Sistematizando o ponto, *vide*, uma vez mais, JOACHIM GERNHUBER, “Haftung bei alternativer Kausalität”, ...cit., p. 148 e ss.

²⁶⁵⁷ THEO BODEWIG, “Probleme alternativer Kausalität...”, ... cit., p. 512

²⁶⁵⁸ LARENZ/CANARIS, *Lehrbuch...* cit., II/2, p. 574

Em causa estaria uma responsabilidade pela causalidade possível. Muitos viam-na como “um critério tão vago que sozinho não consegue legitimar a inversão do ónus da prova”, pelo que teria de ser “complementado através de uma suplementar relação entre o comportamento e o dano – tal complemento é estabelecido, pela lei, através da noção de participante/*Begriff der Beteiligung*”²⁶⁵⁹, pelo que se teria de olhar para uma *umentada forma de causalidade possível*. Ter-se-ia em conta o critério da alta probabilidade de ocorrência do dano ou, melhor, da concreta aptidão do comportamento para a produção daquele. Para tanto, e porque em geral não é possível asseverar quando é que ela existe, elaboram-se diversos critérios a partir de grupos de casos: nexos temporal e espacial entre o comportamento e o dano que se segue à potencial lesão; grau de perigo para os bens jurídicos – quanto mais elevado ele for, mais facilmente se pode depor a favor da referida aptidão; conformidade danosa da conduta – *Schadenskonformität der Handlungen*²⁶⁶⁰.

Outros viram na concreta aptidão do comportamento para gerar o dano uma porta aberta para se questionar em que medida § 830 I/2 BGB se poderia aplicar quando o concurso alternativo incerto ocorresse entre uma conduta humana e o acaso ou o comportamento do lesado. Particularmente importante a este ensejo revela-se o pensamento de BYDLINSKI²⁶⁶¹. A analogia com as situações de causalidade cumulativa determinaria a defesa desta posição, assente numa forma de causalidade potencial. A posição pode agora considerar-se de índole dogmático-sistemática, já que alicerçada numa analogia intrassistemática que convoca uma forma de sobredeterminação causal com a qual encontra semelhanças suficientes para lá das diferenças. Ainda que se prove que duas ou mais pessoas causaram conjuntamente o dano, restam sempre dúvidas acerca da real contribuição de cada uma delas para o surgimento daquele. Dado este passo, torna-se plausível também sustentar a operacionalidade do regime da solidariedade quando a concorrência causal se joga entre um comportamento ilícito e culposo (atribuível ao pretense lesante) e um facto natural ou outro qualquer evento que se situe na esfera de responsabilidade do lesado. A perspectiva que olhava para o problema do ponto de vista da “consciente acção conjunta de vários agentes” é substituída por outro prisma, a culminar na ideia de que recai sobre cada participante uma suspeita de causalidade. O défice probatório seria, então, compensado por uma

²⁶⁵⁹ LARENZ/CANARIS, *Lehrbuch...* cit., II/2, p. 574

²⁶⁶⁰ Novamente, LARENZ/CANARIS, *Lehrbuch...* cit., II/2, p. 575, que aqui acompanhamos de muito perto.

²⁶⁶¹ Cf., *supra*, com amplo desenvolvimento, o pensamento do autor na matéria.

maior exigência em termos de adequação e poderia redundar numa solução indemnizatória que atendesse à proporção da perigosidade do comportamento²⁶⁶².

Aceitando como boa a percepção das semelhanças com outras situações onde, em rigor, a prova da causalidade decai, a inexistência, entre nós, de uma norma como o § 830 I/2 BGB implica um esforço de fundamentação suplementar, que se cumpre na pressuposição metodologicamente fundada de uma esfera de responsabilidade erigida a montante, que se actualiza no momento da preterição dos deveres de conduta para com o nosso semelhante. A perspectiva por nós defendida, viabilizando a condenação solidária dos agentes na hipótese de causalidade alternativa incerta, comunga de uma índole sistemático-teleonomológica.

²⁶⁶² Cf., novamente, Cf. BYDLINSKI, “Mittäterschaft im Schadensrecht”,... cit., p. 412 e ss., falando de uma causalidade possível e da libertação do lesado da sempre dilemática prova do requisito responsabilizatório. Para uma análise dos critérios concretizadores dessa possível causalidade, veja-se, do autor, “Haftung bei alternativer Kausalität”, ... cit., p. 12 e ss. Cf., ainda, *Probleme der Schadensverursachung* ... cit., p. 77 e ss. e p. 87 (propondo a aplicação do preceito quando o concurso se verifica entre a conduta do pretenso lesante e um facto natural ou a conduta do lesado); “Aktuelle Streitfragen um die alternative Kausalität”, ... p. 30 e ss. [defendendo uma responsabilidade repartida e baseada em probabilidades].

Capítulo XI

O preenchimento da responsabilidade: breve excuro

56. Ordem de sequência

O que ficou dito, importando uma alteração no modo como vem sendo concebido o tópico da causalidade, suscita uma questão. Na verdade, de pouco serviria, prático-normativamente, o esforço dialógico encetado se, posteriormente, fossemos forçados a concluir que, quando mergulhados na questão do preenchimento da responsabilidade, isto é, da recondução dos danos subsequentes à lesão do direito subjectivo absoluto (se atidos à primeira modalidade de ilicitude, em consonância com a circunscrição temática que fixámos *ab initio*), seria imprescindível mobilizar os arrimos dogmáticos que, confluindo na *conditio sine qua non* ou na causalidade adequada, tínhamos antes rejeitado.

Urge, por isso, tentar perceber em que medida as conclusões anteriormente expendidas permitem, ou não, olhar de outro modo para o sempre dilemático tópico²⁶⁶³.

²⁶⁶³ Cf., a este propósito, GRARE, *Recherches sur la cohérence de la responsabilité délictuelle, L'influence des fondements de la responsabilité sur la réparation*, th. Dalloz, 2005

Desengane-se o leitor se crê que, de ora em diante, disponibilizaremos uma resposta apurada para todas as nervuras problemáticas que aqui podem encontrar raízes. Na verdade, longe de qualquer pretensão de exaustividade, procuraremos, apenas, analisar a repercussão do primeiro segmento dito causal neste segundo que, agora, perfunctoriamente contemplamos.

Para tanto, e porque nos continuamos a centrar na consideração da lesão do direito subjectivo enquanto modo de desvelação da ilicitude, importa tecer algumas considerações acerca da concreta modelação do conceito, já que só por essa via estaremos aptos entender o modo como se perspectiva o específico nicho problemático.

57. Revisitação do direito subjectivo

Poucas devem ser as matérias que, no âmbito do direito, em geral, e do direito civil, em particular, suscitam tamanha controvérsia por detrás de uma aparente e singela cristalização conceptual como o direito subjectivo e a sua definição, que aqui importa ter em conta, não num espírito enfeudado na conceptualização característica da Jurisprudência dos Conceitos, mas em nome da operacionalidade que o desenho dos contornos das figuras nos viabiliza.

Na verdade, não pensamos unicamente na disputa entre os adeptos da teoria da vontade ou da teoria do interesse, como também no próprio lastro ideológico que, estando subjacente a cada uma delas, e conduzindo-nos a outras querelas (v.g. a que resulta da resposta ao problema da relação entretecida entre o direito subjectivo e o direito objectivo), nos permitirá inteligir a verdadeira essência daquele para, a partir daí e fundadamente, tirarmos algumas conclusões tidas por pertinentes no que respeita à problemática do nexa de causalidade, considerado, agora, a propósito da delimitação do dano indemnizável.

O que de uma forma simples ficou dito não é, por certo, novo, embora sublinhe a materialidade, filosoficamente comprometida, que a figura encerra, a despeito da aparente neutralidade que, desde WINDSCHEID, parece resultar de uma abordagem tecnicista da categoria normativa.

Estamos, de facto, em crer que a divergência – nem sempre percebida (ou pelo menos nem sempre radicalmente assumida, no sentido de dela se extraírem as consequências tidas por congruentes tendo em conta a perspectiva dialógica-racionalizante de aproximação ao problema) – entre os autores pode ser explicada pela

adesão mais ou menos intuitiva (embora devidamente fundamentada em termos dogmáticos) de cada um a diferentes visões do próprio fundamento da juridicidade²⁶⁶⁴

2665

²⁶⁶⁴ O que singelamente ficou exposto pode ser comprovado com apelo ao pensamento de autores como ALF ROSS – cf. *Diritto e Giustizia*, Piccola Biblioteca Einaudi. 1965, (título original, *On Law and Justice*, Steven and Sons, Ltd., London, 1958).

O autor, integrando-se no realismo jurídico escandinavo, recusa qualquer fundamento transpositivo para o direito, fazendo dele (ou tentando fazer) uma ciência empírica.

Para uma análise das linhas orientadoras do realismo jurídico escandinavo, na sua matriz positivista, embora distanciada do positivismo jurídico tal-qualmente o conhecemos, cf. GIACOMO GAVAZZI, “Introduzione”, in ALF ROSS, *Diritto...* cit., p. ix a xviii, que aqui acompanharemos de muito perto. Explica-nos o autor que, fortemente influenciada pelo empirismo, a escola escandinava orientar-se-ia pela ideia de que não se pode conhecer algo que não seja observável, pelo que, ao nível jurídico, deve ser banida qualquer metafísica. Mas acrescenta que a nota realista é compaginada com o normativismo a que ROSS chega por influência de KELSEN.

Partindo do empirismo, ROSS defende que as proposições acerca do direito devem ser constatáveis em termos fácticos, pelo que, na indagação do que é o direito, devemos ter presente que o *Sollen* deve surgir relacionado com o *Sein*, não aparecendo como uma categoria autónoma e independente. Na verdade, para o autor a validade não existe enquanto tal, resumindo-se a uma experiência dos valores a que se acede empiricamente. Se só é possível conhecer os factos, a ciência jurídica deve reger-se pelo princípio da verificabilidade empírica, considerando-se que, se o juízo de validade do jurista for um juízo de valor, a sua actividade deixa de ser científica.

Transmutando a questão da existência de uma norma numa questão de facto e reinterpretando o problema da validade no sentido da eficácia, ROSS assume como referencial de validade o futuro comportamento do juiz. Dito de outro modo, e continuando a acompanhar a explicitação introdutória da obra do autor, uma norma é válida se for provável que um juiz a assumirá como critério futuro de resolução de uma controvérsia. A validade resume-se, então, a “sentir-se vinculado a”. Indagando o comportamento passado do decidente (perspectiva behaviorista) e interligando-o com um elemento psicológico, o jurista prevê o comportamento futuro daquele, dizendo-lhe, no fundo, como se deve comportar, pelo que as afirmações dos juristas consubstanciam directivas e não proposições verificáveis, resvalando, por isso, a sua actuação para o domínio da política do direito.

É neste quadro que deve ser entendido o direito subjectivo, tal como é explicitado pelo autor. Para ROSS (cf. *Diritto...* cit., p. 160), a norma jurídica cria deveres e traduz-se numa directiva ao juiz, segundo o esquema “se existe F, então a sentença terá de ser C”. Há, então, que conceptualizar essas normas e reportá-las a uma ordem sistemática, oferecendo uma exposição clara do direito positivo. O conceito de direito subjectivo surge neste quadro de redução racional do conteúdo da norma a uma ordem sistemática, colhendo-se o seu conteúdo numa realidade pré-científica.

A função dele é descrever o direito vigente na sua aplicação a situações concretas (p. 164), ou, e dando a palavra a ROSS, “é a forma de representar mais ou menos exactamente o conteúdo de uma norma jurídica, que conexas a uma pluralidade disjuntiva de *fattispécie* a uma pluralidade cumulativa de consequências jurídicas”.

Reduzido a um instrumento de uma técnica de apresentação, o direito subjectivo nada diz sobre a situação concreta a que vai ser aplicado, pelo que a tarefa do jurista quedar-se-á na indagação das situações típicas e atípicas de aplicabilidade do conceito (p. 165). Esvaziado no seu conteúdo das coordenadas envolventes da liberdade do homem, na medida em que só é útil se indicar um dado conteúdo jurídico e que a liberdade difere das vantagens que resultam da regulamentação jurídica (p. 166), o direito subjectivo indica a situação em que o ordenamento jurídico assegura a uma pessoa a liberdade e o poder de comportar-se, dentro de certos limites, como preferir, para protecção dos seus próprios interesses, o que não implica um individualismo extremo, nem contraria o carácter social de todo o direito (p. 167).

Explicitando o que porventura possa ter ficado implícito, ROSS nega que a essência do direito subjectivo repouse na liberdade, reduzindo-o, no pendor objectivista que caracteriza o seu pensamento, a uma técnica de sistematização da regulamentação positiva. E se não chega a aderir formalmente a uma das teorias negacionistas (a que posteriormente faremos referência), o empobrecimento a que votou a categoria normativa em apreço faz restar pouco desta (cf. p. 175 e ss.), aproximando-o em termos materialmente cunhados a resultados similares.

O que ficou dito parece servir o nosso propósito sustentador da asserção explanada em texto. Efectivamente, ainda que o autor, na sua fidelidade à linha do empirismo e positivismo, negue aquilo que

A centralidade que a noção de direito subjectivo ocupa na dogmática civilística arrasta para o espectro das nossas considerações as motivações iluministas e liberais que, imbuídas no individualismo reinante à época, justificam o aparecimento da mesma em termos históricos e implicam que ela não possa ficar imune à mutação do modo como o ser humano se passa a compreender, ao abandonar a des-solidariedade para abraçar a pessoalidade.

Tanto vale por dizer que, se para o *iter* argumentativo que queremos calcorrear, no imbricamento entre o direito polarizado no sujeito e a re(compreensão) dos pressupostos normativos de uma pretensão indemnizatória, é a primeiramente focada opção entre uma doutrina voluntarista e a teoria iheringiana que deve ser tida em conta, a lograda resposta a essa questão prejudicial, no sentido de prévia, só se alcançará ao perscrutar os sedimentos últimos do dilema a que somos conduzidos, impondo-se a abordagem histórica do fenómeno^{2666 2667}.

designa por concepção metafísica do direito subjectivo, e pugne, na procura de conformação da juridicidade pela facticidade empiricamente comprovável, pela objectividade da explicitação do conceito, torna-se inequívoca, ao acompanharmos o seu pensamento, a indissociabilidade dos dados colhidos por referência a uma concepção da juridicidade de que parte.

Não se pense, contudo, que a chamada à colação do pensamento de ALF ROSS é paradigmática e exemplar. Enganar-nos-íamos se assim crêssemos, pelo que urge sublinhar a natureza meramente exemplificativa do que aqui ficou comprovado. Na verdade, a simbiose entre os dois pólos dialogantes – modo de compreensão da subjectividade jurídica e olhar derramado sobre a juridicidade – é patente, ainda que em estado latente, em qualquer teoria que, positiva ou negativamente, tente captar a essência do direito subjectivo. Se, numa opção discursiva, optámos por salientar preliminarmente o posicionamento do autor realista escandinavo, tal deveu-se, exclusivamente, e contra o que sucederá com outros pensadores, à não interferência do mesmo na exposição subsequente, sem embargo de ulteriores referências pontuais.

Cf., no sentido de sublinhar o carácter não neutro do direito subjectivo, RUI SOARES PEREIRA, *Direito subjectivo ou tutela objectiva de interesses? Cavalos de Tróia ou Ornitorrinco Jurídicos*, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2003, p. 15.

²⁶⁶⁵ A este propósito, cf., ainda, RAFAEL HERNANDEZ MARÍN, “Derecho subjetivo: análisis lógico de un tema de doctrina general del derecho”, *Estudios de Filosofía del Derecho*, Facultad Derecho de la Universidad Complutense, 1983, vol. I, p. 485-520

²⁶⁶⁶ Cf. PINTO BRONZE, *Lições...* cit., p. 593 e ss. O autor afasta-se de uma perspectiva dogmático-conceitual, para compreender “as duas categorias em análise no âmbito da determinação do sentido fundamental do direito” (p.595), mostrando que a problemática por nós incidentalmente abraçada se liga insofismavelmente ao núcleo predicativo do modo- de-ser do direito.

Sobre o direito subjectivo, veja-se, ainda, CASTANHEIRA NEVES, *Curso de Introdução ao estudo do Direito*, Coimbra, 1971-1972, p. 359 e ss.

²⁶⁶⁷ Para uma abordagem historicamente comprometida dos direitos subjectivos, cf. HELMUT COING, *Europäisches Privatrecht*, Band I, *Alteres Gemeines Recht*, Beck, München, 1985, p. 172 e ss. Do autor, a propósito do direito subjectivo, veja-se, ainda, “Zum Geschichte des Begriffs subjektives Recht”, in COING, LAWSON, GRÖNFORS, *Subjektives Recht und der Rechtsschutz der Persönlichkeit*, Metzner, Frankfurt, 1959, p. 7-23.

Veja-se, também, numa ligação à problemática dos direitos de personalidade, enquanto categoria classificatória dos direitos subjectivos, DIOGO LEITE CAMPOS, “A génese dos direitos da pessoa”, *Nós, Estudos sobre o direito das pessoas*, Almedina, Coimbra, 2004, p. 13 e ss; “O direito e os direitos da personalidade”, *Nós...*cit., p. 109 e ss; “O Cidadão Absoluto e o Estado. O direito e a democracia”, *Nós...*cit., p. 135 e ss.

58. A emergência de um referencial de subjectivação e a gênese do direito subjectivo

O direito subjectivo “começou por não existir”^{2668 2669 2670}. E o que impressivamente nos comunica o paradoxo não resulta de nenhuma opção de princípio,

Cf., ainda, EISENMANN, “Une nouvelle conception du droit subjectif”, *Revue du droit public*, 1954, p. 769.

²⁶⁶⁸ A expressão, com todo o sentido comunicativo que encerra, foi colhida em PINTO BRONZE, *Lições...cit.*, p. 595, onde o autor explica que, a despeito de já ser conhecido o “(epi-)fenómeno da titularidade dos direitos”, durante a pré-modernidade, o que importava verdadeiramente, em obediência ao domínio da ordem objectiva, era a definição dos “estatutos em que os diversos actores sociais se inseriam”.

²⁶⁶⁹ Cf., igualmente, ANTÓNIO SANTOS JUSTO, *Direito privado romano, I, Parte Geral (Introdução. Relação Jurídica. Defesa dos direitos)*, 3ª edição, 2006, p. 20; MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português, I/I, ... cit.*, p. 311 e ss.; ALEJANDRO GUZMÁN BRITO, “Historia de la denominación del derecho-facultad como subjetivo”, *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos, Sección Historia del Pensamiento Jurídico*, XXV, Valparaíso, Chile, 2003, p. 407-443, aqui 407 e ss.; KOSCHEMBAHR-LYKOWSKY, “Quelques dispositions générales d’un projet de Code Civil polonais”, *Revue Trimestrelle de Droit Civil*, nº27, 1928, p. 569 e ss.; D’ORS, “Ius en sentido objetivo-subjetivo”, *Anuario de Historia del Derecho Español*, nº24, 1954, p. 635 e ss.

No período do direito romano, o que existia era uma ordem objectiva definidora da posição que nela cada um ocupava. Para tanto, conferia-se ao cidadão (e mais tarde aos *peregrini*), por referência a determinadas situações, a possibilidade de, junto de um magistrado, propor uma acção, por intermédio da qual seriam adoptadas medidas de salvaguarda do estatuto delineado.

A estrutura jurídica objectiva de que aqui sumariamente se dá conta estava em perfeita sintonia com a mundividência da altura. O homem da Antiguidade Clássica só se compreendia por referência ao cosmos, na imanência a uma ordem pré-constituída (cf. DIOGO LEITE CAMPOS, *Lições de Direitos de Personalidade*, 2ª edição, Coimbra, 1992 e “O cidadão-absoluto...”...cit., p. 139 e ss.). Trata-se, pois, de uma visão organicista da sociedade que perduraria durante toda a Idade Média, embora aí orientada segundo preocupações teológicas e animada pela ideia de um plano de salvação colectivo.

Cf., igualmente, MICHEL VILLEY, “Les origines de la notion de droit subjectif”, *Archives de Philosophie du Droit*, 1953-1954, p. 169 e ss.; ID., « Les institutes de Gaius et l’idée du droit subjectif », *Revue Historique du Droit Français et Étranger*, 1946, p. 201; ID., *Leçons d’histoire de la philosophie du droit*, Dalloz, 2002, p. 227 e ss., 167 e ss. Na sua análise, o autor não se concentra tanto nas questões terminológicas, mas na comparação entre os grandes sistemas de direito romano e os sistemas jurídicos modernos, pois que, por dificuldades de tradução, é inegável que ao nível do direito romano se falava de direitos, não sendo esse o centro nevrálgico da investigação (*Leçons... cit.*, p. 170). Mais se diga que o autor, independentemente das conclusões a que chega, inicia o seu périplo conexas o direito subjectivo com uma mundividência individualista, onde a preocupação cimeira é a determinação daquilo a que cada um tem direito. E, nessa medida, rememora-se o velho aforismo latino, definidor da justiça, *suum cuique tribuere* – ULPIANUS D. 1,1,10,1 (cf. SEBASTIÃO CRUZ, *Direito Romano*, Coimbra, 1984, p. 12 e ss., nota 5). Simplesmente, como o autor explicita, a compreensão do mundo jurídico era toda ela objectiva: “le mot jus (...) semble designer la condition, le statut d’un type de personne: esclave, affranchi, homme libre, père, fils ou fille de famille” (p. 174).

Referindo-se às influências filosóficas que permitem compreender essa imersão no cosmos, cf. MICHEL VILLEY, *Leçons... cit.*, p. 234.

ALEJANDRO GUZMÁN BRITO (cf. “Historia de la denominación...”, ... cit., p. 408) sublinha que, durante o período romano, se falava de poderes e facultade, inexistindo, no entanto, a identificação entre eles e a palavra direito.

²⁶⁷⁰ Cf. VITTORIO FROSINI, “Diritto soggettivo”, *Novissimo Digesto Italiano*, V, 1957, p. 1047 a 1050 (aqui 1048, *in fine*). O autor salienta que, durante o período do direito romano, a ligação entre o *ius* e a *actio* indicia uma espécie de epopeia do espírito prático empenhado na luta pelo direito, enquanto direito do sujeito. Mas adverte que a elaboração conceptual do direito subjectivo é obra da reflexão jusnaturalista, ao preparar a fundação política do moderno estado de direito.

mas da ausência de um pólo auto-referencial que potenciase – ou sequer permitisse a problematização – (d) a subjectivação jurídica. Inexistindo a condição mínima de emergência dos direitos subjectivos, estes foram, durante todo o período pré-moderno, um não problema²⁶⁷¹.

Cf., também, do autor “Las transformaciones del derecho subjectivo”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, 1967-68, p. 267 e ss.

²⁶⁷¹ Várias são as vozes que filiam o surgimento dos direitos de personalidade no pensamento de GUILHERME DE OCCAM – cf. ANNABEL S. BRETT, *Liberty, right and nature. Individual rights in later Scholastic Thought*, Cambridge University Press, 1997, p. 49 (“O século XIV está associado ao nascimento dos direitos subjectivos em virtude do trabalho e influência de GUILHERME DE OCCAM e a sua filosofia nominalista”). Trata-se de uma posição controversa, como, aliás, ali se dá conta. Se a paternidade de OCCAM, em virtude da sua definição de direito como um poder do indivíduo, foi sustentada por VILLEY e LAGARDE (cf. ANNABEL S. BRETT, *Liberty...cit.*, p. 50 e MICHEL VILLEY, “La genèse du droit subjectif chez Guillaume d’Occam”, *Seize Essais de Philosophie du Droit*, Dalloz, Paris, 1969, p. 140 e ss.), outros contestam o uso inovador que o autor pretensamente terá feito da expressão. O que BRETT propõe é a demonstração da originalidade da invocação do direito, sobretudo no cotejo com o significado que o mesmo adquiriria na literatura franciscana, para considerar que ela residiria na configuração do *right* como “um potencial subjectivo da acção humana”.

Dando conta da controvérsia, cf., ainda, ALEJANDRO GUZMÁN BRITO, “Historia de la denominación...”, ... cit., p. 410 e 411. [Veja-se, ainda, para um acompanhamento do pensamento dos canonistas e da escolástica acerca do direito subjectivo, o que o autor diz nas páginas 412 a 415].

Na base da construção de OCCAM esteve, por certo, a polémica que opôs o Papa João XXII aos franciscanos. A propósito da questão da propriedade e da pobreza invocada pelos segundos, equacionou-se a relação entre o uso e o domínio, para se considerar que o primeiro não pode ser separado do segundo, pelo que os franciscanos teriam pelo menos o domínio dos bens de que necessitavam para sobreviver (ANNABEL S. BRETT, *Liberty...cit.*, p. 51 a 54). OCCAM vem, então, introduzir dados importantes no debate. Abandonando a conformação do direito como aquilo que cabe a cada um, o autor vem identificá-lo com o poder que integra o seu conteúdo, dando início a uma verdadeira teoria do agir humano. O *usus facti* (acto do mundo exterior, próprio das forças da natureza) e o *licitus usus facti* (acto básico em conformidade com a recta razão) deixam de se confundir com o direito que, numa referência clara à filosofia aristotélica, passa a coincidir com a potência e não com o acto. Dito de outro modo, o direito passa a ser visto como um poder, no sentido de potencial para a acção, diferenciando-se o *ius utendi* de um direito natural (aquele que os franciscanos teriam para usar os bens em caso de extrema necessidade que não se confundiria com a licença para usar, a invocar em todas as outras ocasiões não extremas) – cf., novamente, ANNABEL S. BRETT, *Liberty...cit.*, p. 62 e ss., que aqui acompanhámos de perto. Para uma análise da polémica entre o papado e a ordem franciscana, veja-se, igualmente, JOÃO GOMES DE ALMEIDA, *Apontamentos sobre o princípio do mínimo dano*, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2003, p. 5 e ss.

Percebe-se, deste modo, que, estando ainda longe da autonomização político-filosófica e dogmática do direito subjectivo, se pode encontrar em OCCAM e no seu nominalismo o gérmen da configuração do direito subjectivo como um poder polarizado no sujeito, centrado na sua autonomia (ideia clara se pensarmos que, na defesa dos franciscanos contra a tese da ficção que corporizava a *Bula Exiit qui seminat*, OCCAM afirma que eles não podem renunciar ao direito natural de usar, mas podem decidir nada ter no plano temporal) e decorrente da sua dignidade. (cf. PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *Teoria Geral do Direito Civil*, 3ª edição, Almedina, Coimbra, 2005, p. 642 e ss. e KAUFMANN, “A problemática da filosofia do direito ao longo da história”, KAUFMANN e HASSEMER (ed.), *Introdução à Filosofia do Direito e à Teoria do Direito Contemporâneas*, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 2002, p. 73 e 74.)

Referindo-se aos ventos de mudança que se fizeram sentir ainda em pleno período medieval, cf. PINTO BRONZE, *Lições...cit.*, p. 596.

Salientando o papel de OCCAM na passagem da cosmovisão pré-moderna para a moderna, DIOGO LEITE CAMPOS, “A génese dos direitos...”, ... cit., p. 41, sobretudo ao sublinhar a nota de individualismo do escolástico que, negando a existência de uma ordem franciscana, prefere, em homenagem ao nominalismo a que adere, falar de franciscanos. Veja-se, também, do autor, *As relações de associação – o direito sem direitos*, Almedina, Coimbra, 2011., p. 109 (sublinhando que o nominalismo de OCCAM terá aberto a porta ao positivismo jurídico).

Sem que isso implicasse, é bom notá-lo, uma desprotecção da pessoa²⁶⁷², reflectindo, somente, uma ontologia radicada no cosmos natural ou em Deus.

A evolução cultural, científica, económica e religiosa experimentadas entretanto não deixariam intocável a estrutura tradicional da sociedade que, a pouco e pouco, se foi desagregando.

O protestantismo, ao colocar o ser humano em relação directa com Deus, sem a mediação da Igreja, constituiria, então, um marco decisivo na progressiva autonomização do indivíduo que, sendo primeiramente moral, acabaria por se reflectir em termos políticos²⁶⁷³ e ser acompanhado, culturalmente, pelo iluminismo que no humanismo emergente encontrava um dos seus alicerces²⁶⁷⁴.

A secularização do pensamento e a emergência de uma racionalidade de tipo sistemático, na esteira do cartesianismo, conducente à afirmação do homem como a única instância capaz de aceder à verdade, levaram à edificação de uma ordem a partir

Cf., ainda, CESARINI SFORZA, “Diritto soggettivo”, *Enciclopedia del Diritto*, XII, p. 671 e ss. e JOÃO LOUREIRO, *O procedimento administrativo entre a eficiência e a garantia dos particulares (algumas considerações)*, *Studia Iuridica*, 13, Coimbra Editora, Coimbra, 1995, p. 180-181. O último autor citado constata o paradoxo de a “ideologia proprietarista da Modernidade” ter nascido “da tentativa franciscana de cumprir o seu voto de pobreza”. Veja-se, também, DESPOTOPOULOS, « Le droit subjectif dans le système du droit », *Archives de Philosophie du Droit*, 1970, p. 251

²⁶⁷² Nesse sentido, DIOGO LEITE CAMPOS, “O direito e os direitos da personalidade”, ...cit., p. 110.

Vide, ainda, TIZIANA CHIUSI, “A dimensão abrangente do direito privado romano. Observações sistemático-teóricas sobre uma ordem jurídica que não conhecia direitos fundamentais”, *Direitos fundamentais e direito privado, Uma perspectiva de direito comparado*, (PINTO MONTEIRO, INGO WOLFGANG SARLET, JORG NEINER, org.), 2007, p. 11 a 39.

Parte da constatação da inexistência de direitos fundamentais em face do Estado, já porque esta formalmente não existia, já porque a *res publica* era a soma dos *cives*, algo não distinto na sua corporeidade deles. Mas analisa o esboço de protecção do sujeito de direito em Roma, salientando, porém, como é do conhecimento geral, que nem todos eram livres e nem todos possuíam capacidade jurídica.

²⁶⁷³ Cf. DIOGO LEITE CAMPOS, “O direito e os direitos de personalidade”, ...cit., p. 118, onde se pode ler que “o individualismo contemporâneo encontrará o seu tronco nas seitas cristãs reformadas do Renascimento – antepassadas próximas do utilitarismo anglo-saxónico”.

Os ventos da secularização fizeram-se sentir, em termos políticos, numa fase pré-moderna, fruto da teoria política maquiavélica. MASSIMO LA TORRE – “*Rechtsstaat* and Legal Science. The Rise and Fall of the Concept of Subjective Right”, *Archiv für Rechts und Sozialphilosophie*, vol. LXXV, Heft 1, 1990, p. 52 – aponta o maquiavelismo como o passo obrigatório de surgimento do Estado Moderno. Ao libertar a política de qualquer subordinação ético-religiosa e ao afastá-la da tradição dos costumes sociais, MAQUIAVEL transforma-a numa técnica, orientada pela máxima “os fins justificam os meios”, sendo que os primeiros se identificavam com o ideal de manutenção do poder do príncipe, sem que, segundo a posição de LA TORRE, se pudesse falar aqui de um poder político inteiramente livre pela dependência que mantinha com a figura do príncipe e as suas virtudes (p. 55).

O Absolutismo seria, no entanto, um factor determinante na desagregação da sociedade tradicional. Embora colhesse ainda, numa sua vertente, a fundamentação em Deus, o desiderato de redução da complexidade social conduziu ao declínio da estrutura feudal corporativa, com as suas notas orgânicas de imersão do ser humano numa ordem social (cf. MASSIMO LA TORRE, “*Rechtsstaat* ...”, ... cit., p. 55)

²⁶⁷⁴ Cf. MICHEL VILLEY, *Leçons* ... cit., p. 238, 239. Na busca dos factores causais do surgimento do direito subjectivo, o autor encontra-os, longinquamente, no Cristianismo e no longo processo social de desestruturação do Império Romano conduzindo a que cada particular afirme o seu direito.

da auto-compreensão antropológica²⁶⁷⁵. Os filósofos e juristas orientaram-se, de facto, impulsionados pela necessidade de sedimentar uma nova ordem do mundo de acordo com as coordenadas dominantes, pela construção de grandes sistemas que, partindo da análise das características humanas essenciais, erigiram a natureza racional deste como o fulcro de um novo direito natural.

É chegado o tempo do jusracionalismo e, com ele, da afirmação de um quadro de direitos naturais, inalienáveis, imutáveis, a que já fizemos referência em páginas pretéritas.

Dando a palavra a PINTO BRONZE, podemos dizer que “se, precedentemente, o direito era uma ordem objectiva, anterior e heterónoma ao homem, em que cada um se vinha naturalmente inserir, com o jusnaturalismo moderno-iluminista esse mesmo homem passou a compreender-se como indivíduo com uma autónoma subjectividade prática juridicamente projectada nos direitos subjectivos que titulava, e a ordem normativa transformou-se em organização compossibilitadora do referido conjunto”²⁶⁷⁶.

A emancipação do indivíduo viabilizava agora o que a imersão no cosmos tinha impedido, a afirmação de direitos polarizados no sujeito, que a ele pertencem como decorrência da sua natureza moral livre²⁶⁷⁷. Não é outra a definição de GRÓCIO, ao olhar para o direito subjectivo enquanto *qualitas moralis personae competens ad aliquide iuste habendum vel agendum*²⁶⁷⁸.

E se o individualismo é o dado sem o qual se não tematiza o direito subjectivo, a chave da compreensão da figura implica a complementação desse elemento com aqueloutro que, intimamente ligado a ele, se funde numa mesma perspectiva: a

²⁶⁷⁵ Cf., para uma apurada percepção do surgimento do jusracionalismo, enquanto movimento jurídico filosoficamente comprometido, MAFALDA MIRANDA BARBOSA, *Liberdade versus responsabilidade... cit.*, parte I, cap. III, bem como, e preferencialmente, a bibliografia aí citada e, ainda, nesta nossa dissertação, cap. III.

²⁶⁷⁶ PINTO BRONZE, *Lições... cit.*, p. 598.

²⁶⁷⁷ Sobre o individualismo, cf. LOUIS DUMONT, *Essais sur l'individualisme. Une perspective anthropologique sur l'idéologie moderne*, Paris, 1983.

²⁶⁷⁸ GROTIUS, *De iure belli ac pacis*, 1625, lib.I, cap. 1, parágrafo 4 (I.I.4.) (*The Law of War and Peace in Three Books*, tradução inglesa de FRANCIS W. KELSEY, 1925... cit.)

Referindo-se a GRÓCIO, a propósito da origem histórica dos direitos subjectivos, cf. MICHEL VILLEY, *Leçons... cit.*, p. 221 e 222, considerando que, embora o autor não tenha assumido de maneira perfeitamente firme a categoria, é este o acto de nascimento de um tipo de pensamento jurídico individualista. Dela é, segundo VILLEY, tributário todo o pensamento jusracionalista (PUFENDORF, THOMASIIUS) e bem assim os próprios detractores das teorias grocianas que, para a sua crítica, partiram sempre da concepção apresentada. No mesmo sentido, cf. DIOGO LEITE CAMPOS, *As relações de associação... cit.*, p. 113 e ss.

Veja-se, a propósito da entrada para a Idade Moderna, com referências a JUAN GERSON, CONRADO SUMMENHART, JUAN MAYR FRANCISCO DE VITORIA, que, segundo o autor terão inspirado directamente GRÓCIO, ALEJANDRO GUZMÁN BRITO, “Historia de la denominación...”, ... cit., p. 415-416

liberdade do ser humano, entendida à época segundo um prisma negativo. É essa a matriz valorativa do direito subjectivo, assumindo-se, dessa feita e por isso, a propriedade como o paradigma exemplar da ordem moderna^{2679 2680}. Representa ela a

²⁶⁷⁹ Cf. HOBBS, *Leviathan*, 1651, cap. 14, onde, de forma directa, o autor apresenta a sinonímia entre os direitos naturais (*rights*) e a liberdade. Aliás, o autor separa frontalmente a lei, que identifica com a obrigação, do direito que representa o poder, a liberdade. Referindo-se a HOBBS e ao seu contributo para a densificação da dogmática do direito subjectivo, cf. MICHEL VILLEY, *Leçons...* cit., p. 248 e “Le droit de l’individu chez Hobbes”, *Seize essais...* cit., p. 179 e ss.

Entre os autores jusracionalistas, cf., ainda, na matéria, PUFENDORF, *De iure naturae et gentium*, tradução de BARBEYRAC – *Le droit de la nature et des gens*, tome I, Basle, 1732, 1.1, parágrafo 20 (“qualidade moral, pela qual rectamente exercemos o domínio sobre as pessoas, ou temos uma coisa ou em razão da qual algo nos é devido”); THOMASIIUS, *Institutiones jurisprudentiae divinae*, 1694, I.1. parágrafo 82 (“o direito tomado como atributo da pessoa é uma qualidade moral activa que pertence a uma pessoa por concessão superior”); LEIBNIZ, *Nova methodus discendae docendaeque jurisprudentiae*, 1657, II, parágrafo 14a.

Salientando que em todos eles surgem as noções de poder, faculdade, potência, cf. ALEJANDRO GUZMÁN BRITO, “Historia de la denominación...”, ... cit., p. 419. Note-se que o autor evidencia que já anteriormente se recorria a tais expressões, apontando FRANCISCO SUÁREZ como o primeiro a sentir a necessidade de dar um nome específico ao direito como faculdade, e situando no século XVIII o novo intento de designação mais ou menos técnica do direito-faculdade (p. 421). Cf., ainda, p. 422 e ss., onde o autor cita os autores que, primeiramente, distinguiram o *direito considerado objectivamente e o direito considerado subjectivamente*, dicotomia que posteriormente daria origem àquela que chegou até nós entre o direito objectivo e o direito subjectivo (p. 425). Note-se que, no seu discurso, o autor se orienta sobretudo pela procura da génese da denominação.

Sobre a importância do pensamento de SUÁREZ no arrolamento do desenvolvimento do direito subjectivo, cf. ANGEL SANCHEZ DE LA TORRE, “Derecho subjetivo y deber jurídico, en la Escuela de Suarez”, *Boletim da Faculdade de Direito*, vol. LXV, 1989, p. 145 a 170. ANGEL LA TORRE equaciona o problema do direito subjectivo e do dever jurídico, do ponto de vista jus-filosófico, como um problema da justiça e da liberdade prática do homem no seu confronto social. Por isso, adverte para o recrutamento da sua importância nos dias de hoje, face ao impacto do pensamento de RAWLS no mundo liberal e conclui que a sensibilidade apurada na época de SUÁREZ para os problemas relativos àquela liberdade não podia ter deixado indiferente o jurista. De facto, para SUÁREZ, a justiça seria a perfeição divina que se traduziria na imputação a cada um do seu direito e seria encarada como a virtude de que se deve revestir a actuação humana, como faculdade ou poder.

Apurados os contributos de diversos pensadores pertencentes à sua escola, poderia chegar-se à conclusão de que o direito subjectivo é uma forma de concretização da justiça estrita, segundo um modelo de justiça igualitária própria da justiça comutativa (p. 153). Salienta ANGEL LA TORRE que esta igualdade não se refere a uma abstracção mecanicista, sendo antes uma igualdade baseada no reconhecimento pleno da alteridade de cada um, donde se extrai a seguinte fórmula: “direito subjectivo é a faculdade que assiste a todos os membros de uma comunidade de serem considerados iguais aos demais membros, no que respeita aos serviços e vantagens que a comunidade proporciona e a beneficiar do resultado da sua actividade privada dentro do limite que não ponha em perigo a existência e a prosperidade comuns” (p. 153). Aduz, por isso, LA TORRE que o direito subjectivo implica sempre um privilégio de um indivíduo em face dos demais, explicando, concomitantemente, a importância do modelo do proprietário no pensamento da escola suareziana (p. 154).

É ainda dentro do grupo de pensadores que se perfilam na referida escola que se dá ênfase à ligação entre o domínio de certa coisa e a esfera de liberdade do sujeito (p. 156). O dever jurídico deixa de ser entendido como a obrigação de cumprimento de uma norma para passar a ser “uma obrigação de consciência de conter-se dentro dos limites da própria liberdade e não invadir os termos designados juridicamente à liberdade e prudência alheias” (p. 156).

O direito subjectivo surge, pois, como uma faculdade, podendo, na linha da tradição aristotélica, ser potestativo (capacidades de actuar pertencentes à figura jurídica considerada e abarcando o conjunto de faculdades correspondentes à mesma – cf. p. 157) ou actual (traduzido na determinação daquelas capacidades num determinado momento – cf. p. 158).

Curioso, portanto, notar a referência ao direito potestativo com um alcance totalmente diverso daquele com que, técnico-juridicamente, a expressão haveria de ganhar foros de autonomia dogmática pela mão de ZITELMANN. Curiosa, ainda, e retomando agora o acompanhamento que temos vindo a fazer do artigo

esfera pessoal onde cada um, livre de qualquer constrição e de qualquer interferência, pode fazer aquilo que lhe aprouver²⁶⁸¹.

Não estava, porém, concluída a evolução conducente à autonomização dogmática da figura. Uma coisa era a afirmação da existência de direitos naturais, outra seria a configuração de um modelo que permitisse a sua institucionalização. Dito de outro modo, era necessário garantir a transposição daqueles direitos naturais para o plano civil, com o que se compossibilitaria a sua existência conjunta.

Ao individualismo alia-se o contratualismo, bebedor das mesmas influências filosóficas. As teorias do contrato social criam o modelo teórico explicativo da institucionalização dos direitos naturais permitindo a sua conversão em direitos subjectivos²⁶⁸², sem que as possamos encarar como um magma uniforme.

Na verdade, o mesmo contratualismo justificou quer a alienação hobbesiana de todos os direitos em favor do soberano, quer a institucionalização de um Estado liberal, assente na *volonté générale* de ROUSSEAU²⁶⁸³. A mesmíssima força motriz fundaria o

de ANGEL LA TORRE, a solução a que se chega, à época, para o problema da relação entre o direito subjectivo, assim entendido, e o direito objectivo. “Autêntica realidade objectiva da ordem jurídica, considerada na sua dimensão ontológica da realidade humana da qual é manifestação ao nível da liberdade social”, o direito objectivo é visto como o conjunto de todas as liberdades humanas e a norma jurídica considerada como o critério balizador da liberdade própria de cada um, sendo destrincáveis três níveis ou classes de lei: natural; legal e contratual (cf. p. 158 e 159).

²⁶⁸⁰ Cf. J. E. PENNER, *The idea of property in law*, Clarendon Press, Oxford, 1997

²⁶⁸¹ Cf., num apontamento expressivo acerca da origem no novo direito natural (*de l'individu*), MICHEL VILLEY, *Leçons ... cit.*, p. 245. Caracteriza-se este, segundo o ensinamento do autor, por um direito negativo, que tem como paradigma um estado de natureza hipotética onde não existe nem poder, nem sociedade, mas apenas o indivíduo isolado, pelo que ele se identifica com a liberdade daquele, plena e inteira. De acordo com o que o autor explicita (*op. cit., loc. cit.*), remontam as bases deste entendimento ao pensamento dos estóicos, epicuristas e cépticos, tendo o mesmo triunfado na Idade Moderna, conduzindo ao direito subjectivo.

Cf., acerca da concepção de propriedade individualista, JOÃO LOUREIRO, *O procedimento administrativo...cit.*, p. 181, nota 572, onde se esclarece que o conceito de propriedade, *lato sensu*, compreende a vida, a liberdade e a propriedade.

Na busca da génese da propriedade baseada numa ideia de “liberdade de efeitos externos”, e construída, na falta de conceptualização, em torno do direito da vizinhança, ao nível do direito romano, cf. TIZIANA CHIUSI, “A dimensão abrangente do direito privado romano...”, ... cit.

Cf., ainda, numa referência ao pensamento hegeliano e à sua dialéctica entre o sujeito e a coisa, no quadro do idealismo que prefigura, SIMONE GOYARD-FABRE, *Os fundamentos... cit.*, p. 261 e ss.

Cf., a este ensejo, numa perspectiva superadora da radical ligação entre o individualismo e o direito de propriedade, ORLANDO GOMES, “A função social da propriedade”, *Boletim da Faculdade de Direito – Estudos em homenagem ao Prof. Doutor António Arruda Ferrer Correia*, 1984 e ORLANDO DE CARVALHO, *Para uma teoria humana da propriedade – do problema do ser ao problema do ter*, Coimbra, 1952

²⁶⁸² Cf. CASTANHEIRA NEVES, “Entre o legislador a sociedade e o juiz ou entre o sistema, função e problema – os modelos actualmente alternativos da realização jurisdiccional do direito”, *Separata do Boletim da Faculdade de Direito*, nº74, 1998, p. 1-44.

Veja-se, ainda, PINTO BRONZE, *Lições...cit.*, p. 598, que, na linguagem impressiva a que já nos habituou, afirma “(...) na origem, os direitos naturais individuais que se impunham ao *pactum societatis* e que a legalidade, neste radicada, ao consagrar declarativamente, convertia em direitos subjectivos”.

²⁶⁸³ Cf. REIS MARQUES, *Grandes linhas...cit.*, p. 235.

Leviatão e ofereceria o sustentáculo ideológico para as revoluções burguesas liberais que, fazendo frente ao despotismo do período transacto contra o qual pretenderam lutar, converteram, *ex via realitatis*, a potência em acto e geraram uma ordem político-social de que ainda somos herdeiros directos²⁶⁸⁴.

Curiosamente, se um dos pilares legitimadores daquelas foi a proclamação dos direitos intrínsecos ao ser humano, a sua concretização num Estado de legalidade formal, condição da degenerescência do jusracionalismo no positivismo jurídico, acabaria por fazer resvalar o subjectivismo para o objectivismo, pela afirmação de que os direitos subjectivos – em que se transmutaram – são, afinal, aqueles que o direito objectivo atribui^{2685 2686 2687}.

Note-se, em abono da verdade histórica e numa clara percepção do carácter não sincopado da mutação política, cultural e ideológica da humanidade, que a ideia de contrato social já vinha de trás. Foi com Aristóteles que ela se delineou, pela afirmação do homem como um ser social, instalado na *polis*, e pela compatibilização entre dever ser e o direito positivo, através da definição da matéria como substância da possibilidade e da forma como substância da realidade, não mais se perdendo do horizonte discursivo (REIS MARQUES, *op. cit., loc. cit.*).

²⁶⁸⁴ Cf., quanto ao ponto, e para maiores desenvolvimentos, SIMONE GOIYARD-FABRE, *Os fundamentos...* cit., p. 49 e ss.

²⁶⁸⁵ Cf. CASTANHEIRA NEVES, “Entre o legislador a sociedade e o juiz ou entre o sistema, função e problema...”, ... cit., p. 5, afirma que “se o contratualismo moderno-iluminista não deixava de proclamar direitos naturais como pressuposto e ponto de partida fundamentante desse mesmo contratualismo, e a revolucionária *Déclaration des droits de l’homme et du citoyen* de 1789 expressamente os enunciava, o certo é que, além do seu relevo no assegurar a participação na representação política (...), esses direitos se pensavam assegurados através da lei (do direito-legalidade) contratualisticamente constituída. Numa sua assimilação pela lei que convertia o subjectivismo jurídico em objectivismo jurídico e assim de modo a, por um lado, o direito se identificar pura e simplesmente com a lei e, por outro lado, o subjectivismo originário se transformar em direitos subjectivos que a própria lei, e apenas ela, reconhecera e garantiria”.

No mesmo sentido, PINTO BRONZE, *Lições...* cit., p. 599, que, ao referir-se à tradição francesa e à influência que nela teve o pensamento de MONTESQUIEU e ROSSEAU, afirma ter ali irrompido, “ainda em referência ao individualismo matricial, uma linha de pendor normativista e legalista, nitidamente objectivista”.

²⁶⁸⁶ Desconsiderando a importância da questão que redundava na precedência ou não do direito subjectivo relativamente ao direito objectivo, cf. A. VON THUR, *Derecho Civil. Teoria General del Derecho Civil Alemán*, volumen I, *Los Derechos subjetivos y el patrimonio*, tradução de TITO RAVÁ, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid/Barcelona, 1998, p. 58, nota 2.

Cf., ainda, HÖRSTER, *A parte peral do Código Civil Português, Teoria Geral do Direito Civil*, Almedina, Coimbra, 1992, p. 45.

²⁶⁸⁷ Acerca do direito subjectivo, cf., ainda, DIOGO LEITE CAMPOS, *As relações de associação...* cit., p. 124-125. Considera o autor que “o direito subjectivo é expressão subjectiva de uma relação criada pelo direito objectivo entre uma pessoa e um determinado bem”, e que isso não se confunde com “a relação jurídica intersubjectiva de que o titular do direito subjectivo é sujeito, enquanto beneficiário de um comando jurídico. Assim seria objecto do direito de crédito não o comportamento do devedor, prestação ou abstenção que formaria o conteúdo da obrigação, mas sim o bem devido ou o resultado da actividade pessoal do devedor constituindo o conteúdo da obrigação. O credor tem direito ao bem devido que consiste só no resultado da prestação ou abstenção do devedor, não na prestação ou abstenção em si mesma considerada. Nestes termos, tanto os direitos absolutos como os direitos relativos podem definir-se como uma posição jurídica de vantagem conferida a um sujeito do direito objectivo em ordem de obter um dado bem e consequentemente à titularidade activa, por parte do mesmo sujeito, de uma relação jurídica obrigatória. Portanto também não se pode afirmar que o direito subjectivo seja um interesse juridicamente protegido ou uma combinação de um poder com interesse. Não é possível demonstrar que o

Descaracterizados na sua essência, os direitos subjectivos, proclamados por via revolucionária, confundiam-se com liberdades, exercitáveis, sobretudo, em face do Estado. Não eram algo que nuclearmente predicasse o ser humano, mas um limite que o direito objectivo a si mesmo impunha, como factor legitimador^{2688 2689}.

Na sua génese, os direitos subjectivos conformam-se como liberdades negativas de exercício contra o Estado, não sendo ainda clara a separação entre os direitos

titular de um direito subjectivo seja sempre o sujeito de um interesse juridicamente titulado. Com efeito, (...) são titulares de direitos subjectivos pessoas incapazes de realizar um juízo sobre a utilidade do bem; continua-se a ser titular de um direito subjectivo mesmo que o bem deixe de ter utilidade para o credor; pode ser-se sujeito de um direito subjectivo sem se saber; etc. Com efeito, embora o direito subjectivo seja normalmente conferido para titular interesses de um sujeito perante um determinado bem, não se pode concluir daqui que o interesse seja o elemento essencial constitutivo do direito subjectivo (...). Só falta dar o passo decisivo, explicitando o que está muito nitidamente implícito em muitos Autores: não há realmente direito subjectivo. O que existe é uma troca de promessas, a que o direito dá relevo jurídico, utilizando a coacção no caso de as promessas não serem cumpridas. Criando uma relação de indemnização ou reconhecendo um direito sobre a coisa”. Na base da (des)construção do jurista está a ideia de que “a constante redescoberta da dignidade da pessoa humana, em termos de personalismo ético, torna dificilmente aceitável o poder de alguém sobre outro ou em relação a uma actividade de outro. Mas já não sobre os bens externos à pessoa”.

²⁶⁸⁸ Cf. DIOGO LEITE CAMPOS, “A génese dos direitos da pessoa”, cit., p. 44, afirma que “ao transformar-se o indivíduo em súbdito de si mesmo (leia-se: da vontade geral), a liberdade passará a ser (só) o direito de fazer o que a lei permite (Montesquieu). Estavam abertas as portas à entrada de todo e qualquer totalitarismo.” O autor aponta, posteriormente, como via de limitação desse poder a definição dos direitos da pessoa, “como conteúdo do próprio direito”, implicando esta visão uma assunção da pessoalidade no contexto actual que nos remete, temporalmente, para um período distante deste que agora estamos a considerar.

²⁶⁸⁹ O diverso contexto político e a influência da corrente empirista determinariam que, no mesmo hiato temporal, o figurino de construção dos direitos subjectivos fosse outro nos países da *Common Law*. Ligue-se aí a liberdade à ideia de privacidade (*privacy*). Estabelece abertamente esta dicotomia, ainda hoje condicionante de clivagens discursivas em matérias fracturantes (v.g. o caso do aborto), JÜRGEN HABERMAS, *O futuro da natureza humana a caminho de uma eugenia liberal?*, Almedina, 2006 (com nota de apresentação de JOÃO CARLOS LOUREIRO; tradução de MARIA BENEDITA BETTENCOURT), posfácio, p. 119, ligando a tradição liberal norte americana ao pensamento de LOCKE.

Cf., para uma análise do problema do liberalismo jusnaturalista americano, E. ROBERT STATHAM, JR., *The Constitution of Public Philosophy. Towards a Synthesis of Freedom and Responsibility in Postmodern America*, University Press of America, Lanham, New York, Oxford, 1998, p. 18 e ss. Afirma-se, aí, que a concepção americana da *rule of law* estava baseada numa concepção negativa de liberdade ligada à *privacy*, numa linha orientadora herdeira da concepção de propriedade de LOCKE e do empirismo de HUME. De acordo com a Declaração de Independência dos EUA, os governos são instituídos para defesa de direitos naturais inalienáveis (p. 15). Para a contraposição actual entre a visão liberal e republicana dos direitos fundamentais, cf. JÜRGEN HABERMAS, *Direito e democracia entre facticidade e validade, ...cit.*, p. 133. Saliente-se, não obstante, que a linha divisória se há-de traçar mais por via do contexto de emergência do constitucionalismo nos dois espectros em confronto do que exclusivamente com fundamento na dicotomização de correntes filosóficas. Pois, se é certo que o neokantismo terá propiciado a formalização do direito e conseqüentemente a desideologização do direito subjectivo, amputado então da componente da liberdade humana, para se identificar com uma atribuição do ordenamento jurídico, a filosofia idealista kantiana, na sua pureza, considera que os direitos subjectivos valem como direitos morais e precedem a vontade do legislador, não podendo ninguém, enquanto cidadão, dar a sua adesão a leis que contendam com a sua autonomia garantia pelo direito natural – cf. JÜRGEN HABERMAS, *Direito e democracia...cit.*, p. 135 e PINTO BRONZE, *Lições... cit.*, p. 599. A nota sublinhada, mais do que um valor enciclopédico, releva directamente em termos compreensivos para o nosso objecto de estudo. Na verdade, é KANT e a sua filosofia que estarão presentes no trilho que a autonomização dogmática do direito subjectivo percorre na Alemanha de SAVIGNY, PUCHTA e WINDSCHEID.

fundamentais, jus-publicistas, e os direitos de natureza privada, que só seria logradamente tematizada sob influência da pandectística germânica^{2690 2691 2692 2693}.

59. A conceptualização germânica e a construção dogmática dos direitos subjectivos privados: a teoria da vontade e a teoria do interesse.

Deve-se a SAVIGNY a primeira formulação doutrinal do direito subjectivo²⁶⁹⁴. Influenciado pelo racionalismo idealista e fortemente ancorado na liberdade humana, de pendor jusnaturalista,²⁶⁹⁵ o jurista da Escola Histórica apresenta-o como um *poder da*

²⁶⁹⁰ Cf. PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *Teoria Geral...* cit., p. 642.

Refira-se, porém, que a incipiente dogmática que acompanhava a subjectivação jurídica, a despeito do que seria espectável fruto do sincretismo denunciado, não logrou problematizar a *Drittwirkung*. Quem o afirma é HABERMAS, ao evidenciar que o “direito liberal clássico é alheio à eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídicas privadas” – cf. HABERMAS, *O futuro da natureza humana...* cit., p. 119.

Cf., ainda, MICHEL VILLEY, *Leçons...* cit., p. 249-250. Explicitando os factores histórico-filosóficos potenciadores da emergência dos direitos subjectivos, o autor conclui que o pensamento caracterizador da Idade Moderna, fruto da evolução experimentada, se projecta num sistema particular de direito que, perfunctoriamente, bifurca nas liberdades do homem em face do Estado, ao nível do direito público, e nos direitos privados dos indivíduos, no quadro do direito civil.

²⁶⁹¹ Note-se que, contra o que poderia ser deduzido a partir do nosso texto, não pretendemos aqui expor com rigor histórico a génese do surgimento dos direitos fundamentais ao nível constitucional. Na verdade, apesar da alusão à primitiva compreensão da subjectividade jurídica como mecanismo de protecção contra o Estado e não obstante as considerações que, à frente, teceremos a propósito das pontes comunicantes entre o direito civil e o direito constitucional, não nos cobrimos, a este ensejo, de uma qualquer legitimidade diacrónica. Não só não ousamos calcorrear domínios que nos são estranhos, como não ignoramos que, contra o que seria expectável fruto das condições de emergência que os trouxeram à tona, o panorama constitucional do século XIX não ficou marcado pela inequívoca afirmação dos direitos subjectivos. Afirma-lo claramente JOÃO LOUREIRO, *O procedimento administrativo...* cit., p. 181, quando diz que “o *background* individualista dos direitos fundamentais (...) não se traduziu, no panorama jurídico-constitucional oitocentista, na afirmação da sua subjectividade”. Explicita o autor que a crença exclusiva na bondade da lei conduziu ao objectivismo, pelo que os preceitos que consagram direitos fundamentais “teriam apenas carácter objectivo” (p. 182).

De então para cá, é todo um mundo de teorias que conflui neste ponto. Direitos fundamentais como direitos defesa contra o Estado, direitos fundamentais como enunciação de princípios, direitos fundamentais como direitos de protecção a cargo do Estado, direitos fundamentais portadores de uma dimensão institucional, garante de ordens objectivas, são algumas das concepções que conflituam e à sombra das quais pode ser problematizado o tema.

²⁶⁹² Para uma distinção entre o plano publicista e privatista, tendo como referente a posição da burguesia impulsionadora das revoluções liberais, cf. MASSIMO LA TORRE, “*Rechtsstaat...*”... cit., p. 62 e ss.

²⁶⁹³ Cf., igualmente, SIMONE GOYARD-FABRE, *Os fundamentos da ordem jurídica*, tradução de CLÁUDIA BERLINER, Martins Fontes, São Paulo, 2002., preâmbulo, p. xxxi e xxxvi.

²⁶⁹⁴ Cf. FRIEDRICH VON SAVIGNY, *System des heutigen römischen Rechts*, I, Aalen, Scientia V, 1973, p. 332 e ss., reimpressão Berlim, 1840, § 4 (veja-se, ainda, a tradução SAVIGNY, *Traité de Droit Romain*, Frimin Didot Frères, Paris, 1841, p. 327-328).

²⁶⁹⁵ Cf. MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil...* cit., I/I, p. 313 e p. 318, nota 934, onde o autor, a propósito da contraposição entre SAVIGNY e IHERING, afirma que o primeiro não era um liberal individualista. Veja-se, ainda, o que ficou dito na p. 314. Acedendo à materialidade que subjaz à formulação savigniana, MENEZES CORDEIRO sustenta que “o direito subjectivo não era (...) um mero expediente técnico, destinado a exprimir soluções pontuais”, surgindo antes como “um vector significativo-ideológico destinado a melhor firmar as concepções liberais, protegendo-as contra investidas

vontade, dando origem à chamada teoria voluntarista, ainda hoje acolhida, entre nós, por inúmeros autores²⁶⁹⁶.

Com ele demarcar-se-ia uma “região” onde impera “a nossa vontade e o nosso consentimento”²⁶⁹⁷, garantindo-se um espaço de dominação independente da interferência alheia²⁶⁹⁸. A liberdade negativa, potenciadora do absolutismo subjectivista, ganhava foros de categoria dogmática²⁶⁹⁹, numa deriva que culminaria com o

exteriores”. Diversamente, HABERMAS afirma que SAVIGNY terá interpretado de modo individualista o conteúdo moral dos direitos subjectivos – cf. HABERMAS, *Direito e democracia...* cit., p. 118.

Veja-se, ainda, PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *Teoria Geral...* cit., p. 647, com uma coloração diversa. Entende o autor que, com SAVIGNY, a origem do poder já não é a dignidade humana, como no jusracionalismo, sendo antes o direito objectivo que, tutelando a vontade, o confere.

²⁶⁹⁶ Cf., *inter alia*, MANUEL DE ANDRADE, *Teoria Geral da Relação Jurídica*, ... cit., p. 3; MOTA PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, ... cit., p. 178; CAPELO DE SOUSA, *Teoria Geral do Direito Civil*, ... cit., p. 178-179.

²⁶⁹⁷ SAVIGNY, *System des heutigen...* cit., § 4.

²⁶⁹⁸ SAVIGNY, *System des heutigen...* cit., § 53.

²⁶⁹⁹ Parece ter sido a concepção de SAVIGNY que exerceu influência sobre o VISCONDE DE SEABRA, consagrando-se no artigo 2º do Código Português de 1867 o direito subjectivo como “a faculdade moral de praticar ou deixar de praticar certos actos”. Nesse sentido, cf. CAPELO DE SOUSA, *Teoria Geral...* cit., p. 175; MENEZES CORDEIRO, *Tratado ...* cit., I/I, p. 313; ORLANDO DE CARVALHO, *A relação jurídica e o direito subjectivo*, Centelha, Coimbra, p. 51, nota 59.

Saliente-se, porém, que, independentemente do olhar derramado sobre o núcleo essencial da teoria da vontade e do seu compromisso ou não com as posições individualistas e liberais mais radicais, o Código de Seabra, sendo embora um diploma do seu tempo, não deixou de apresentar notas de originalidade que a este propósito urge salientar. Na verdade, como refere FRANCISCO VELOZO – “Na iminência de um novo Código Civil Português”, *Brotéria*, Vol. LXXXIII, Lisboa, 1964, p. 311 –, “o princípio da autonomia da vontade, proclamado e formulado por Kant, é a chave da compreensão do pensamento jurídico do Visconde de Seabra e do Código de 1867.” Mas acaba por reconhecer que o autor do primeiro Código Civil Português se afasta do idealista alemão em determinados aspectos. A remissão para um direito natural materialmente conformado estava presente no pensamento de SEABRA. Já para KANT, o que importa é o exercício da liberdade humana, definida de uma forma meramente negativa, numa linha de individualismo estrito que estaria presente a outro nível, no artigo 13º do nosso Código, quando se afirma que *quem, em conformidade com a lei, exerce o seu próprio direito, não responde pelos prejuízos que possam resultar desse mesmo exercício*. No fundo, a influência de KRAUSE marcaria o pensamento do jurista pátrio. Não de uma forma radical, mas mitigada, através de NETO PAIVA e da obra de AHRENS, com base na qual aquele tentou o sincretismo entre os dois filósofos. Para KRAUSE a liberdade já não é definida em termos meramente negativos como em KANT, porque para ele o direito é a “organização das condições vitais e intemporais da vida de Deus”. Daí que a definição do direito de propriedade no Código de Seabra se aproxime mais do Krausismo do que do Kantismo. Na verdade, o direito de propriedade inclui todas as faculdades para o sujeito do direito se aproveitar das potencialidades inerentes ao objecto para a consecução de fins racionais. Nesses fins racionais, não contamos com a possibilidade de o indivíduo vir a destruir a coisa por puro prazer disso mesmo. Para mais desenvolvimentos, cf. MAFALDA MIRANDA BARBOSA, *Liberdade versus responsabilidade...* cit., p. 161 e ss., onde se dá nota da querela em torno da interpretação do pensamento kantiano. Veja-se, ainda, MARIA CLARA CALHEIROS, “Krause: entre o humanismo e humanitarismo”, *Estudos em Comemoração do 10º aniversário da Licenciatura em Direito da Universidade do Minho*, Almedina, Coimbra, 2004, p. 529-544. Salienta-se aí que o anti-individualismo de KRAUSE conduz a um entendimento teleológico do direito, encarando-se a propriedade em termos funcionais, pelo que a sua extensão deve ser limitada pela finalidade e pela função também social que lhe está ínsita (cf. p. 533). Cf., ainda, p. 542, onde se lança o testemunho acerca da importância do krausismo, assumido por muitos como um dique, em Portugal, contra a destruição potenciada pelo liberalismo individualista de muitos dos valores morais e sociais que o materialismo reinante tinha deixado sem suporte.

aprofundar do conceptualismo protagonizado pelos subsequentes autores desta corrente metodológica e sucessivas degenerescências.

PUCHTA continuaria a ligar o exercício da liberdade humana à titularidade do direito subjectivo, considerando que este implica o reconhecimento daquela, “que advém em igual medida aos homens como sujeitos que detêm um poder da vontade”²⁷⁰⁰
2701 .

Fiel ao sistematismo dogmático, foi o responsável pela elaboração, segundo as regras da lógica formal, de uma pirâmide de conceitos (“genealogia dos conceitos”), que, encabeçada por um supremo, permitia a dedução de todos os outros²⁷⁰². Como esclarece LARENZ, urgia que aquele tivesse algum conteúdo que, não podendo resultar dos conceitos inferiores, foi colhido na filosofia do direito e no conceito kantiano de liberdade, pelo que, segundo o autor, verdadeiramente não se poderia, ainda, acusar o jurista alemão de ser cultor de um positivismo estrito²⁷⁰³.

Acontece que, à medida que se ia descendo na pirâmide conceptual, o fundamento ético em que a mesma assentava ia-se rarefazendo progressivamente, “a tal ponto que vem a tornar-se, em último termo, irreconhecível”²⁷⁰⁴.

Estava, portanto, aberta a porta ao formalismo²⁷⁰⁵, que triunfaria definitivamente com o pensamento de WINDSCHEID, denotando-se, a propósito do direito subjectivo, o

²⁷⁰⁰ PUCHTA, *Lehrbuch der Pandekten*, Leipzig, 1838, § 4

²⁷⁰¹ Cf. KARL LARENZ, *Metodologia da Ciência do Direito*, ... cit., p. 25 e ss.

²⁷⁰² KARL LARENZ, *Metodologia*... cit., p. 25

²⁷⁰³ KARL LARENZ, *Metodologia*... cit., p. 26, nota 8

²⁷⁰⁴ KARL LARENZ, *Metodologia*... cit., p. 25. LARENZ esclarece, ainda, que “a maneira como ele [Puchta] constrói os conceitos ulteriores, ou seja, o processo lógico-dedutivo, deriva não da filosofia idealista, designadamente da hegeliana, mas (...) do racionalismo do século XVIII, em especial do pensamento de Christian Wolff”.

No mesmo sentido, WIEACKER, *História do direito privado moderno*, ... cit., (que, aliás, LARENZ cita, embora na versão original, p. 373 e ss).

²⁷⁰⁵ Saliente-se, ainda, que PUCHTA afirma que “existe um direito (em sentido subjectivo) quando por força do Direito (em sentido objectivo) um objecto cai em poder de certa pessoa”. A formulação contida no seu *Lehrbuch der Pandekten* (§ 28) mostra, a despeito do que ficou dito, um paulatino resvalar para o objectivismo a que somos conduzidos pela dependência relativamente ao direito objectivo. E evidencia, sobretudo, que o fundamento ético percebido na obra do autor, tal qual nos apresentou LARENZ, longe de ser assumido na sua radicalidade condicionante das concretas soluções predispostas pelo legislador ou pela doutrina, funciona como uma fórmula que, conferindo fundamento e consistência sistemática ao modelo proposto, fica encerrada no domínio especulativo sem interferir na judicativa realização do direito.

Cf., a propósito da deriva formalista, cf. LARENZ, *Metodologia*... cit., p. 39. Afirma o autor que “Deste sentido ético-jurídico de propriedade, referido em última análise à pessoa, não resta, manifestamente, na definição de propriedade de Windscheid o mais ligeiro vestígio, ao invés do que acontece ainda com as ideias de Puchta. O que é, porém, característico do pensamento conceptual abstracto em geral: os conceitos extraídos permitem apenas apreender a superfície exterior do fenómeno; o cerne, isto é, o conteúdo significativo vem a ser quase completamente eliminado. Visto do plano lógico-formal, o sistema está certo; visto do plano material, falta-lhe justamente o essencial, a substância espiritual”.

Cf., igualmente, MENEZES CORDEIRO, *Tratado* ... cit., I/I, p. 314.

mesmo trilho percorrido pelo Direito, e abrindo-se o flanco a críticas que, se outras não houvesse, foram determinantemente assumidas por juristas que posteriormente se debruçaram sobre a problemática.

Cultor do modelo conceptual, o “último sistematizador do Direito Comum”²⁷⁰⁶, mantém-se fiel a PUCHTA na colocação cimeira do direito subjectivo na estrutura da pirâmide idealizada. Diverge, porém, profundamente no modo como compreende a categoria. Não que a formulação seja díspar, mantendo-se, pelo contrário, a referência ao poder da vontade. No entanto, o que na aparência poderia implicar a convergência traduz-se, numa visão não perfunctória do seu pensamento, num dissenso.

WINDSCHEID define o direito subjectivo como “um poder da vontade ou dominação da vontade conferido pela ordem jurídica”²⁷⁰⁷. E com isso passa a ser claro o posicionamento do autor no nexa estabelecido entre aquele e o ordenamento positivo, transmutando-se, nas palavras de HABERMAS, num “reflexo de uma ordem jurídica que transmite aos indivíduos o poder de vontade incorporada objectivamente nela”²⁷⁰⁸.

Percepciona-se o afastamento do fundamento ético jusnaturalista. E o dado é transparentemente confirmado quando nos deparamos, sem embargo da linha kantiana de afirmação da liberdade humana, com uma concepção psicológica da vontade, ao arrepio do que até então se tinha sustentado²⁷⁰⁹, motivando críticas que perduram hodiernamente²⁷¹⁰. Na verdade, não se pode ignorar aquelas situações em que um direito é titulado por alguém cuja vontade está diminuída ou mesmo excluída²⁷¹¹. O próprio

²⁷⁰⁶ A expressão é de LARENZ, *Metodologia...* cit., p. 34

²⁷⁰⁷ WINDSCHEID, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, II... cit., § 37 (cf., igualmente, a tradução italiana *Diritto delle Pandette*, ... cit., p. 170 – “diritto è una podestà o signoria della volontà impartita dall’ordine giuridico”)

²⁷⁰⁸ HABERMAS, *Direito e democracia...* cit., p. 117

²⁷⁰⁹ Apontando a transmutação da vontade enquanto categoria ética para uma categoria psicológica, cf. PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *Teoria Geral...* cit., p. 647 e 670. Diz-nos, aí, o autor que a doutrina da vontade incorreu no erro de interpretar aquela num sentido psicológico sem entender que a referência deve ser feita à vontade livre, no sentido de livre arbítrio. Donde conclui o autor que a liberdade não se prende com uma realidade psicológica, mas com uma concepção ética e política de liberdade individual e de autonomia.

²⁷¹⁰ Cf., numa referência a essas mesmas críticas, embora as não acolha de modo pleno que justifique a adesão às teorias que se situam nos seus antípodas, CAPELO DE SOUSA, *Teoria Geral...* cit., p. 175.

Veja-se, ainda, MENEZES CORDEIRO, *Teoria geral...* cit., p. 319 e 315 e, com um impulso gerador de uma concepção de direito subjectivo de sentido oposto, RUDOLF VON IHERING, *Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung* III, 1, Adamant Media Corporation, 2003, p. 332.

Cf., igualmente, PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA, *Noções fundamentais de direito civil*, 6ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 1973, p. 231 e ss.

²⁷¹¹ Pense-se no caso dos menores ou dos dementes. E bem assim, numa leitura actualista da problemática, o caso dos direitos dos nascituros, a respeito dos quais alguns autores chegam a formular a hipótese da existência de direitos sem sujeito.

WINDSCHEID tem a sensibilidade de antecipá-las²⁷¹². E se as contorna pela suposição de que a vontade de que se fala não é do titular, mas da ordem jurídica, o expediente de congruência interna do sistema de que lançou mão deixa-o ainda mais preso ao formalismo conceptual²⁷¹³.

O direito subjectivo converte-se numa pura forma, num expediente técnico-jurídico que olvida a materialidade subjacente ou, ancorando-se numa visão enganadora da liberdade humana, encaminha-nos para uma neutralidade valorativa fomentadora do jus-absolutismo que desagrega a personalidade.

²⁷¹² Cf. WINDSCHEID, *Lehrbuch...* cit., p. 89.

Para a explicitação do modo como WINDSCHEID desenvolve a sua concepção de direito subjectivo, cf. LARENZ, *Metodologia ...* cit., p. 37-38, que aqui acompanhamos de perto. LARENZ adverte que, com WINDSCHEID, “a tónica desloca-se da possibilidade de domínio sobre um objecto (...) para a possibilidade de se impor judicialmente uma injunção da ordem jurídica contra outrem, o que designa por pretensão. O efeito da propriedade vê-o ele não tanto no poder do proprietário dispor da coisa (...), mas na mera possibilidade de excluir os outros da mesma coisa (...)”.

Para uma crítica desta visão empobrecedora da propriedade, e mais amplamente de todos os direitos reais, cf. HENRIQUE MESQUITA, *Obrigações reais e ónus reais*, Almedina, Coimbra, 1997, p. 47 e ss.

²⁷¹³ Uma análise cuidada da pertinência ou impertinência da doutrina da vontade será levada a cabo posteriormente. Na verdade, estamos em crer que a crítica já explicitada – contra o que afirmam vozes incontornáveis da nossa doutrina civilística – pode ser ultrapassada. Basta para tanto que, mantendo a fidelidade ao espírito voluntarista, se coloque o acento tónico no poder e não no poder da vontade. Esta é, aliás, a solução encontrada actualmente pelos juristas pátrios que, percebendo as suas falhas, continuam a entender que ela capta melhor o fenómeno da subjectivação do que aquela que se focaliza no interesse, tal como propôs IHERING.

Assim, MOTA PINTO, *Teoria Geral...* cit., p. 178, define o direito subjectivo como “o poder jurídico, reconhecido pela ordem jurídica a uma pessoa, de livremente exigir ou pretender de outrem um comportamento positivo (acção) ou negativo (omissão) ou por um acto de livre vontade, só de *per si* ou integrado por um acto de uma autoridade pública, produzir determinados efeitos jurídicos, que inevitavelmente se impõem a outra pessoa (contraparte ou adversário). CAPELO DE SOUSA, *Teoria Geral...* cit., p. 178-179, apresenta uma noção similar, afirmando ser o direito subjectivo “o poder atribuído ou reconhecido pela ordem jurídica de exigir ou pretender de outrem um dado positivo ou negativo ou de impor unilateralmente determinados efeitos à esfera jurídica alheia”. Já anteriormente, MANUEL DE ANDRADE, *Teoria Geral...* cit., p. 3, tinha adoptado uma posição que serviu de inspiração aos civilistas referidos.

Em qualquer uma delas é patente a exclusão da referência à vontade, persistindo, unicamente, a acentuação do elemento “poder”, o que, permitindo a filiação dos autores na doutrina voluntarista, e motivando críticas de quem a contesta (cf., a título exemplificativo, MENEZES CORDEIRO, *Tratado ...* cit., I/I, p. 321, nota 938), contorna o óbice mais visível daquela, na sua última formulação, e concede espaço à indagação da sua bondade dogmática, já que, do nosso ponto de vista, não é a exteriorização do conceito que o fere de morte, mas o desenraizamento de um fundamento personalista que não poderá ser olvidado que nos conduz a resultados concretos, em que aquele se projecta, nefastos.

Cf., a propósito da vontade e do modo como ela deve ser encarada, contornando as críticas que ressaltam a ausência da mesma nos dementes e crianças, A. VON TUHR, *Derecho Civil, Teoría general del derecho civil alemán, volumen I, Los derechos subjetivos y el patrimonio*, traducción directa del alemán por Tito Ravá, Marcial Pons, Ediciones Jurídica y Sociales, S.A., Madrid, Barcelona, 1998., p. 60, onde se estabelece a diferença entre a vontade actual e a vontade potencial para, a partir da dicotomia, se defender que o relevante é a vontade potencial (a coisa deve estar à disposição do proprietário para que ele a use quando quiser e entender).

A propósito da ideia de direito subjectivo como um poder jurídico, cf. GIUSEPPE GUARINO, *Poteri giuridico e diritto soggettivo*, Ristampa, Napoli, Eugénio Jovene, 1990

São os laços caracterizadores da intersubjectividade quebrada que IHERING tenta de algum modo resgatar, influenciado pela abertura a uma jurisprudência sociológica que, embrionariamente, protagonizava²⁷¹⁴.

A essência determinante do direito já não é o poder²⁷¹⁵, mas o interesse, definindo-se aquele como o “interesse juridicamente protegido”^{2716 2717}. De uma visão estrutural, assente na ideia de pretensão, somos conduzidos a uma visão funcional, onde o dado relevante passa a ser a possibilidade de aproveitamento de um bem e o escopo dessa actuação. O direito subjectivo é atribuído pela ordem jurídica e tutelado através da *actio*²⁷¹⁸.

Curiosamente, na sua exortação pela defesa do direito subjectivo, entendida como um dever do titular do direito para consigo mesmo (um imperativo de autodefesa moral) e um dever para com a comunidade, já que só através dela o direito objectivo se pode realizar, sustenta que “a visão materialista que confunde a questão do direito com a questão do interesse perde toda a justificação, pois o golpe que o arbítrio puro desfere contra o direito não atinge apenas este, mas a própria pessoa”. Assumindo a propriedade como “a periferia da pessoa projectada no terreno material” e considerando a existência de um valor ideal em qualquer direito, resultado do incomensurável valor comunicado pela relação entre o direito e a pessoa, IHERING liga insofismavelmente a existência do direito subjectivo e o seu exercício à personalidade²⁷¹⁹.

²⁷¹⁴ Para mais desenvolvimentos sobre o papel de IHERING na história do pensamento jurídico filosoficamente comprometido, cf. LARENZ, *Metodologia ... cit.*, p. 55 e ss. e, ainda, MICHEL VILLEY, “Le droit subjectif chez Ihering”, *Seize Essais de Philosophie du Droit*, Dalloz, Paris, 1969, p. 208 e ss.

²⁷¹⁵ Cf. MARIA CRISTINA SILVA CARNEIRO NOBRE, *Direito subjectivo e poder*, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2003

²⁷¹⁶ RUDOLF VON IHERING, *Geist des römischen Rechts ... cit.*, p. 329.

Cf. VÂNIA ISABEL DA COSTA GOMES JACINTO, *Direito subjectivo e interesse. A teoria de Rudolf von Ihering*, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2003

²⁷¹⁷ Para uma análise crítica da teoria do interesse na doutrina portuguesa, cf., *inter alia*, e sem embargo de ulteriores considerações, CAPELO DE SOUSA, *Teoria geral ... cit.*, p. 176, nota 428; MOTA PINTO, *Teoria geral ... cit.*, p. 180 e ss.; PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA, *Noções fundamentais... cit.*, p. 233; HÖRSTER, *A parte geral ... cit.*, p. 228; MENEZES CORDEIRO, *Tratado ... cit.*, I/I, p. 319.

Entre as principais objecções à noção introduzida no debate, pela primeira vez, por IHERING apontam-se: o facto de ela não viabilizar a distinção entre o direito subjectivo e os interesses legalmente protegidos; o facto de poder haver direitos aos quais não corresponde um interesse do seu titular; o facto de este não estar adstrito, no seu exercício, a uma qualquer finalidade definida heteronomamente, recusando-se uma funcionalização da categoria.

²⁷¹⁸ Cf. IHERING, *A luta pelo direito*, tradução de PIETRO NASSETTI, Martin Claret, 2003 (texto original de 1872), onde o autor afirma que o direito subjectivo representa “a actuação concreta da norma abstracta, de que resulta uma faculdade específica de determinada pessoa”, e p. 53, onde refere que “o interesse constitui o núcleo prático do direito subjectivo”.

²⁷¹⁹ IHERING, *A luta pelo direito... cit.*, p. 54.

Cf., a este propósito, HÖRSTER, *A parte geral ... cit.*, p. 48.

Considera, ainda, que, a par da dimensão pessoal da titularidade do direito, há uma dimensão “comunitária” do mesmo que o obriga a analisar – nesse espírito exortativo a que já fizemos referência – as relações entre o direito entendido em termos subjectivos e em termos objectivos. E nessa dialéctica entretecida, sustenta que o segundo, o direito abstracto, depende do primeiro, o direito concreto, porque aquele só se cumpre na vida graças à actuação dos particulares, do mesmo modo que o direito objectivo constitui o pressuposto do subjectivo, porque este só se pode constituir se se preencherem os requisitos que o primeiro erige²⁷²⁰.

Há, no fundo, para IHERING uma “solidariedade” entre a lei e o direito subjectivo^{2721 2722}, e com ela o regresso a uma forma de objectivismo^{2723 2724}.

²⁷²⁰ IHERING, *A luta pelo direito...* cit., p. 58

²⁷²¹ IHERING, *A luta pelo direito...* cit., p. 65

²⁷²² O que ficou dito permite salientar alguns pontos incontornáveis para aquilo que nos tem mobilizado. Assim, por um lado, a recusa de um individualismo radical, sem que se possa colar o autor, na esteira do que nos diz MENEZES CORDEIRO (cf. *Tratado ... cit.*, I/I, p. 318, nota 934), a uma visão personalista tal-qualmente a entendemos nos nossos dias. Por outro lado, a identificação do direito com o interesse, conducente a uma eventual funcionalização do conceito. Qualquer um destes alicerces obteve-se à custa da objectivação daquele (cf. HABERMAS, *Direito e democracia...* cit., p. 117, 118), sem que, não obstante, e por tudo o que ficou dito, pareçam procedentes as críticas de MENEZES CORDEIRO quando afirma que se privou “o direito subjectivo do nível significativo-ideológico que os jusnaturalistas lhe tinham assacado e que Savigny introduzira nos quadros da terceira sistemática” (*Tratado...* cit., p. 317). Efectivamente, afastada a ideia de liberdade enquanto poder da vontade, nem por isso com a teoria do interesse o direito subjectivo se confunde com um expediente lógico do sistema.

²⁷²³ Cf., depondo nesse sentido, ainda, PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *Teoria Geral...* cit., p. 644.

Saliente-se que entre as críticas mais acutilantemente dirigidas ao insigne jurista não se aponta o retorno ao objectivismo no sentido da dependência do direito subjectivo relativamente ao ordenamento jurídico. Pois, se é certo que em IHERING a não subjectivação resulta, também, da colocação do direito ao nível da regulação objectiva, afastando-se o poder da vontade que até então caracterizava o núcleo essencial daquele, uma coisa são as lanças desferidas contra a funcionalização teleológica da categoria, outra diversa é a positivação do direito subjectivo. E a verdade é que, ainda hoje, muitos autores afirmam que é o ordenamento jurídico a atribuí-lo e não meramente a reconhecê-lo.

Para uma síntese das posições que se foram delineando acerca da relação entre o direito objectivo e o direito subjectivo, cf. VITTORIO FROSINI, “Diritto soggettivo”, ... cit., p. 1047 a 1050 (aqui 1048). Falamos o autor de três possíveis posições: 1) jusnaturalista, para a qual o direito subjectivo precede o direito objectivo, que se limita a reconhecê-lo; 2) positivista, aqui sem o cunho da corrente jus-filosófica, para a qual todo o direito se reduz ao direito objectivo; 3) dialéctica, para a qual há um conceito central, o de direito, que pode ser perspectivado duplamente: em sentido objectivo ou subjectivo.

Sem embargo do mérito da sistematização proposta, importa ter em conta que a ideia de reconhecimento de determinados direitos pelo ordenamento que, inelutavelmente, se impõem ao próprio legislador não nos condena ao jusnaturalismo.

O objectivismo de que aqui se dá nota redundante, então, na subjectivação do bem, que se traduz no interesse. O direito subjectivo passa a ser predisposto à tutela de bens – cf CARLO BOZZI, “Interesse e diritto”, *Novissimo Digesto Italiano*, VIII, 1957, p. 847 (que também deve ser consultado a propósito da querela acerca da posição relativa entre o direito subjectivo e o ordenamento jurídico. Saliente-se, neste quadro, que o autor orienta o seu discurso no sentido da ligação entre a opção de base naquela questão e uma dada concepção filosófica e ideológica do Estado e dos seus poderes, pelo que, incidentalmente, foca outro tema conexo – o da divisória entre o direito público e o direito privado).

Cf., a este propósito, HÖRSTER, *A parte geral...* cit., p. 47.

Quanto ao primeiro nível argumentativo, importa referir, de modo global, que a identificação entre o direito e o interesse inviabiliza a consideração dos interesses legalmente protegidos que não ascendem à categoria do primeiro, ao mesmo tempo que o exercício deste não deve implicar qualquer tipo de

60. Do objectivismo moderado de IHERING ao objectivismo radical de DUGUIT e KELSEN

A percepção do retorno ao objectivismo com IHERING pode ser encarado sob um duplo prisma. De um lado, o objectivismo tão tipicamente positivista, que impede a consideração da existência de direitos subjectivos que não sejam atribuídos pelo ordenamento jurídico, obrigando-nos a ponderar as relações entretecidas pelos dois pólos dialecticamente comunicantes do nosso sistema. De outro lado, o objectivismo resultante da recondução daqueles a um interesse legalmente protegido, com o consequente esbatimento da dimensão de soberania do querer em nome de uma tendencial funcionalização do direito.

Liga-se a segunda perspectiva ao combate da voragem individualista que contaminou a gênese dos direitos subjectivos e ainda hoje reclama os seus créditos, sem que seja, como veremos, a única via de superação do tecnicismo e voluntarismo radical da corrente contrária²⁷²⁵.

funcionalização. Até porque, como salienta MENEZES CORDEIRO (*Tratado ... cit. I/I*, p. 319), há determinados direitos aos quais não corresponde qualquer interesse. Para mais desenvolvimentos sobre este ponto, cf., *inter alia*, CAPELO DE SOUSA, *Teoria Geral...*, cit., 176.

Para uma síntese dessas críticas, cf. o que dissemos supra, em nota.

²⁷²⁴ Para um elenco das críticas dirigidas à teoria do interesse, e bem assim à teoria da vontade, cf., ainda, REIS MARQUES, *Introdução ao Direito...* cit., p. 257 e ss.

²⁷²⁵ Falamos não só das posições ecléticas patenteadas por autores como REGELSBERGER, como também e preferencialmente de inúmeras outras teorias que, apreendendo as notas ideológicas e técnicas fundamentais do direito subjectivo, apresentam noções da categoria que não podem ser reconduzidas, *in totu*, a qualquer uma das posições explanadas.

Para REGELSBERGER, o direito subjectivo seria simultaneamente um poder da vontade e um interesse protegido, na medida em que o ordenamento jurídico reconhece o primeiro à pessoa para lhe facultar a realização de um determinado interesse, que assim passa a ser protegido.

Considerando que a posição do autor não é superadora das concepções anteriores, limitando-se a, “acumulando os inconvenientes das posições que utilizou”, proceder a um “somatório ou justaposição” dos termos daquelas, cf. MENEZES CORDEIRO, *Tratado...* cit., I/I, p. 318 e CAPELO DE SOUSA, *Teoria Geral...* cit., p. 176, nota 429.

Num sentido diverso, entendendo que contra doutrinas ecléticas não podem ser movidas as críticas que atingiam a doutrina do interesse, cf. ORLANDO DE CARVALHO, *Teoria Geral do Direito Civil, ... cit.*, p. 25.

Na esteira de REGELSBERGER, outros autores adoptaram uma posição mista. Entre eles, JELLINEK (*Sistema dei diritti pubblici subjettivi*, tradução italiana de VITAGLIANO, Milão, 1912, que define o direito subjectivo como o poder de querer que o homem tem, reconhecida e protegida pelo ordenamento jurídico, dirigida a um bem ou interesse), e, entre nós, CASTRO MENDES, *Teoria Geral do Direito Civil*, I, AAFDL, reimpressão, 1998, p. 325; GUILHERME MOREIRA, *Instituições de Direito Civil Português*, 1º volume, ...cit., p. 4; CABRAL MONCADA, *Lições de Direito Civil*, 1º volume, 3ª edição, Atlântida, Coimbra, 1959, p. 62 e CARVALHO FERNANDES, *Teoria Geral do Direito Civil*, 2º volume, 5ª edição, 2010, p. 549.

Inserir-se a primeira numa tendência de exclusão do domínio jurídico de tudo quanto não seja posto ou imposto pelo legislador, pelo que está longe de ser monopólio da interressiologia a que somos conduzidos pelo pensador germânico²⁷²⁶.

Mais do que a escalpelização do pensamento do autor que, perfunctoriamente, acompanhamos, a bipartição problemática proposta tem o condão de nos auxiliar discursivamente na medida em que nos alerta para os pontos fulcrais a abordar se quisermos ser logrados na compreensão do direito subjectivo enquanto categoria dogmática autónoma. Dito de outro modo, serão direitos subjectivos apenas aqueles que são atribuídos pelo nosso ordenamento ou limitar-se-á este, em muitos casos, a reconhecê-los? E como antever as relações dialécticas entre o direito subjectivo e o direito objectivo²⁷²⁷? Inquietante, ainda, a ligação entre o direito e o interesse. Estarão eles imbricados e, se sim, comportará tal concepção uma funcionalização do primeiro, ao ponto de se perder uma nota distintiva essencial entre ele e os poderes-funcionais²⁷²⁸?

Antes de continuarmos, importa, porém, salientar que a funcionalização e objectivação do direito subjectivo experimentadas em IHERING viabilizaram posições mais radicais, que, embora se situem ideologicamente nos antípodas umas das outras, se reconduzem, *grosso modo*, à negação daquele^{2729 2730}.

Falamos de DUGUIT, KELSEN²⁷³¹ e LARENZ, na primeira fase do seu pensamento.

²⁷²⁶ A mesma tendência ficou denotada quando acompanhamos o pensamento de WINDSCHEID, pelo que a grande diferença será a nota de unicidade das diversas tutelas erigidas em nome dos interesses predispostos. Motivo de crítica por inúmeros autores, a identificação do direito subjectivo com o interesse implica a tarefa suplementar de distinção entre uma tutela directa e uma tutela reflexa daquele. E se tivermos presente que esta é reconhecida por todos – até porque é no quadro legislativo que se fala de interesses legalmente protegidos ou normas de protecção de interesses alheios –, há que, em rigor, reduzir o problema ao seu mínimo denominador para reconhecer que em causa está, afinal, a pertinência ou impertinência da colagem evidenciada.

²⁷²⁷ Na verdade, importa sublinhar, para evitar qualquer equívoco, que, ainda que se evite a positivação dos direitos subjectivos, há uma nota de objectivação que não pode ser olvidada. Pois que não estamos a falar de direitos naturais ou de natureza social, mas de direitos jus-civilisticamente protegidos, pelo que o mínimo de reconhecimento pelo ordenamento há-de existir. O que se questiona é se o direito subjectivo é anterior ao direito objectivo ou o contrário.

²⁷²⁸ Note-se que parte da doutrina vê estes direitos funcionais ou poderes deveres como uma submodalidade de direitos subjectivos. Nesse sentido, cf. CAPELO DE SOUSA, *Teoria geral...* cit., p. 185 e ss. e ORLANDO DE CARVALHO, *Teoria Geral do Direito Civil...* cit., p. 40 e ss.

²⁷²⁹ Cf. HABERMAS, *Direito e democracia...* cit., p. 119; cf., igualmente, MASSIMO LA TORRE, *La lotta contro il diritto soggettivo, Karl Larenz e la dottrina giuridica nazionalsocialista*, Giuffrè Editore, Milano, 1988, p. 234 e ss., para um confronto entre a posição de IHERING e a sua luta pelo direito e a posição de LARENZ e a sua luta contra o direito.

²⁷³⁰ Cf. VITTORIO FROSINI, “Diritto soggettivo”, ...cit., p. 1049. O autor salienta que foi com o advento do século XX e a intensificação da intervenção do Estado nas relações societárias que o conceito de direito subjectivo entrou em crise, dando-se especial ênfase ao dever.

²⁷³¹ Contestando a inserção de KELSEN entre os autores negativistas, cf. MENEZES CORDEIRO, *Tratado...* cit., I/I, p. 322, nota 941 e FRANÇOIS LONGCHAMPS, “Quelques observations sur la notion de droit

Para DUGUIT²⁷³², seria inconcebível que, sob a chancela do ordenamento jurídico, se pudesse afirmar que uma vontade é superior à outra, ao que acresceria que os pressupostos metafísicos do direito subjectivo e a sua natureza anti-social o tornariam um expediente indesejável.

Já KELSEN²⁷³³ encara o problema da conceptualização do direito subjectivo à luz da sua teoria normativista do direito²⁷³⁴. Nunca é demais recordar que para ele, oriundo do Círculo de Viena, o jurista deve abster-se de considerações acerca dos valores e das

subjectif dans la doctrine”, *Archives de Philosophie du Droit*, IX, 1964, p. 63, que, aliás, é citado pelo primeiro autor.

Referindo-se à posição de KELSEN, cf., ainda, REIS MARQUES, *Introdução ao Direito...* cit., p. 260 e ss.

²⁷³² Cf. LEON DUGUIT, *Les transformations générales du droit privé depuis le Code Napoléon*, 1920, p. 12 e ss. O autor afirma que a questão central é a da existência ou não de uma manifestação de vontade. Se esta estiver em conformidade com a lei, pode surgir o problema de conflitar com ela uma outra que, nesse caso, actuaria contra o ordenamento. A questão da existência de um direito subjectivo, emergindo diante da violação da lei, redundaria, afinal, em saber se os expedientes que o ordenamento faculta para fazer face a essa acto *contra legem* podem ou não ser assim qualificados, para se responder, na esteira do pensamento do autor, negativamente. Reduzido a um mecanismo de movimentação das vias judiciais, o direito subjectivo reduz-se a zero, sobretudo se pensarmos que a actuação dos órgãos judiciais e/ou administrativos, perante a reacção de um cidadão, é vinculada ao quadro legal, não sendo possível a omissão de agir.

Para o autor, quando alguém propõe uma acção, não está a exercer nenhum direito, mas a agir *secundum legem*. E o mesmo se pode dizer, *mutatis mutandi*, da prática de um acto lícito, considerando-se, ademais, numa visão conflitualista do problema, que aquele que se opõe a tal actuação comete um acto ilícito.

O fenómeno jurídico, tal como é encarado por DUGUIT, sublinha o dever, em detrimento do direito, numa linha de acentuação da solidariedade social, ao ponto de percepcionar a própria propriedade como o poder do indivíduo que ocupa uma específica posição económica de cumprir a obrigação inerente ao seu estatuto social e de afirmar que não existe outra lei que não seja a lei de cumprir o seu dever. Na verdade, (cf. *Manuel de Droit Constitutionnel. Théorie générale de L'État. Le droit de l'État. Les libertés publiques. L'organisation politique de la France*, Paris, 1923., p. 12-13) encontrando o autor o fundamento do direito objectivo na solidariedade social, o direito subjectivo não poderia deixar de derivar dele e de ser entendido como “o direito de realizar todos os actos pelos quais coopera na solidariedade social” e bem assim “o direito de impedir que quem quer ponha obstáculos ao cumprimento do papel que lhe compete”. É nesse quadro que o autor vê a liberdade como um direito, porque “o homem tem o dever de desenvolver a sua actividade individual tão plenamente quanto possível”, dado ser ela “um factor essencial da solidariedade que decorre da divisão do trabalho”. Dito de outro modo com o autor, “ele tem o direito na medida em que consagra a sua actividade própria à realização da solidariedade social”. E acrescenta que insistir na visão do direito de propriedade como um direito natural nos conduzirá logicamente ao comunismo, uma vez que, se ela assenta na ideia de que o homem tem o direito de se apropriar do produto da sua actividade, todo aquele que trabalha deveria ser proprietário e só quem trabalha o poderia ser (p. 13).

Veja-se, ainda, *Le droit social. Le droit individuel et la transformation de l'état*, Paris, 1908.

Cf., ainda, para maiores desenvolvimentos do pensamento de DUGUIT no quadro das preocupações de fundamentação do sistema de normatividade, SIMONE GOYARD-FABRE, *Os fundamentos...* cit., p. 153 e ss.

V., igualmente, FRANÇOIS GÉNY, “Les bases fondamentales du droit civil en face des théories de L. Duguit”, *Revue trimestrielle de Droit Civil*, 1922, XXI, p. 779-829 e ALFONSO RODRÍGUEZ DE QUIÑONES Y DE TORRES, “Algunas consideraciones sobre la negación del derecho subjetivo en L. Duguit”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, t. 1, 1984, p. 301-330

²⁷³³ HANS KELSEN, *Teoria pura do direito*, ... cit., p. 185.

²⁷³⁴ A teoria pura do direito, edificada por KELSEN, insere-se no positivismo normativista ou lógico-normativo, distinto do positivismo jurídico empírico, que concebia o direito na perspectiva dos factos, fossem eles factos do mundo psicológico, na esteira de BIERLING, fossem eles factos do mundo exterior, como no positivismo jurídico sociológico. Cf., para maiores desenvolvimentos, ARTHUR KAUFMANN, *Filosofia do Direito*, ... cit., p. 21 e ss. e, *supra*, as considerações que foram expandidas acerca do autor.

normas, porque carecidas de sentido²⁷³⁵, e debruçar-se, apenas, sobre as estruturas formais daquelas. Nessa medida, o dever de que o direito cura não é um valor ético, mas uma pura forma^{2736 2737}. Reduzido à norma, percebe-se que o direito objectivo absorva o direito subjectivo. Tido como um expediente de que o primeiro se serve, embora tal não tivesse de ser necessariamente assim, é definido como o poder de reagir, através de uma acção, contra o não cumprimento de um dever^{2738 2739}.

LARENZ²⁷⁴⁰, por seu turno, substitui o conceito de direito pelo conceito de *status*²⁷⁴¹. Recusando a distinção entre a esfera pública e privada, dado o sujeito estar

²⁷³⁵ Cf. ARTHUR KAUFMANN, *Filosofia do Direito*...cit., p. 21.

²⁷³⁶ Cf. ARTHUR KAUFMANN, *Filosofia do Direito*...cit., p. 22. Note-se que, para KELSEN, a justiça é “um belo sonho da humanidade” que verdadeiramente nunca se conhecerá, redundando a afirmação naquilo que KAUFMANN qualifica por relativismo axiológico – cf. KELSEN, *Was ist Gerechtigkeit?*, 1953, *apud* KAUFMANN, *Filosofia do Direito*... cit., p. 22 e nota 6.

²⁷³⁷ Cf., igualmente, KELSEN, *Teoria pura* ... cit., p. 201, onde o autor, na voragem formalista da posição que sustenta, admite que uma norma jurídica pode ter um conteúdo absurdo ou arbitrário. Note-se, porém, que o autor admite a existência de uma norma fundamental de direito natural (*Grundnorm*), “um mínimo de metafísica”, sem a qual “não é possível o conhecimento do direito”. No fundo, o que o autor vem dizer é que o juízo de imputação em que se traduz a norma (tida como uma estrutura de ligação entre um fundamento e uma consequência) se configura como uma injunção dirigida ao órgão judicial. Para tanto, este deveria estar obrigado por uma segunda proposição jurídica pelo que, como não se pode caminhar *ad infinitum*, a *Grundnorm* haveria de ser postulada. Cf. KELSEN, *Die philosophischen Grundlagen der Naturrechtslehre und des Rechtspositivismus*, 1928, *apud* KAUFMANN, *Filosofia do direito*... cit., p. 24, que nesta nota acompanhamos de muito perto e que, em virtude disso, afirma que “em último termo, portanto, o dever é, também em Kelsen, uma categoria ética”.

No fundo, para KELSEN o direito subjectivo deixa de ser o vector dominante da construção jurídica para ser substituído pela noção de dever. Como afirma CARLO BOZZI (“Interesse e diritto”, ... cit., p. 848), o direito subjectivo é uma *obrigação relativa* (se A tem o direito de usar uma coisa, isso implica que as demais são titulares do dever de não interferir com ela).

²⁷³⁸ HANS KELSEN, *Teoria pura*... cit., p. 186.

²⁷³⁹ Cf., para uma interessante abordagem do pensamento de KELSEN a este propósito, traçando uma linha de continuidade do objectivismo que começou a desenhar-se desde IHERING, CARLO BOZZI, “Interesse e diritto”, ... cit., p. 847 e sobretudo 848, onde o autor acaba por dizer que uma dada interpretação da teoria Kelsiana toca o interesse, enunciado por IHERING e aprofundado por THON. Mostra-nos o autor que o entendimento kelsiano acerca do direito subjectivo é tributário de uma concepção mais ampla acerca do direito e do Estado.

Refira-se, ainda, que BOZZI deixa claro que o resvalar para o domínio do ordenamento é potenciado pela própria teoria da vontade, na versão de WINDSCHEID. Pois que basta considerar que a vontade que caracteriza o direito subjectivo é, afinal, a vontade do ordenamento jurídico.

²⁷⁴⁰ KARL LARENZ, “Rechtsperson und subjektivs Recht”, LARENZ, (Hrsg.), *Grundfragen der neuen Rechtswissenschaft*, Berlin 1935, p. 225 ss. Note-se que falamos aqui de uma primeira fase do pensamento de LARENZ, posteriormente abandonada. Cf. LARENZ/WOLF, *Allgemeiner Teil des deutschen bürgerlichen Rechts*, 9. neubearbeitete und erweiterte Auflage, C. H. Beck, München, 2004, p. 270 e ss. O autor abstém-se de apresentar uma noção de direito subjectivo, dando origem àquilo que, entre nós, MENEZES CORDEIRO designa por orientação neo-empírica (cf. MENEZES CORDEIRO, *Tratado*... cit., I/I, p. 323). Na verdade, tendo em conta a multiplicidade de situações abarcáveis pela figura, LARENZ opta por apresentar um elenco descritivo delas, falando, então, de direitos absolutos de senhorio (direitos de personalidade, direitos reais e direitos sobre bens imateriais); de direitos de família pessoais; de créditos; de pretensões; de direitos potestativos; de direitos participativos e de expectativas.

A nota comum entre elas é a função que cumprem de protecção de uma esfera de liberdade.

Para uma análise do conceito de direito subjectivo elaborado por LARENZ numa primeira fase do seu pensamento, cf. MASSIMO LA TORRE, *La lotta contro*... cit., p. 167 e ss. Integra-se, aí, no movimento de renascimento jurídico alemão, intimamente comprometido com o regime nacional-socialista.

totalmente integrado na estrutura social, o direito subjectivo não resulta da essência do ser humano e da sua intrínseca dignidade, mas do facto de ser membro da comunidade^{2742 2743}, sendo reduzido a uma especificação do direito objectivo. A sua essência traduz-se, não numa liberdade ou num poder, mas num dever ser, expressão de um vínculo existencial e não meramente normativo²⁷⁴⁴.

A radicalidade com que somos confrontados insta-nos a ponderar reflexivamente a essência do direito subjectivo, na profundidade dos alicerces que o sustentam. Em jogo está a própria manutenção daquele na sua autonomia conceptual. E sem querermos resvalar num conceptualismo espúrio, estamos seguros que o seu combate não passa pela eliminação pura e simples de qualquer conceito do quadro jurídico. Desde que operativos, estes afiguram-se imprescindíveis, sendo expedientes incontornáveis ao contribuírem para a redução da complexidade que a realização judicativo-decisória do direito acarreta.

Revela-se a prudência fundamental a este ensejo, conduzindo à rejeição de duas posições extremas. Quer aquela que, aceitando que a realidade tudo comanda, importa para o mundo jurídico dados dela sem se aperceber da natureza juridicamente cunhada

²⁷⁴¹ Cf. o que à frente, em nota, se diz sobre SIEBERT e a influência que exercer sobre esta fase do pensamento de LARENZ.

²⁷⁴² LARENZ, “Recthsperson...”, ... cit., p. 241.

²⁷⁴³ Note-se que a pertença, como membro, à comunidade estava reservada a quem pertencesse ao povo germânico. Cf. LARENZ, “Recthsperson...”, ... cit., p. 246.

Partindo de uma concepção organicista de sociedade, LARENZ presenteia-nos com o conceito de *status*, enquanto posição jurídica que combina, polarizados num mesmo sujeito, direitos e deveres. É dele que decorre a capacidade jurídica, tornando-se plausível em termos teórico, projectáveis na *praxis*, a existência de capacidades limitadas.

De acordo com a escarpelização de MASSIMO LA TORRE (cf. *La lotta ... cit.*, p. 187), enquanto para a doutrina tradicional, a subjectividade jurídica (ali entendida como capacidade jurídica) é tida como um pressuposto da titularidade do direito, com LARENZ, a capacidade jurídica é antes um produto da situação jurídica específica em que o sujeito está investido.

Ela surge identificada como a idoneidade de assumir uma dada função no quadro do organismo social (MASSIMO LA TORRE, *La lotta ... cit.*, p. 195).

A posição jurídica assume, portanto, uma dupla vertente. Por um lado, ela indica a pertença a uma comunidade; por outro lado, é concebida por referência aos membros singulares dessa mesma colectividade – cf. LARENZ, “Recthsperson...”, ... cit., p. 245. Se do primeiro resultam diversos deveres, o direito subjectivo aparece como um dever ser de todos os membros da comunidade perante a mesma (cf. MASSIMO LA TORRE, *La lotta ... cit.*, p. 210).

²⁷⁴⁴ Cf. MASSIMO LA TORRE, *La lotta ... cit.*, p. 190-191. Significa isto, em termos de repercussões dogmáticas, que o direito já não se considera limitado exteriormente, mas no seu próprio interior.

Mais do que isso, com a doutrina de LARENZ, na primeira fase do seu pensamento, a ideia de dever sobrepõe-se à de direito e aquele é configurado, contra o que sucede num quadro liberal, em termos positivos. Já não está só em causa a simples omissão de qualquer conduta que contenda com a liberdade do outro indivíduo mas, outrossim, o dever de adoptar comportamentos positivos – cf. MASSIMO LA TORRE, *La lotta ... cit.*, p. 193.

Cf., dando ênfase à elasticidade do BGB que, vigorando desde 1900, foi capaz de atravessar o período nazi, PIETRO RESCIGNO, “Lo Schuldrecht del codice civile tedesco: l’esperienza di un secolo”, *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, anno LII, nº3, p. 771 a 785, aqui 780.

que os mesmos comungam *ab initio*. Quer aquela que, num esforço tecnicista, olvida a materialidade subjacente para alienar o mundo concreto. Qualquer uma comete o erro de esvaziar o conceito da intencionalidade especificamente jurídica que o há-de predicar, pelo que o que metodologicamente foi aflorado significa, afinal, a impertinência das soluções negativistas.

Num plano discursivo diverso, dogmaticamente mais denso, há que apontar as falhas dessas mesmas posições.

Esquemáticamente, descortina-se uma linha de força que, para lá da diversidade denotada pelos autores em apreço, pode ser tomada como denominador comum: a redução do direito subjectivo a um comando permissivo comunicado pelo direito objectivo. E é este predomínio do segundo relativamente ao primeiro que não podemos deixar de criticar, pois, se é certo que não é defensável um determinismo dedutivista à boa maneira jusnaturalista, há certos bens que o legislador não pode deixar de tutelar em nome da ineliminável dignidade do ser humano que urge reconhecer.

Inúmeras formas proteccionistas²⁷⁴⁵ poderiam, contudo, ser forjadas sem que fosse imprescindível a consagração de direitos subjectivos. Tratar-se-ia, no fundo, e afastando-nos já do posicionamento kelsiano, de um objectivismo não positivista, eivado de uma matriz axiológica fundamentante²⁷⁴⁶. Não cremos, porém, que tal espelhe correctamente os dados do nosso ordenamento jurídico.

Na verdade, joga mal essa visão com a determinação de um conteúdo positivo para direitos subjectivos. Mais concretamente, se com DUGUIT reduzíssemos o direito subjectivo a uma questão de determinação da licitude da acção cuja problematidade se

²⁷⁴⁵ O que aqui fica implicitamente referido é que negamos que a essência do direito subjectivo se cumpra num mero esquema proteccionista, que, aliás, implicaria a sua desapareição. Mais se diga que, embora estejamos aqui a ligar a posição de DUGUIT e KELSEN a essa visão proteccionista, MENEZES CORDEIRO a autonomiza das concepções negativistas, das quais, aliás, exclui o segundo autor citado. Referindo-se às doutrinas proteccionistas, de que seria exemplo paradigmático o pensamento de THON, cf. *Tratado...* cit., p. 322 e ss.

²⁷⁴⁶ Relembra-se, a este propósito, a discussão havida no ordenamento jurídico tudesco acerca da configuração dos bens elencados no §823 BGB como verdadeiros direitos subjectivos ou não. Cf. RUDOLF REINHARDT, “Das subjektive Recht im § 823 Abs. 1 BGB”, *Juristenzeitung*, 16, Heft 23/24, 1961, p. 713 e ss.

Veja-se, porém, a crítica de MENEZES CORDEIRO, *Tratado...* cit., I/I, p. 324 e ss. Entende o autor que a desconsideração do direito subjectivo e a ponderação da sua substituição por outro expediente técnico erram ao não ter em conta a “autonomia ôntica” daquele. Podemos aí ler que “o direito subjectivo existe, pela positiva e como figura geral: negá-lo, retirar-lhe importância, reduzi-lo à defesa (termo negativo) ou proclamar a impossibilidade de o definir, substituindo-o por uma listagem é, no fundo, assumir um voluntarismo ingénuo”. E por isso, referindo-se especificamente a DUGUIT, entende que nem sequer devemos ponderar a aptidão das soluções propugnadas pelo autor, na exacta medida em que o direito subjectivo não é uma simples construção técnica, tendo “um nível significativo-ideológico profundo” (p. 325).

agigantaria diante da oposição voluntária à nossa actuação, tudo redundaria no desenho de relações jurídicas de tipo omissivo. Com duas consequências.

Uma, também co-natural ao pensamento de quem como KELSEN o entende como um mecanismo de reacção, traduzida na exacerbação da conflitualidade inerente à titularidade do direito, quando, na realidade, esse será um dado excepcional^{2747 2748}.

Outra colimada na incapacidade de se considerar o conteúdo positivo do direito subjectivo. Não olvidamos que em DUGUIT ele é determinado pela nota da solidariedade social. Mas isso arrastar-nos-ia a uma funcionalização colectivista daquele que tornaria, ademais, incompreensíveis soluções como a indemnização no âmbito de um processo de expropriação por utilidade pública. E, em concreto, o formalismo kelsiano não logra explicar cabalmente até onde pode ir, na sua esfera de actuação, o titular do direito subjectivo. Sobretudo no que tange aos direitos ditos dominiais, realça-se o lado externo dos mesmos, pondo de lado o núcleo interno que os entretece²⁷⁴⁹.

²⁷⁴⁷ Cf. MENEZES CORDEIRO, *Tratado...* cit., p. 325.

Acresce que, em todos os casos de direitos obrigacionais, a ideia de colaboração típica entre credor e devedor parece não se enquadrar verdadeiramente neste esquema explicativo da categoria ou não categoria.

Confunde-se o direito enquanto tal com a garantia que o sustenta e lhe comunica a nota da juridicidade. Com o resultado óbvio de se tornarem, neste quadro, impensáveis as obrigações naturais enquanto direitos, contra o que nos é comunicado pelo nosso ordenamento jurídico positivo.

Ao mesmo tempo que implicaria a inexplicabilidade de situações de não reacção do titular do direito diante da violação do mesmo. Não se fala aqui da omissão de reacção voluntária, uma vez que ela não importa a perda da possibilidade de o fazer e, mesmo nos casos de renúncia, ela não deixa de ser querida. Mas, daqueloutros em que, v.g. por ignorância do agente violador da posição subjectiva, não há possibilidade de fazer movimentar as vias judiciais predispostas para o efeito. Nas concepções negativistas, ou mesmo naquelas que MENEZES CORDEIRO autonomiza como proteccionistas, isso importaria a não existência do direito, o que está longe de ser correcto.

Ademais, aquela renúncia de que se falou pode ser prévia e a congruência lógica do pensamento dos autores obrigá-los-ia a considerar que o direito – nessa vertente negativa a que o mesmo é reconduzido – só emergiria se e quando os pressupostos normativos erigidos para viabilizar a reacção à sua lesão estivessem preenchidos. Renunciar-se-ia, então, a quê se o direito ainda não estava formado?

Com o que consideramos, ainda, um outro dado: a existência de providências que visam acautelar a lesão futura do direito, indiciando a sua autonomia ôntica e não apenas expectável. Tanto mais que meras expectativas de aquisição de uma posição jurídica protegida não viabilizam idênticos mecanismos.

²⁷⁴⁸ Haveria um certo retorno ao direito romano e à centralidade da ideia de acção.

²⁷⁴⁹ E que, ao entretecê-lo, permite configurá-lo como um poder.

Note-se que, como veremos, estamos longe de uma proclamação absolutizadora de tal poder. Simplesmente, entendemos que só é viável a determinação do conteúdo do direito pela pressuposição de um referente de sentido que, polarizado na pessoa, permita discernir até onde pode ir o seu sujeito.

É isso que KELSEN não compreende, abrindo a porta à funcionalização do direito subjectivo, despido de todas as colorações normativas. É, aliás, esta funcionalização da categoria que permitirá, em última instância, o seu aproveitamento no quadro de regimes autoritários. Perdendo o seu horizonte de sentido fundamentante, o direito subjectivo torna-se manipulável, quer pelo individualismo potenciador do capitalismo económico, quer por formas de colectivismo de que o organicismo é expressão – cf. HABERMAS, *Direito e democracia...* cit., p. 119 e 120.

Não se ignora, porém, o seu contributo prestimoso. Pese embora as inconcludências denotadas, há que reconhecer o mérito da denúncia quer da deriva formalista²⁷⁵⁰, quer da hipertrofia individualista^{2751 2752 2753}.

²⁷⁵⁰ Sublinhe-se, em nome do rigor, que, se através de algumas das concepções negativistas somos instados a reflectir acerca do empobrecimento ideológico que a tecnização exacerbada do conceito de direito subjectivo comporta, nem todas conseguem escapar a uma deriva formalista, antes a acentuando. Assim com o pensamento de KELSEN e a sua teoria pura do direito, de matriz nitidamente positivista. Saliente-se, ainda, a posição de outros autores que adoptam uma posição formalista de abordagem do fenómeno da subjectividade jurídica. Mais recentemente, de facto, continua a vincar-se a vertente tecnicista do direito subjectivo. Cf., para maiores desenvolvimentos sobre o ponto, MENEZES CORDEIRO, *Tratado ... cit.*, I/I, p. 330.

Refira-se, igualmente, que, como é ali explicitado, nem sempre a redução do direito subjectivo a uma norma do sistema pode ser encarado como uma desideologização daquele. Concebendo-se o sistema como um sistema de normas, aquele passa a ser visto como uma, necessária, porque, “no Direito Civil, as concretas posições jurídicas das pessoas não podem ser determinadas através de regras objectivas, mas sim graças à actuação das vontades individuais”, colocando-se posteriormente o problema de saber se essas normas são meramente permissivas (KALINOWSKI, “Logique et philosophie du droit subjectif”, *Archives de Philosophie du Droit*, IX, 1964, p. 37 e ss. *apud* MENEZES CORDEIRO, *op. cit.*, *loc. cit.*) ou se conferem poderes (BUCHER, *Das subjektive Recht als Normsetzungsbefugnis*, 1965, p. 60, *apud* MENEZES CORDEIRO, *op. cit.*, *loc. cit.*).

Note-se, aliás, que em KELSEN continua a surgir uma ideia de liberdade. As normas jurídicas estabelecem, de facto, liberdades de acção, que são garantidas pelo detentor do poder.

²⁷⁵¹ Cf. LÉON DUGUIT, *Manuel de Droit Constitutionnel. Théorie générale de L'État. Le droit de l'État. Les libertés publiques. L'organisation politique de la France*, Paris, 1923, p. 7. O autor afirma, aí, que, sendo inegável que o ponto de partida para a construção da doutrina jurídica tem de ser o homem natural, este não pode ser visto como o ser isolado do pensamento oitocentista, porque esse é uma abstracção sem realidade, já que o homem nasce sempre numa colectividade e não pode viver se não em sociedade. A regulamentação jurídica resulta, para ele, da necessidade de manutenção e desenvolvimento da vida colectiva. Criticando as teorias do contrato social, DUGUIT (p. 21) afirma que considerar que a colectividade possui uma personalidade, uma vontade distinta dos indivíduos que a compõem, é indemonstrável, e sustenta cair-se num círculo vicioso quando se tenta explicar a sociedade com base naquele contrato, uma vez que a própria ideia de contrato só emerge quando o homem passa a viver gregariamente.

DUGUIT olha para a sociedade como o produto de uma evolução “de que o sociólogo deve determinar a forma e os elementos” (p.23).

Dir-se-á, então, que a bondade do combate ao individualismo radical não é completada pela apresentação de um pólo referencial diverso. Olvida-se a pessoa, na sua inserção comunitária, para se reduzir o mundo da *praxis* ao denominador colectivo. Cai-se no extremo oposto do colectivismo que aliena tanto o ser humano como o individualismo, que ignora tanto a sua matriz essencial como este último. E caminha-se para a aporia porque, nesse processo social evolutivo, perde-se o fundamento último de sustentação da própria juridicidade. Pois que, sem desprimor para a ideia de solidariedade social, onde encontra ela o seu sustentáculo se não nos laços que unem os diversos sujeitos? É que, se assim for, a união experimentada e normativizada não pode deixar de nos lembrar que ela não apaga o referente singular sem o qual a própria ideia de edificação de pontes entre humanos perde razão de ser. O erro de DUGUIT parece, pois, ser o de substituir o individualismo pelo seu antípoda, numa atitude própria de *tertium non datur*. Na linha de DURKHEIM, de quem foi discípulo, DUGUIT sobrevaloriza a sociedade por referência ao indivíduo.

²⁷⁵² Contributo essencial foi, igualmente, veiculado por SIEBERT. Cf. do autor *Verwirkung und Unzulässigkeit der Rechtsausübung. Ein rechtsvergleichender Beitrag zur Lehre von den Schranken der privaten Rechte und zur exceptio doli (§§ 226, 242, 826 BGB), unter besonderer Berücksichtigung des dewerblichen Rechtsschutzes (§ 1 UWG)*, N.G. Elwert, Marburg in Essen, 1934.

Propugnando uma teoria organicista, SIBERT contesta a ideia de um indivíduo autónomo e distinto da colectividade o que redundará na defesa de uma ideia de posição jurídica subjectiva como *status* e de relatividade. Esta decorre do facto de aquele *status* implicar uma posição concreta no todo societário e de nele desempenhar uma função social a que fica, portanto, adstrito o direito subjectivo. Nessa medida, e não obstante o que ficou dito acerca de IHERING, precursor da *Jurisprudência dos Interesses*, SIBERT mostra-se particularmente crítico desta corrente de pensamento, porque o interesse é ali considerado em

61. Do individualismo ao personalismo ou a sustentação do direito subjectivo por referência à pessoa.

Ao acompanhar o pensamento paradigmático de alguns autores no que tange à problemática do direito subjectivo, podemos constatar que a falência dos quadros tradicionais em que o mesmo foi autonomizado se deveu em parte à abstracção e ao ficcionismo próprios do racionalismo iluminista que os forjou.

termos individuais, ainda que numa dinâmica conflitualista, perdendo-se a simbiose entre direito e dever que, longe de se posicionarem de forma contraposta, se fundem na mesma posição jurídica.

Para uma análise pormenorizada do pensamento de SIEBERT, cf. MASSIMO LA TORRE, *La lotta...* cit., p. 174 e ss., que aqui acompanhamos, e onde o autor evidencia a influência que aquele exerceu sobre o pensamento de LARENZ. Mostra, aí, o autor que para SIBERT não bastava existir um direito para que uma acção fosse considerada lícita, sendo imperioso examinar em concreto se o direito corresponde ou não a uma função efectiva da comunidade e se persegue um escopo assumido pela comunidade através dos seus valores (cf. p. 175).

Sumariamente, e de acordo com a sistematização de LA TORRE (*La lotta...* cit., p. 179-180), ao conceito de direito subjectivo, SIBERT contrapõe o de *status*, a combinar, a um tempo, a posição activa e passiva, que tradicionalmente repousam em sujeitos diversos da relação jurídica. O *volksgenössische Berechtigung* identifica-se com a posição ocupada em termos sociais pelo sujeito e os seus limites são determinados tendo em conta a função que aquele desempenha no tecido social e as imposições decorrentes da boa fé e dos bons costumes. Em última instância (cf. LA TORRE, *La lotta...* cit., p. 180), o conteúdo do direito, sempre incerto, depende da decisão do juiz que deve decidir em conformidade com a política nacional-socialista.

Duas notas há que salientar. Uma para evidenciar a influência que o pensamento de SIEBERT exerce sobre LARENZ, numa primeira fase. Outra para sublinhar que a denúncia do individualismo extremo é aqui feita à custa da funcionalização do sujeito e da sua instrumentalização em nome do ideário estadual nacional-socialista. Nesta medida, o combate ao individualismo redundava não na assunção do personalismo e na exaltação da pessoalidade mas num ideário colectivista que, fazendo do brocardo “o que for útil ao povo” o seu *leitmotiv*, abdica do alicerce que comunica a nota de juridicidade ao ordenamento. Nesse sentido, embora numa fórmula mais ampla que põe em causa todos os funcionalismos, cf. CASTANHEIRA NEVES, *Metodologia Jurídica ...* cit., p. 60 e ss.

²⁷⁵³ Também em LARENZ a denúncia da hipertrofia individualista não resulta na exaltação da pessoalidade, mas antes na defesa de um colectivismo em que aquela é submetida ao todo societário em que se insere. Com a consequência terrífica da desdignificação do ser humano, traduzível na perda da ideia de igualdade entre todos e bem assim na desconsideração da autonomia daquele, pese embora não sufraguemos uma visão meramente negativa da liberdade. Se isso não bastasse para atestar a impertinência do posicionamento explanado, poderíamos, ainda, referir que foi o próprio LARENZ quem, tendo como topos argumentativo a propriedade, se afasta criticamente das várias visões que a perspectivam do ponto de vista singular (propriedade como um meio para a satisfação das necessidades humanas, na esteira de IHERING; propriedade como meio de afirmação da personalidade ou teoria personalista da propriedade, encabeçada por HEGEL – cf., no tocante a uma ideia de propriedade relacionada com a responsabilidade, vista do ponto de vista do lesante, i.é do sujeito responsável, HEGEL, *Princípios da filosofia do direito...* cit., § 116 –; propriedade como uma esfera de vida, atribuída a HARTMANN), para defender uma concepção de propriedade perspectivada do ponto de vista da comunidade (*apud* MASSIMO LA TORRE, *La lotta...* cit., p. 214, 215, 216).

No fundo, em causa está a pressuposição de um diverso entendimento acerca do ser humano. Com as teorias nacionais-socialistas, o homem é necessariamente membro de uma comunidade. Daí que a luta contra o individualismo passe pela afirmação do direito subjectivo como um poder-dever, como o direito de praticar actos que tenham por objectivo sedimentar a coesão social e como o direito de se opor a quem impeça ou dificulte o cumprimento do seu papel.

Para uma análise da posição larenziana acerca do direito subjectivo em conexão com um ideário de direito social e de antagonismo ao liberalismo iluminista, cf. RUI SOARES PEREIRA, *Direito subjectivo ou tutela objectiva de interesses?* ... cit., p. 11 a 14.

Na verdade, o indivíduo des-solidário, atomizado, detentor de uma vontade insindicável, desde que actuante no âmago da sua esfera jurídica – também ela erigida em termos abstractos –, não recebe acolhimento no mundo exterior, onde, reclamando-se a intervenção do direito, a alteridade e a intersubjectividade são os traços dominantes²⁷⁵⁴.

O homem solitário, predador de si mesmo e dos outros homens, mais não é do que uma visão empobrecida e desdignificante de cada um. Uma visão deturpada que, abrindo a porta ao formalismo e arbítrio totalizante, implicará, a um tempo, a alienação do direito e bem assim a conceptualização em moldes inconsonantes com o dado ontológico²⁷⁵⁵.

Ao ser em si alia-se o ser com o outro, que se reconhece no semelhante, tributário da mesma dignidade, com quem estabelece uma ponte comunicante. O sentido da comunhão que assim se postula deve, porém, ser esclarecido. E para o fazermos recordaremos algumas das notas do modo de ser pessoa, axiologicamente densificado.

O homem é incapaz de se realizar plenamente no isolamento. Necessita do outro, da abertura dialogante. Esse imperativo está, porém, distante de uma visão utilitarista, em que o outro é tido como um meio de satisfação de necessidades ou um instrumento colaborante na prossecução do bem comum. Não se ignora que muitas vezes é esse o papel da intersecção subjectiva. Mas, jamais a aproximação ao tu poderá implicar a sua objectivação. Desde logo porque a imperiosa urgência da sua presença do outro na vida de cada um resulta anterior da experiência primeira de auto percepção do eu. Dito de outro modo, só olhando para o nosso semelhante somos capazes de nos reconhecer e, por isso, o olhar derramado sobre ele deverá estar maculado pela ideia da sua ineliminável dignidade ética. Com que a nós mesmos, e dialecticamente, passamos a conceber.

²⁷⁵⁴ Não colhe a nossos olhos provimento a tentativa de contornar a crítica que se dirige ao liberalismo – sobretudo na sua versão deontológica – pela afirmação de que ele não impõe o egoísmo, dado que ao edificar a sociedade com base nas escolhas individuais não impede ninguém de fomentar o altruísmo e o espírito caritativo. Pois que, se não o impõe, pelo menos permite-o e em muitos casos potencia. Além de que, em termos teóricos, a construção se alicerça numa visão do ser humano que contraria a sua estrutura ontológica mais funda. Cf. MICHAEL J. SANDEL, *O liberalismo...* cit., p. 34.

²⁷⁵⁵ Cf. DIOGO LEITE CAMPOS, *Nós...* cit., em geral.

Numa outra perspectiva, que nos reporta à análise da personalidade humana, objecto do direito geral de personalidade, cf. CAPELO DE SOUSA, *O direito geral de personalidade*, Coimbra Editora, Coimbra, 1995. Mostra-nos, aí, o autor que o ser humano não pode ser concebido, exclusivamente, como uma unidade psico-bio-somática, comportando, igualmente, uma dimensão de relação *Eu-mundo* p. 155 e ss.

Cf., igualmente, todas as referências anteriormente introduzidas sobre o ponto.

Cf., ainda, numa visão panorâmica da evolução histórico-filosoficamente comprometida do fenómeno que culmina, hodiernamente, na imperiosa necessidade de repensar o direito subjectivo, face à falência do jusnaturalismo e do positivismo, CARLO BOZZI, “Interesse e diritto”...cit, p. 846-847.

Desta relação ética fundamental decorrem corolários importantíssimos.

O outro nunca pode ser um meio, mas sempre um fim, merecedor de respeito, o mesmo respeito que exigimos em relação a nós. E essa exigência de sentido é não só dirigida ao outro como a nós mesmos, sob pena de deturpamos o referencial de sentido com base no qual entretecemos as nossas relações²⁷⁵⁶.

Por outro lado, vemos no outro um ser único, irrepitível, portador da sua individualidade. O que significa que a teia ética assim conformada não nos pode obnubilar o sentido da reserva pessoal que a cada um cabe. A personalidade que se convoca, não encerrando o homem sobre si mesmo, abre-o ao outro pelo estabelecimento de pontes de solidariedade. Mas essa solidariedade não é gregária, pelo que não condena o homem, livre do individualismo, à totalização societária.

O referente de sentido a partir do qual se erige o direito subjectivo já não é o indivíduo, mas a pessoa²⁷⁵⁷, com tudo o que este simples enunciado linguístico

²⁷⁵⁶ Estas considerações têm especial relevo em matéria de direitos de personalidade e do consentimento que tantas vezes acompanha a sua limitação voluntária.

²⁷⁵⁷ Neste sentido, cf. GOMES DA SILVA, “Esboço para uma concepção personalista do direito: reflexões em torno do cadáver humano para fins terapêuticos e científicos”, *Separata da Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, vol. XVII, 1965, p. 11 e ss.; MENEZES CORDEIRO, *Tratado...* cit., I/I, p. 329 (onde, a propósito do direito subjectivo, o autor afirma que “a liberdade jurídico-subjectiva deve ser complementada com as ideias de cooperação, de participação, de responsabilidade ou de deveres imanes”)).

Veja-se, ainda, na literatura estrangeira, novamente, JAN SCHAPP, *Derecho Civil ...* cit., p. 71, onde, depois de um longo debate acerca da concepção positiva e negativa de liberdade, o autor se refere ao direito de propriedade para, afastando-se de uma visão liberal radical, afirmar que o mesmo é informado pela primeira, a par da segunda que constituirá, de acordo com o seu entendimento de que nos afastamos, o centro nevrálgico de todo o direito civil, pensado para resolver o problema do cotejo de esferas de actuação (cf. p. 64); RAISER, “Der Stand der Lehre vom subjektiver Recht im deutschen Zivilrecht”, *Juristen Zeitung*, 1961, p. 465-473, onde o autor procura, tendo em conta a passagem do estado de direito liberal para um estado de direito social, corrigir a nota de individualismo que informava a concepção do direito subjectivo, sublinhando, para tanto, o sentido intersubjectivo daquele; GUSTAV RADBRUCH, “Du droit individualiste au droit social”, *Archives de Philosophie du Droit et de Sociologie Juridique*, 1931, nº3-4, p. 387 e ss.; F. MICHELMANN, “Justification and the justifiability of law in a contradictory world”, *Nomos*, vol. XVIII, 1986, p. 71 e ss.; KARL LARENZ/MANFRED WOLF, *Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts, ...*cit., § 2, que nos falam da relação jurídica fundamental como a relação estabelecida entre sujeitos assumidos como seres autodeterminados e auto-responsáveis, ou seja, como pessoas, incapazes de viver no isolamento mas procurando, segundo uma ideia de reciprocidade, o encontro com outras pessoas, das quais reclama e às quais dirige uma pretensão de respeito e a partir da qual se erige um círculo de direitos. Aderindo expressamente a esta concepção (cf. p. 153, nota 1, onde cita a 7ª edição de LARENZ), que identifica com a tradicional esfera jurídica, embora, em nosso entender, lhe falte a marca vincadamente personalista que no pensamento dos autores tudescos está transparentemente presente, cf. HÖRSTER, *A parte geral ...* cit., p. 153 e ss. O civilista parte da existência de uma relação jurídica fundamental, conformada pelo direito a ser respeitado como pessoa e pela correlativa obrigação de cada um respeitar os outros como pessoas (p. 156), para considerar que todas as relações jurídicas apresentam uma estrutura que pode ser reconduzida àquela primeira. Assim sendo, transpira do pensamento do autor que os direitos entroncam, em última instância, naquela relação personalista, pensada na esteira da filosofia kantiana, hegeliana e da teologia cristã, devendo, portanto, ser vista como a força motriz do chamado *Rechtsreis*, enquanto a totalidade de tudo aquilo que representa e identifica a pessoa e que lhe cabe ou pertence em determinado momento (p. 156). Claramente se afirma (p. 157) que este círculo de direitos é uma consequência do facto de os homens se encontrarem por serem

encerra²⁷⁵⁸. O direito subjectivo deixa de ter como fundamento a vontade assente num quero, posso e mando para passar a alicerçar-se no reconhecimento da ineliminável

peçoas. Num sentido diverso, afirmando que “o homem dos direitos absolutos – o homem proprietário, o homem com direito à vida – é o mais individualista dos homens. É o isolado da ilha deserta mesmo que na 5ª Avenida. Porque é o homem que diz para os outros: não se metam comigo”, cf. PEREIRA COELHO, “O nexu de causalidade...”, ... cit., p. 102. Veja-se, ainda, neste contexto, e numa tentativa de dicotomizar o direito subjectivo do direito objectivo, REIS MARQUES, *Introdução ao Direito...* cit., p. 250. Não desmerecendo a obra do insigne civilista, confessamos as dúvidas que nos suscita a formulação oferecida: “sempre que se olha para o direito a partir da individualidade dos seus destinatários e se sublinha a liberdade de agir e o poder destes convoca-se o conceito de direito subjectivo”. O pretensu contexto desagregador do *eu* parece desaparecer, contudo, no desenvolvimento subsequente facultado pelo jurista, quando se debruça na análise das relações entretecidas entre o direito subjectivo e o direito objectivo. Assim, pode ler-se a páginas 255 “o direito subjectivo, ao invés de ser concebido fora do quadro do direito objectivo, dever ser assumido como uma função deste”. Sem que, não obstante, se desfaçam todas as dúvidas, porquanto a ancoragem personalista parece ficar ausente, pela descrição sincopada da estrutura interna de uma relação jurídica enquanto ligação entre um direito subjectivo e um dever que se lhe opõe.

²⁷⁵⁸ Cf., de forma a acompanhar o intenso debate a que hodiernamente se assiste a propósito da concepção de pessoa, STANLEY RUDMAN, *Concepts of Person and Christian Ethics, New Studies in Christian Ethics*, Cambridge University Press, 1997. A páginas 21, somos confrontados com a diferença entre uma visão individualista do *eu* e o conceito social de pessoa.

Saliente-se que, como decorre do corpo do nosso texto, aderimos a uma visão abrangente que recusa a exclusão da dignidade de pessoa a qualquer ser humano. Dito de outro modo, assumimos comprometidamente que este, por o ser, independentemente do seu estágio de evolução, das suas características e das condições concretas em que se encontra, é portador de uma tal dignidade que jamais lhe poderá ser retirado o estatuto de pessoa, dado que isso implicaria a sua reificação.

Posição diversa tem sido, contudo, filosoficamente sustentada por múltiplos autores, implicando este divórcio que o conceito de ser humano seja “puramente descritivo, moralmente neutro ou insignificante, enquanto a pessoa implica um juízo valorativo referido a um agente moral” (p. 79). Centrado o debate, noutros tempos, no problema da alma, é hoje dominado pela questão da consciência. Racionalidade, auto-consciência, auto-controlo, sentido do futuro, capacidade para se relacionar com os outros, capacidade de comunicação, capacidade para sentir dor são algumas das características autonomizadas como requisitos de acesso à pessoalidade.

Presidem à nossa rejeição de princípio das doutrinas filosóficas aqui condensadas – e radicadas no pensamento de autores como TOOLEY, PETER SINGER, ENGELHARDT, J. HARRIS (*apud* RUDMAN, *Concepts of Person...* cit.), ou mesmo, numa linha não utilitarista, como HABERMAS (cf. *A natureza humana...* cit) – não considerações de índole prática (para as quais somos alertados por K. WILKES, *Real People*, Oxford University Press, 1987, *apud* RUDMAN, *Concepts of Person...* cit., p. 77), mas pressupostos materiais que fazem apelo ao sentido ético-axiológico profundo do ser humano. As características de unicidade e irrepitibilidade de que cada um goza tornam-no indisponível diante dos demais e fazem-no merecedor de uma pretensão de respeito a que ninguém se poderá furtar.

O apelo à pessoalidade não se baseia, portanto, na necessidade de, segundo uma qualquer racionalidade, mobilizar um critério de selecção ou restrição, mas na urgência de, de forma prático-normativamente comprometida, compreender as linhas de inteligibilidade do modo de ser ontológico e axiológico do homem, para, nesse quadro, nos afastarmos de uma visão abstracta, des-solidária e, assim, não só empobrecedora daquele, como irrealista. O que fica encerrado na fórmula pessoa humana – em oposição ao indivíduo – são, portanto, as notas de abertura ao outro e de responsabilidade que, *ab initio*, presidiram ao nosso pensamento e aqui são retomadas a outro propósito.

O que ficou dito não implica, porém, que não se deva dar lugar a uma reflexão apurada sobre temas que aqui entroncam. Pelo contrário, a radicalidade da afirmação da pessoalidade, na abrangência com que a mesma foi abraçada, torna inquietantes algumas das soluções predispostas pelo legislador português e que, não dizendo directamente respeito à noção de direito subjectivo, são chamadas à colação enquanto pressupostos da titularidade daqueles pelos sujeitos. Falamos, *en passant*, do problema da personalidade jurídica que, sendo reconhecida a todos os seres humanos nascidos de forma completa e com vida, não o é, pelo menos de forma plena, em relação aos nascituros. Não querendo, porque extemporâneo, alargarmos acerca da temática, afloramos, em jeito problematizante, a oportunidade do reequacionamento da questão. Designadamente, jogamos aqui com a chamada à colação de dados como a insusceptibilidade de equiparação entre a personalidade jurídica e a personalidade humana, já porque a primeira é atribuída a

peças colectivas, já porque, ao nível do direito geral de personalidade, é a segunda e não a outra o objecto da tutela. Donde resulta, numa tentativa explicativa do sistema à luz do fundamento que o suporta, que há um enquadramento ético mais profundo do que aquele que é comunicado pelo reconhecimento do homem como um centro de imputação de direitos e deveres. Antes da personalidade jurídica existe uma personalidade humana que, não se quedando na juridicidade, se projecta determinadamente em termos normativos. Pelo que talvez constituísse uma mais valia a consideração da subjectividade jurídica como um todo prévio à própria personalidade jurídica.

Inquietante se afigura, ainda, a temática dos inimputáveis. Pois que, se a previsão de incapacidades de exercício no mundo negocial se explica pela necessidade de protecção do próprio incapaz, a inimputabilidade resulta da própria incapacidade natural para ser responsabilizado, uma vez que, encontrando-se em condições tais que afastam a determinação cognitiva e volitiva, o agente não é passível de um juízo de culpa. Contraria-se, assim, aparentemente, a caracterização do ser humano como alguém livre e por isso responsável, longe da individualidade e próximo da pessoalidade.

Não se diz que só é pessoa aquele que é responsável. Diz-se que a idoneidade, em abstracto, para responder pelas suas acções é a pedra de toque que, coligando-se dialecticamente com a liberdade, cora a pessoalidade. Diz-se mais que o afastamento dessa nota, positivamente perspectivada e entretecedora da sua essência, o condena ao desdignificante autismo individualista, pelo que deve ser, *a priori*, rejeitado.

Mas há que ter presente que, ao lidar com o homem histórico-concretamente situado, nos afastamos de abstracções de tipo racionalizante, pelo que há que indagar, em concreto, por referência a cada actuação, qual o grau de liberdade exercitada e qual o nível de autodeterminação alcançada. Podendo concluir-se que, naquele momento, elas estavam ausentes.

Sem que com isto deixe de ser pessoa. Até porque se parte sempre do carácter excepcional da não imputabilidade. Tal refracta-se em termos jurídico-positivos no critério de determinação da imputabilidade do agente no momento da sua actuação e na possibilidade de se ilidir a presunção a que somos conduzidos pelo nosso legislador (artigo 488º CC).

Formule-se, *in fine*, sinteticamente o que tentámos expor. Qualquer ser humano, por o ser, é pessoa. Sendo-o é livre e responsável. Se essa liberdade estiver, em concreto, excluída, não haverá responsabilidade, porque falha o enquadramento da imputação. O que não significa que deixe, aí, de ser pessoa.

Cf., a este propósito, KAUFMANN, *Filosofia...* cit., p. 357.

Para outras considerações acerca da imputabilidade, cf. MAFALDA MIRANDA BARBOSA, “O papel da imputabilidade no quadro da responsabilidade delitual”, ... cit., p. 485-534 e, *supra*, cap. IV.

Cf., a propósito da distinção entre o indivíduo e a pessoa, todas as anteriores referências bibliográficas introduzidas e, ainda, ANTÓNIO BRAZ TEIXEIRA, *Sentido e Valor do Direito...* cit., p. 137 e ss. Claramente sustenta o autor que cada homem é um indivíduo, porquanto “se distingue dos restantes seres e tem consciência dessa individualidade”, mas ascende, “pelo espírito e sua capacidade de objectivação de transcensão, de (...) conhecimento dos valores, princípios e valores” à dignidade de pessoa (p. 138). Com isso, e continuando a acompanhar os ensinamentos de BRAZ TEIXEIRA, a pessoa, enquanto categoria axiológica, é um ser responsável da liberdade que não pode “existir e alcançar a sua plenitude isolada, implicando sempre (...) a sua relação com os outros” (cf. p. 139). Fala-se, então, de uma “condição essencial e radicalmente social da pessoa e do homem enquanto pessoa” e considera-se que a “sociabilidade, a relação interpessoal, a intersubjectividade, o carácter dialógico da sua vida” é algo de “profundamente humano”, sustentando-se que “o verdadeiro mundo do homem é da relação «eu-tu»”. À dimensão individual e social o autor ainda acrescenta uma outra – a dimensão histórica, também ela elemento integrante do ser pessoal do homem.

Sobre o personalismo e o conceito de pessoa em que se alicerça, cf., ainda, PAIS DE VASCONCELOS, *Teoria Geral...* cit., p. 11 e ss. Acerca daquele segundo conceito – axiologicamente não neutro – diz-nos o autor que ele tem como referente os “homens e mulheres comuns, todas as pessoas e cada uma delas, e exclui conceitos *supra* ou transpersonalistas que, através de construções abstractas, conduzem invariavelmente a perversões e monstruosidades de que a História tem sido testemunha”. Indiciando a não identificação entre a pessoa e o indivíduo, não só pelo que decorre do transcrito, mas também pela recusa da perda dos laços de solidariedade entre os sujeitos e a obnubilação da sociedade, PAIS DE VASCONCELOS alerta para o risco de – no extremar de posições – se cair no erro de sinal contrário. Na verdade (cf. p. 13), advoga que a colocação da sociedade acima da pessoa constitui uma inversão eticamente ilegítima e socialmente perigosa, própria de um “legislador vanguardista e jacobino, prepotentemente pedagógico, votado para uma *social engineering* de iluminado” (BAPTISTA MACHADO, *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*, Almedina, Coimbra, 1983, p. 218).

dignidade ética do ser humano. Com o que o direito subjectivo será, ainda e sempre, um espaço de afirmação da autonomia pessoal²⁷⁵⁹.

Só que, inteligida à luz da personalidade, a autonomia, de que o direito subjectivo é expoente, deixa de ser pensada em termos meramente negativos. Implica, pelo contrário, que na sua actuação livre o sujeito não esqueça os laços que o unem ao tu, sob pena de cair num abuso de liberdade, ao mesmo tempo que o exercício daquele se torna sindicável por referência aos princípios do sistema que, entroncando naquela ideia ética, lhe servem de pilar sustentador.

Donde resulta que o conteúdo do direito seja igualmente preenchido por deveres e que o seu exercício seja indissociável de uma nota de responsabilidade.

A superação de uma visão jus-absolutizadora do direito subjectivo é atestada pelos dados do nosso sistema já constituído. Entre eles salientam-se, pela sua expressividade, dois.

Por um lado, a escalpelização do conteúdo dos direitos ditos absolutos²⁷⁶⁰.

Por outro lado, a compreensão axiologicamente conformada do abuso do direito.

O artigo 334º CC considera “ilegítimo o exercício de um direito, quando o titular exceda manifestamente os limites impostos pela boa fé, pelos bons costumes ou pelo fim económico ou social desse direito”²⁷⁶¹.

A interpretação que se faça do artigo, conducente à compreensão do problema do abuso do direito, há-de mostrar-se consonante com os dados metodologicamente

Para maiores desenvolvimentos acerca da polarização da responsabilidade na personalidade e os problemas que decorrem dessa concepção quando em causa esteja uma pessoa afectada na sua vontade por distúrbios mentais, cf. PETER CANE, *Responsibility in the law and morality*, ... cit., p. 145 e ss.

Cf., ainda, neste ponto, pela forma insinuante como, encaminhando-nos para a reflexão ética, distinta da pura moralidade, mostra a necessidade universal de contemplar o outro, irreduzível a nós, para alicerçar o viver comunitário, sem o qual o *eu* não se realiza, e apelando a uma ideia de tolerância como mediadora entre esses dois pólos (*eu-outro*), FRANÇOISE HÉRITIER, “O eu, o outro e a tolerância”, *Uma mesma ética para todos?* (dir. JEAN-PIERRE CHANGEUX), Instituto Piaget, 1997.

Quanto ao ponto, sublinhando a impossibilidade de se estabelecerem distinções qualificadoras da personalidade no seio da humanidade, cf. DIOGO COSTA GONÇALVES, “Pessoa e ontologia...”, ... cit., p. 152 e ss. Considerando a pessoa como uma realidade ontológica, o autor salienta que, “se o que marca a diferença específica na realidade do Homem (...) está no próprio acto do ser (dimensão constitutiva), então, um qualquer homem que exista é, necessariamente, pessoa, será sempre pessoa, permanecerá pessoa, independentemente do seu estado, circunstância ou aparência (... verdadeiros acidentes) ... só deixará de ser pessoa quando, pura e simplesmente, deixar de ser”, concluindo que o homem é “um todo individual que subsiste num único acto de ser”, uma totalidade, absoluta, incomunicável, impartilhável (*ipseidade* ou *suidade*) – cf. p. 153 e nota 64.

²⁷⁵⁹ A propósito da edificação do direito subjectivo alicerçada na personalidade e não na individualidade, cf. ROBERT ALEXYS, *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, 34, 1997.

²⁷⁶⁰ Suspendemos, aqui, o discurso para o retomarmos à frente, em conexão com a ilustração que apresentaremos do abuso do direito.

²⁷⁶¹ A propósito do abuso do direito, rememore-se tudo o que anteriormente ficou inscrito sobre o tema (cap. V).

predispostos para lidar com qualquer questão juridicamente cunhada. O que por seu turno nos encaminha irremediavelmente para um nível de considerações que apelam a um fundamento material da juridicidade. Na verdade, situando-nos longe do pensamento apofântico que pretendeu converter a realização concreta do direito num juízo lógico, susceptível de cumprir na prática, um postulado político da separação de poderes, estritamente concebido, já não é um método que se questiona mas a pressuposição de um *logos* que não deixa intocável aquele com o qual se imbrica.

Donde, a mobilização de uma racionalidade axiologicamente cunhada não pode deixar intocável a resposta encontrada para os problemas de *quid iuris*.

Antevemos, então, uma certa circularidade no pensamento. Por um lado, convocamos o abuso como expediente ilustrativo da concepção de direito subjectivo que subjaz à edificação do direito privado, assente numa ideia personalista. Por outro lado, indicamos que o olhar derramado sobre esse mesmo abuso não pode deixar de ser contagiado pelo modo como compreendemos a juridicidade, também ele entroncado na ideia de direito como direito, a fazer apelo à dignidade ética do ser humano tido como pessoa.

Mas a circularidade dialéctica que assim se evidencia não deixa de comunicar dados importantes do prisma argumentativo em que nos localizamos. Efectivamente, se logradamente chegarmos à conclusão que o abuso não pode deixar de ser pensado nos moldes por nós cogitados, então não restarão dúvidas acerca do recorte personalista do direito subjectivo.

É que, embora ele não deixe de levar ínsito o modelo forjado da categoria dogmática que temos acompanhado, a verdade é que a sua configuração como um princípio normativo nos coloca, através dele, num patamar discursivo superior²⁷⁶².

Dito de outro modo, a incursão no estrato da fundamentação do sistema faz com que o princípio do abuso do direito comungue das notas predicativas do princípio normativo do direito enquanto direito.

Ora, tal-qualmente o entendemos, o direito – dito objectivo – não pode hodiernamente ser visto como uma pura forma ordenadora das condutas sociais. Ele apresenta uma dimensão axiológica que enforma e informa os diversos preceitos

²⁷⁶² Cf. CASTANHEIRA NEVES, *Questão de Facto...* cit., p. 525, nota 42.

No sentido de entender o problema do abuso de direito como um problema normativo, evidenciando claramente a superação do pensamento jurídico positivista, PINTO BRONZE, *Lições...* cit., p. 390 e ss.

normativos, os arrimos jurisprudenciais e as múltiplas construções que a doutrina forja em nome da procura da decisão justa.

A normatividade vai, portanto, muito além da positividade, sem que com isto se faça apelo a um direito natural transcendente, na medida em que aquilo que sustenta o ordenamento já constituído e lhe confere validade não é algo que o transcenda mas resulta da própria forma como o homem se compreende em cada momento concreto.

Assim, ao ser integrado no sistema jurídico que o reconhece ou atribui, o direito subjectivo não pode, também ele, quedar-se numa pura forma. E quando recusamos o formalismo que o entreteceu durante largo tempo, não queremos unicamente indicar a inelutável presença de um conteúdo que estruturalmente o conforma, mas outrossim salientar a dimensão axiológico-normativa fundamentante que o predica e que resulta clara da análise de inúmeros preceitos do nosso código civil, ao erigirem a disciplina concreta de determinados direitos subjectivos.

Na verdade, o ordenamento jurídico absorveu, na sua positividade, algumas das determinações abusivas que foram sendo intuídas pelos Tribunais.

De acordo com CASTANHEIRA NEVES, “estas normas o que fazem é recuperar para o próprio conteúdo normativo-conceitual dos direitos subjectivos em causa os limites que através de uma prévia casuística do abuso do direito se lhes foi reconhecendo. Quer isto dizer que esse abuso abstractamente regulado passa, logo no plano formal, a definir o conteúdo normativo dos direitos a que se refere, e remete-nos, portanto, para questões interpretativas e de aplicação da lei no seu sentido comum”²⁷⁶³.

Ao olhar para elas somos conduzidos ao sentido último do abuso com que temos de operar. E nessa medida sublinhamos – não sem advertirmos que a asserção de CASTANHEIRA NEVES se situa temporalmente antes da entrada em vigor do Código de 1966 – o preenchimento do conteúdo dos direitos reais com determinados deveres positivos.

Vemos, de facto, os direitos reais serem definidos por HENRIQUE MESQUITA como a relação de soberania ou de domínio de uma pessoa sobre uma coisa, exercida segundo um determinado estatuto, definido por lei, que é não só fonte de poderes, mas também de deveres²⁷⁶⁴, que passam a coexistir ao lado de restrições ao exercício do

²⁷⁶³ CASTANHEIRA NEVES, *Questão de facto...*cit., p. 530, nota 58

²⁷⁶⁴ HENRIQUE MESQUITA, *Obrigações reais...*cit., p. 54 e ss.

Note-se que a concepção de direito real propugnada pelo insigne civilista não colhe unanimidade.

poder em que aquele se consubstancia²⁷⁶⁵. E olhamos para as relações de vizinhança no exacto sentido da intuição do abuso que perscrutamos²⁷⁶⁶.

Do que se trata a esse propósito é de, e dando mais uma vez voz a HENRIQUE MESQUITA, “fixar o estatuto de ordenação jurídica dos bens, estabelecendo em que termos estes são postos à disposição do titular”²⁷⁶⁷.

O poder de dispor livremente dos bens, em que afinal se vem a traduzir a essência do direito, não é predisposto, no caso do direito maior, à realização de um determinado interesse. Bem assim que o proprietário de um imóvel pode opor-se, ainda que nisso não colha nenhum fruto, a qualquer acto de terceiro que contenda com o objecto do seu direito. Mas a não funcionalização do direito – atestada de forma clara no que concerne ao lado externo do direito e intuída a partir dessa constatação no que tange ao lado interno pela interpretação *a contrario* do nº2 do artigo 1342º CC – não é sinónimo da falta de uma teleologia específica daquele mesmo direito. Significa somente que a amplitude dos poderes do proprietário dita a possibilidade de prosseguir através da titularidade do direito qualquer fim, colimado, em última instância, na fruição das condições essenciais ao livre desenvolvimento da personalidade de cada um.

Mas se ele existe em nome dessa ideia maior, então não pode ser mobilizado em concreto segundo condições que contrariem a sua intencionalidade última. O direito de propriedade, que aqui se toma como paradigma, não pode ser invocado para destruir os laivos da personalidade que predicam o ser humano. Dito de outro modo, não pode afastá-lo do seu semelhante mas é reconhecido estruturalmente no sentido de garantir o encontro desassombrado com os demais. Daí que o pórtico de entrada da disciplina da propriedade sobre imóveis seja complementado, em seguida, com uma série de disposições que, recusando o isolamento, estabelecem as bases do relacionamento com outros proprietários.

Fazem-no, estabelecendo os limites do próprio direito e nesse sentido impedindo a superveniência de um conflito. Mas fazem-no também dotando aquilo que podia ser uma pura forma de uma dimensão ética, já que em todas as prescrições normativas avulta a nota do reconhecimento da dignidade do outro com quem o proprietário se encontra. Não parece, de facto, ser outro o sentido para a proibição da construção ou

²⁷⁶⁵ HENRIQUE MESQUITA, *Obrigações reais...*cit., p. 10 e ss., com inúmeras indicações bibliográficas quanto ao ponto.

²⁷⁶⁶ Não é, porém, unânime o entendimento acerca do ponto, não sendo raras as vozes que ecoam no sentido de ver a regulamentação das relações de vizinhança sob a óptica da colisão de direitos.

²⁷⁶⁷ HENRIQUE MESQUITA, *Obrigações reais...*cit., p. 96.

manutenção de instalações ou depósitos de substâncias corrosivas ou perigosas sempre que isso possa implicar efeitos nocivos no prédio vizinho ou para a obrigação que, arredando o egoísmo que podia ser fomentado pela relação de soberania com a coisa, impende sobre o dono do prédio que deve permitir a passagem forçada momentânea²⁷⁶⁸.

A coloração comunicada pelas normas chamadas à colação não nos pode deixar indiferentes. Pelo contrário, ela transmite o sentido da intencionalidade última do reconhecimento do direito subjectivo. Não da sua intencionalidade primária, vulgo a sua teleologia, pois não seria razoável sustentar que o interesse primariamente prosseguido pelo titular daquele fosse expressão de um altruísmo próprio de uma comunidade de santos. Mas – e voltamos a repetir – da sua intencionalidade mais funda que, por ser o direito um dever ser que é, já não se mostra inconsonante com a raiz da humanidade com que lidamos.

Se é assim no quadro dos direitos reais – expressão cimeira do individualismo em que a subjectivação jurídica foi pensada –, não pode deixar de o ser em termos gerais.

Donde resulta que a estrutura do direito subjectivo há-de ser incorporada com as notas da personalidade e que o seu exercício não pode deixar de se conformar com ela.

Pergunta-se, então, se não se traduzirá nisto o abuso do direito cujo desenho procuramos, instrumentalmente, recortar. É que, verdadeiramente, o que aqui ficou dito tomando como referencial dialógico o estrato das normas converge para o que pode ser sustentado na óptica dos princípios e no plano metodológico e filosófico mais denso e puro.

Com efeito, o reconhecimento de um direito subjectivo pelo ordenamento jurídico não o faz resvalar para o limbo da exclusividade. Ele integra-se num todo, cuja axiologia predicativa há-de ser comum. Ora, sendo o todo de que ele é parte composto, no seu estrato mais profundo, também por princípios normativos, à luz dos quais as normas serão sempre mobilizadas e interpretadas, o direito polarizado no sujeito deve, uma vez exercido, conformar-se com eles que redundam, afinal, na ineliminável dignidade ética do ser humano tido como pessoa.

²⁷⁶⁸ Cf. artigos 1346º e ss. do Código Civil.

O abuso desvelar-se-á sempre que o direito – formalmente invocado – se mostre dissonante, no seu exercício concreto, com um princípio normativo do sistema, seja ele positivo, transpositivo ou suprapositivo²⁷⁶⁹.

Estamos, agora, em condições de, regressando à formulação do artigo 334º CC, o interpretarmos²⁷⁷⁰.

O resultado interpretativo a que chegamos não se desvia do que aqui ficou plasmado. A projecção para a boa fé, os bons costumes e o fim económico e social do direito só se torna inteligível na medida em que estas fórmulas possam ser vistas como expressão de princípios normativos do sistema²⁷⁷¹. E a chamada à colação da consciência jurídica geral a cuja preterição os autores agregam a intelecção do abuso não pode ter outro sentido que não seja o da convocação dos três patamares que a compõem e o da detenção do pensamento no acervo comunicado pelo mais denso deles, a remeter para a ideia do direito enquanto direito²⁷⁷².

Aparentemente, o artigo 334º CC não nos comunica nada a que não pudéssemos aceder pelo simples jogo principiológico. No entanto, a tripartição que ali colhe assento pode, ainda que indirectamente, ser utilizada para nos apercebermos de algo que, de outro modo, poderia ficar enublado.

Efectivamente, temos falado da contradição entre uma forma – direito formalmente invocado – e a materialidade que necessariamente a integra ou, de um modo mais acutilante, da contradição entre o exercício do direito polarizado no sujeito e os princípios normativos que informam o seu reconhecimento pelo sistema.

Há que, no entanto, dar mais um passo em frente. Um passo que viabilize a percepção exacta do que pretendemos comunicar. E para tanto podemos ancorar-nos naquela tripartição focada.

²⁷⁶⁹ Cf. CARNEIRO DA FRADA, *Teoria da Confiança ...* cit., p. 859, onde o autor sustenta, a propósito da concatenação entre o abuso do direito e a responsabilidade civil, que “no abuso, a ilicitude surge como uma simples contrariedade do exercício do direito com exigências axiológico-normativas da juridicidade”.

²⁷⁷⁰ Cf., a propósito da positivação do princípio do abuso do direito, o que nos diz CASTANHEIRA NEVES, *Questão de facto...* cit., p. 529, nota 54. Entendendo embora que a consagração legal do abuso do direito é despicienda, considera que pode ser conveniente “para evitar farisaicos escrúpulos, já que haverá sempre radicais positivistas-legalistas entre nós, e que assim é possível combater com as suas próprias armas”.

²⁷⁷¹ Para maiores desenvolvimentos e para a comprovação doutrinal do que aqui vai dito, vejam-se *supra* as indicações bibliográficas acerca do tema do abuso do direito (cap. V).

²⁷⁷² A crítica que dirigimos aos autores que a mobilizam não se prende com a fórmula em si, mas com o inexacto sentido que lhe comunicam. Na verdade, tememos que muitos dos que dela se socorrem a considerem na óptica da remissão para uma moral dominante na sociedade.

É que, verdadeiramente, o entendimento que temos do abuso não se mostra tão abrangente como *a priori* se poderia pensar. Não que queiramos, agora, introduzir notas de restrição das suas possibilidades normativas. Mas, porque, sob pena de resvalarmos na uniformidade inconsonante com uma dogmática sempre preocupada em balizar os contornos dos institutos que vai forjando, há que assumir concretamente quais as circunstâncias que nos permitem lançar mão do critério de sindicância por ele erigido, distinguindo-as de outras, que obstaculizando o exercício do direito subjectivo, com ele não se confundem.

Assim, se algo pode transpirar do artigo 334º CC, esse algo é o desenho do princípio que foi vertido em instituto do direito civil. Embora em causa esteja a desconformidade da estrutura formal do direito com o conteúdo material do mesmo, a verdade é que, tal-qualmente ele foi pensado, a sindicância de que se trata remete o seu exercício para uma dimensão superior, não obstante o contágio de que é alvo. Isto é, não curamos a este ensejo da desconformidade do direito com a sua teleologia, ou seja, com o fundamento primário que esteve na base do seu reconhecimento em concreto pelo ordenamento, pois, nessa hipótese, e não obstante não defendermos a funcionalização do direito por referência a fins heteronomamente impostos, a aventada desconformidade simplesmente determina a inexistência do direito que se invoca. Do que se trata, afinal, é da desconformidade do direito polarizado no sujeito no momento do seu exercício com a sua teleonomia, com intencionalidade predicativa da normatividade.

A projecção destas ideias na concretude dos variados casos mobilizadores do sistema jurídico, onde se buscam critérios orientadores da resolução dos problemas emergentes, permite visualizar, bipartidamente, dois esquemas de referência.

Um que nos remete para o confronto do exercício do direito subjectivo com a finalidade que preside à sua atribuição ou reconhecimento e relativamente ao qual temos de ser especialmente cautelosos, sob pena de resvalarmos para o erro da instrumentalização do próprio direito²⁷⁷³.

²⁷⁷³ A cautela a que se faz apelo induz-nos a estabelecer um critério objectivo que obste ao anunciado perigo de funcionalização. Tal critério passa pela linha divisória entre as situações em que o direito – aqui entendido como direito absoluto – é exercido pelo accionar das facultade jurídicas secundárias que o integram e aquelas em que, emergindo um problema juridicamente relevante mobilizador dos expedientes que o ordenamento disponibiliza para lhe fazer face, se indaga pela presença ou não desse mesmo direito. Não a propósito da consideração dos interesses mas da contemplação dos valores, cf., neste âmbito, HÖRSTER, *A parte geral...*cit., p. 279, onde se estabelece a diferença entre a vinculação e a funcionalização. O autor chama-nos à atenção para o facto de aquela poder revestir diferentes formas e intensidades, mas nunca poder ir ao ponto de contrariar a finalidade normativa do reconhecimento do direito, ou seja, nunca pode substituir-se à vontade autónoma do titular ou sequer esvaziar o conteúdo do dele.

Outro que nos conduz à confrontação entre aquele direito e os princípios que o louvam.

A dicotomia traçada percebe-se mais claramente com apelo aos direitos de personalidade enquanto modalidade classificatória dentro da subjectivação com que lidamos.

Tomemos como exemplo o direito à integridade física. Na caracterização do objecto e conteúdo deste direito, falam os autores do poder de autodeterminação sobre o próprio corpo. Colimada na liberdade/autonomia do ser pessoa, não pode o sujeito invocar o direito em contravenção com a dignidade da pessoa em nome da qual a tutela foi erigida. E não pode porque, ao fazê-lo, não está a invocar um direito mas um não direito, já que, em nome da sua teleologia, o conteúdo que concretamente lhe é comunicado não abarca tal possibilidade.

Não pode, lançando mão daquela faculdade jurídica secundária, a pessoa mutilar-se ou sequer autorizar que outrem perpetre contra ela tal acto. Em geral, a lição decorre do artigo 81º, nº1, do CC e explicita-se pela nulidade do acto voluntário limitador do direito de personalidade quando atentatório da ordem pública. Em particular, a solução resulta da inexistência do direito diante da reivindicação concreta.

Note-se que, aqui, entra em jogo a dignidade da pessoa humana e com ela uma das ideias que entretecem o princípio normativo do direito enquanto direito. Não obstante, não se fala propriamente de um abuso. Este avulta quando o direito, existindo em concreto, no seu exercício choca com a dimensão de fundamentação.

A confusão aparente nasce a partir da natureza específica daqueles direitos. E, simultaneamente, permite-nos, pelo alargamento do pensamento tópico-exemplificativo, clarificar os critérios de desvelação daquele abuso. Se A, pessoa, usar a sua liberdade de expressão de modo tal que ponha em causa a dignidade de B, a contradição gerada não ocorre entre o direito e o fundamento do seu reconhecimento, mas directamente entre o exercício que do direito se faça e o princípio normativo do reconhecimento da dignidade do outro e portanto dos direitos de personalidade dele. Há aqui abuso, ao contrário do que sucedera no primeiro caso apontado^{2774 2775}.

²⁷⁷⁴ Tanto assim é que, no primeiro caso, jamais a *mutilação* (enquanto tal, na sua pureza) perde o seu carácter ilícito, ao passo que a ofensa à honra de outrem, se levada a cabo a coberto de notas subjectivas que a justifiquem, pode perder o rótulo que abstractamente a chancela.

É claro que determinados actos aparentemente atentatórios do direito à integridade não o são. Basta, para tanto, que integrem, *v.g.*, a categoria do acto médico. Porém, não se trata aí de uma mutilação mas de um acto predispostos ao diagnóstico, prevenção, cura, etc. Do mesmo modo, não poderá ser entendida como mutilação a mortificação religiosa.

Ou seja, o que se imbrica ao nível dos direitos de personalidade – levando alguns autores a sustentar a inadmissibilidade do abuso por referência aos mesmos – acaba por nos fazer perceber a duplicidade de grandezas com que temos de lidar, só uma comunicando o exacto sentido do abuso²⁷⁷⁶.

O personalismo aqui chamado à colação co-envolve, pois, a conformação material do direito subjectivo, induzindo-nos a uma dupla remissão do enunciado formal com que o mesmo se possa apresentar. Uma remissão para o fundamento material que o sustenta – dimensão axiológica do direito, visto, então, e nessa medida, como uma forma de concretização da liberdade humana; uma remissão para o interesse que lhe está subjacente – dimensão teleológica do direito.

Idêntico posicionamento é apresentado, entre nós, por PAIS DE VASCONCELOS. Reparte o autor, na análise materialmente comprometida do direito subjectivo, a sua essência em dois nichos problemáticos agregados numa unidade simbiótica²⁷⁷⁷. À nota de funcionalidade do direito subjectivo alia-se uma dimensão de jus-eticidade. Dito de outro modo, o autor entende que a natureza da categoria se cumpre na afectação jurídica de certos bens aos fins da pessoa²⁷⁷⁸, sem que, contudo, se possa prescindir de um juízo

²⁷⁷⁵ Cf. HÖRSTER, *A parte geral...* cit., p. 283.

Distingue-se entre o abuso institucional e o abuso individual. Este caracterizar-se-ia por, em virtude de circunstâncias ou relações especiais, a invocação do direito entrar em contradição com a ideia de justiça (p. 284). Já o primeiro se quedaria na mobilização do direito para fins que estão fora das funções para as quais ele foi atribuído pela norma. Considera HÖRSTER que “esta conexão funcional deve ser considerada já na interpretação do conteúdo da norma” e que, “se a interpretação levar ao resultado que a norma não confere o direito invocado ou com o conteúdo invocado, estamos não perante um abuso de direito mas em face do exercício de um direito subjectivo aparente não existente na realidade”.

²⁷⁷⁶ Na intelecção do abuso cumpre ainda salientar um outro ponto. Tentámos apresentar o seu desenho concreto tal-qualmente o concebemos, na esteira de muitos que, antes de nós, sobre ele se pronunciaram. Importa, agora, rectificar um dado. Na verdade, aquele abuso apenas existirá quando o atentado aos princípios fundamentadores do sistema se possa dizer directo.

Apontámos já um dos crivos de aferição de tal carácter directo, separando os reais casos de abuso daqueles outros em que o direito simplesmente está ausente.

Há que salientar o segundo dado que, conjugando-se com o primeiro, viabiliza o recorte exacto do instituto. Efectivamente, não integram o chamado abuso do direito as situações em que o exercício deste não se mostra desconforme com um princípio normativo, mas acaba por acarretar que aquele seja posto em causa.

Por isso entendemos não estar diante de uma situação de abuso do direito, a despeito do entendimento generalizados dos Tribunais, naquelas situações em que o arrendatário, pagando uma renda baixíssima, vem depois requerer ao senhorio que efectue obras no locado. Na verdade, ao fazê-lo, aquele arrendatário não está a exercer o direito em desconformidade com um princípio normativo, embora o resultado concreto de uma sentença favorável à sua pretensão seja o agravamento do desequilíbrio de prestações. Ou seja, é o resultado em si mesmo põe em causa um princípio normativo, facto que fundamenta a improcedência da acção, e não o exercício do direito.

É que, aqui, ao contrário do que ocorre nas hipóteses de conduta abusiva, não é possível formular o juízo de censura que a excepcionalidade do instituto reclama.

²⁷⁷⁷ Cf. PAIS DE VASCONCELOS, *Teoria geral...* cit., p. 653 e ss.

²⁷⁷⁸ Trata-se, em todo o caso, da afectação dos bens aos fins da pessoa e não da sociedade, assim se distinguindo o direito subjectivo do direito objectivo – PAIS DE VASCONCELOS, *Teoria Geral ...* cit., p.

de conformidade com as coordenadas ético-jurídicas e axiológicas do sistema, no âmbito do qual o direito subjectivo existe.

Expressiva é, igualmente, a formulação de ORLANDO DE CARVALHO²⁷⁷⁹. Apresenta o direito subjectivo como um instrumento ao serviço do poder de autodeterminação da pessoa que, não se confundindo com ele, constitui “expressão tecnicamente jurídica das especiais situações de poder (prevalência) que naturalmente assume o poder jurisdiccional da pessoa”²⁷⁸⁰. Sendo “um sintoma verdadeiramente indicante da existência de uma relação de natureza civilística”²⁷⁸¹, o direito subjectivo “exprime o *desideratum* último da intervenção da pessoa no plano civilístico”, ou seja, a satisfação de um interesse²⁷⁸², pelo que verdadeiramente só estaremos em condições de aceder à sua substância se nos debruçarmos atentamente sobre o modo como a relação jurídica civil é postulada pelo autor.

A sua lição, de facto, inicia-se magistralmente sob esse prisma, para, aí, considerar que o “conceito anatómico-estrutural” da relação jurídica há-de ser completado por um “conceito de interesse”²⁷⁸³. Um conceito de interesse que nos mostre a relação jurídica como a “relação que juridicamente se funda no poder que se reconhece a qualquer indivíduo de gerir autonomamente a sua esfera de interesses sob a sanção do ordenamento jurídico em vigor”²⁷⁸⁴.

Torna-se, portanto, evidente a simbiose perfeitamente conseguida pelo autor entre a autonomia – poder moral que se reconhece a todos os indivíduos e indissociável

653. Com o que o autor encontra um critério normativo de concretização do princípio do abuso do direito previsto no artigo 334º CC, considerando que, se o direito é um instrumento coadjuvante da realização dos fins do seu titular, haverá abuso sempre que o exercício daquele se mostre excessivo ou inútil.

²⁷⁷⁹ Note-se que já aludimos a esta concepção num momento anterior em que mobilizámos a problemática do abuso do direito. Com o que confirmamos a estreitíssima ligação entre o olhar derramado sobre essa questão e conceito de direito subjectivo a que se adira.

²⁷⁸⁰ ORLANDO DE CARVALHO, *Teoria Geral do Direito Civil*, ... cit., p. 18. Para o autor o direito subjectivo, radicado no poder de autodeterminação da pessoa, não é logicamente anterior à pessoa, mas um mecanismo ao serviço daquele poder.

²⁷⁸¹ ORLANDO DE CARVALHO, *Teoria Geral* ... cit., p. 18.

²⁷⁸² ORLANDO DE CARVALHO, *Teoria Geral* ... cit., p. 20

²⁷⁸³ Cf. ORLANDO DE CARVALHO, *Teoria Geral*... cit., p. 10. Lê-se, nessa página, que é indispensável que “esse corte estrutural ou esse conceito de preceito de relação jurídica civil, porque extraído dos preceitos, se ilumine com a função que tal operador desempenha (...), se veja à luz da relação jurídica civil enquanto concreta e directa expressão da vida dos interesses”.

²⁷⁸⁴ ORLANDO DE CARVALHO, *Teoria Geral* ... cit., p. 10.

O poder de autodeterminação não será, segundo o ensinamento do autor, a causa da relação jurídica em si, mas do seu relevo no direito (p. 11). E o “enraizamento da relação jurídica no poder de autodeterminação é muitas vezes indirecto e implícito”, falando, então, das relações por atracção (aquelas que resultam de relações em que a autodeterminação foi o factor preponderante, como é o caso das relações de vizinhança, afinidade, entre outras) e das relações de estruturação ou de potenciação (todas aquelas que não nascem explicitamente do homem porque são elas que o erigem em verdadeiro poder de intervenção jurisdiccional, ou porque potenciam a afectividade, ou a responsabilidade, como, por exemplo, as relações de personalidade ou de parentesco) – cf. p. 12.

da sua personalidade²⁷⁸⁵ – e a consideração dos interesses, já que aquela é reconhecida em nome da gestão destes. Dito de outro modo, em virtude do reconhecimento da autonomia que é reclamada pela personalidade, estabelece-se um espaço de livre iniciativa, no interior do qual cada um dispõe dos seus interesses^{2786 2787}.

Se assim é, torna-se claro que também o direito subjectivo só é concebível na dupla transcendência já explicitada. Na verdade, sendo um instrumento ao serviço do poder de autodeterminação, ele filia-se na autonomia do sujeito, apresentando uma dimensão axiológica fundamentante fundamental.

Por outro lado, a autodeterminação configurada como poder de autogestão não funciona no vazio, mas orienta-se para a prossecução de fins, para a satisfação de interesses. Pelo que o direito subjectivo, enquanto meio de que ela se serve, terá a mesma missão. Sem que isso implique uma funcionalização dele, já que não está vinculado à existência de qualquer um em concreto^{2788 2789}.

²⁷⁸⁵ ORLANDO DE CARVALHO, rejeitando as posições normativistas, embora também não abrace o pensamento jusnaturalista, é claro quando afirma que o poder de autodeterminação é reconhecido e não atribuído pelo ordenamento jurídico. Cf. ORLANDO DE CARVALHO, *Teoria Geral...* cit., p. 12-13.

²⁷⁸⁶ Note-se que o autor avança com a possibilidade de esse espaço de autogestão dos interesses poder conhecer diferentes gradações, consoante o tipo de sociedade concretamente em causa. Ademais, sublinha que a esfera individual se relaciona com a esfera social, conhecendo em harmonia com ela “um sector de intersecção, que se reflecte no grau de disponibilidade do sujeito e retira ao confronto entre as duas esferas a nitidez que podia presumir-se”. Cf. ORLANDO DE CARVALHO, *Teoria Geral ...* cit., p. 13

²⁷⁸⁷ É a partir da consideração desta relação fundamental que ORLANDO DE CARVALHO explicita o entendimento da relação jurídica civil como conceito de preceito. Acompanhando o seu pensamento, diríamos que o autor introduz, na definição inicial, alterações de forma a vincar o sentido técnico-jurídico com que a mesma é acolhida ao nível do direito civil. Estruturalmente, ela surge, então, como “a relação que juridicamente se funda no poder que se reconhece a qualquer pessoa em sentido jurídico de determinar autonomamente consequências de direito, sob a sanção do ordenamento jurídico”. Cf. ORLANDO DE CARVALHO, *Teoria Geral ...* cit., p. 14-15. De todo o modo, este “conceito de preceito” nunca será dissociável do congénere “conceito de interesse”, à luz da qual deve ser perspectivado.

²⁷⁸⁸ ORLANDO DE CARVALHO, *Teoria Geral ...* cit., p. 15.

²⁷⁸⁹ A profundidade da construção doutrinal do autor que temos vindo a acompanhar concita dúvidas que se evidenciam pela dificuldade de inserção do seu pensamento nas concepções tradicionais acerca do direito subjectivo. Assim, MENEZES CORDEIRO (*Tratado ...* cit., I/I, p. 321, nota 938), embora não explicitamente, parece inscrever o autor entre os arautos da doutrina da vontade corrigida pela referência ao poder. Já PINTO BRONZE considera que ORLANDO DE CARVALHO se filia na doutrina do interesse, originariamente formulada por IHERING (*Lições...* cit., p. 593, nota 41).

Mais do que a sistematização da sua posição, importa-nos compreendê-la, nos traços de originalidade que nos comunica. E que transparecem de três notas essenciais, elas mesmas respostas aos problemas que, a este ensejo, têm dividido juristas e motivado longas páginas ao longo dos tempos.

Assim, e no que diz respeito à relação entre o direito objectivo e o direito subjectivo, ORLANDO DE CARVALHO sublinha que o segundo é um instrumento da lei, mas acrescenta que esta não o cria *ex nihilo*. Antes se apoia, “fenomenologicamente, nas situações de prevalência que assume o poder de autodeterminação da pessoa ao efectuar composições espontâneas de interesses” (ORLANDO DE CARVALHO, *Teoria Geral ...* cit., p. 21).

Estruturalmente, o direito subjectivo reduz-se à “situação de prevalência de um interesse sobre o outro que foi conseguida na composição de interesses” (p. 19), mas nunca o mesmo surge desarraigado da ideia de autodeterminação, configurando-se, antes, como um meio deste atingir o seu fim, e definindo-se como um “poder da vontade juridicamente protegido” (*loc. cit., op. cit.*).

O duplo referente de sentido sublinhado não é, porém, exclusivo dos autores citados. Mesmo deixando de lado as posições ecléticas, denota-se pela leitura de muitos outros a percepção clara do comprometimento bipolar do direito subjectivo.

Assim, MENEZES CORDEIRO define-o como a “permissão normativa de aproveitamento de um bem”²⁷⁹⁰. Com a fórmula compreensiva pretende o jurista, de harmonia com a sua própria explicitação, operar uma síntese que, cumprindo uma função técnica, não apague a nota de um “jussubjectivismo significativo-ideológico”²⁷⁹¹. Radica, indubitavelmente, o direito subjectivo na liberdade humana, corrigida a sua concepção primitiva herdada do individualismo. Com isto filia-se o expediente técnico num plano axiológico, embora sem a adesão explícita²⁷⁹² ao personalismo. Parte-se, de facto, de uma ideia de permissão, pretendendo-se com ela transmitir a ideia de uma esfera de actuação própria, radicada na vontade do titular dela, com base na qual serão, então, tematizados os deveres.

Mas ela é uma permissão específica. O que comporta, para lá da conversão da fórmula numa não permissão para os não titulares, como o civilista salienta²⁷⁹³, uma outra consequência. Efectivamente, implica o enunciado linguístico que o direito subjectivo traduz uma concretização da liberdade genérica do ser humano, que se consegue na projecção da mesma sobre um determinado bem que se aproveita ou pode aproveitar. E, se tivermos em conta que aquele se define correntemente como algo que é susceptível de satisfazer necessidades humanas, assim teremos uma incindível ligação entre o direito e o interesse^{2794 2795}.

Não se pode, pois, dizer que no pensamento do civilista a ideia de interesse ganhe preponderância sobre a do poder da vontade, incindivelmente ligada à pessoalidade. Note-se, aliás, que o autor, a propósito do direito geral de personalidade, fala da subjectivação do próprio poder de autodeterminação que, em todos os outros casos, se distingue do direito subjectivo de que se serve, pelas notas da anterioridade, da indisponibilidade e pelo facto de servir igualmente para assumir obrigações (cf. ORLANDO DE CARVALHO, *Teoria Geral ... cit.*, p. 21 e p. 22). Aliás, explicitamente se refere que ele comunga das características da “liberdade ou autodisponibilidade que a autonomia da pessoa deseja ver realizada” (p.20)

²⁷⁹⁰ MENEZES CORDEIRO, *Tratado... cit.*, I/I, p. 332.

²⁷⁹¹ MENEZES CORDEIRO, *Tratado... cit.*, I/I, p. 332.

²⁷⁹² Note-se, porém, que implicitamente as soluções propugnadas pelo autor a diversos propósitos conduzem-nos até ele ou, pelo menos, ao afastamento – esse sim já explícito – de um liberalismo primitivo e radical.

²⁷⁹³ MENEZES CORDEIRO, *Tratado... cit.*, I/I, p. 333.

²⁷⁹⁴ Sobre a noção de bem, cf. PAIS DE VASCONCELOS, *Teoria Geral ... cit.*, p. 635; GOMES DA SILVA, *O dever de prestar ... cit.*, p. 83; ID., “Esboço para uma concepção personalista do direito: reflexões em torno do cadáver humano para fins terapêuticos e científicos”, *Separata da Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, vol. XVII, 1965, p. 187.

²⁷⁹⁵ Elucidativas da concatenação explicitada são as palavras do próprio autor que temos vindo a acompanhar – “a essência do direito subjectivo é (...) a situação de liberdade, (...) de afectação de um bem em relação aos fins de certa pessoa” – MENEZES CORDEIRO, *Direitos Reais, Sumários*, 2000-2001, p.

Como diria PAIS DE VASCONCELOS²⁷⁹⁶, “o interesse interliga a pessoa com os meios que sejam hábeis para a realização dos seus fins e traduz-se na tensão entre a pessoa que quer realizar um fim, ou que tem um fim a realizar, e o meio de que carece ou que é hábil para o alcançar. O interesse liga a pessoa com o meio (bem) de que esta necessita para realizar um seu fim”.

Ora, a partir do momento em que se derrama sobre o bem uma nota de utilidade, estamos a ligá-lo insofismavelmente ao interesse²⁷⁹⁷. E, assim sendo, a permissão normativa específica de aproveitamento de um bem não pode deixar de apresentar uma ligação directa àquele²⁷⁹⁸.

Aliás, em bom rigor, mesmo alguns dos autores que abertamente contestam a teoria herdada de IHERING reconhecem que ele estará sempre subjacente ao reconhecimento ou atribuição de um direito subjectivo. Assim vemos, entre outros, CAPELO DE SOUSA afirmar que “a realização do interesse é o fim da atribuição do direito subjectivo”²⁷⁹⁹, MOTA PINTO advertir que ele “caracteriza a função, mas não define a (...) estrutura” daquele²⁸⁰⁰ ²⁸⁰¹ e HÖRSTER sustentar que o direito subjectivo é um meio

307 (Note-se que o autor afirma inequivocamente o abandono da posição aí sufragada, cf. *Tratado...* cit., p. 333, nota 973)

²⁷⁹⁶ PAIS DE VASCONCELOS, *Teoria Geral ...* cit., p. 636.

²⁷⁹⁷ Note-se que PAIS DE VASCONCELOS, encarando o bem como um meio de satisfação de interesses, não restringe a sua ideia a uma nota de utilidade, sublinhando que os meios têm de ter um carácter jurídico-axiológico – cf. *Teoria Geral...* cit., p. 635.

Para uma ligação entre bem e utilidade, cf., ainda, LEITE CAMPOS, *A subsidiariedade ...* cit., p. 480 e ss., aí com uma coloração económica, justificada face ao tema concretamente abordado.

²⁷⁹⁸ Apesar da mobilização do pensamento de MENEZES CORDEIRO, importa salientar que não aderimos incondicionalmente à sua concepção. Na verdade, embora concordemos com o duplo referente de inteligibilidade de uma categoria dogmática que não se queda no simples formalismo, afastamo-nos em dois pontos. Um primeiro por pretendermos de forma mais vincada reforçar a dimensão da pessoalidade por contraposição à individualidade. E um segundo que, já não sendo uma mera precisão (e falamos aqui de mera precisão não para desvalorizar o relevo da distinção guia, mas porque o insigne jurista se afasta expressamente de um individualismo radical), nos leva a dirigir algumas objecções, se não mesmo críticas, à formulação proposta. Sobre elas, porém, teceremos, posteriormente, as devias considerações. Antes disso, uma referência às contundentes críticas que são dirigidas por CAPELO DE SOUSA a esta posição – cf. *Teoria Geral...* cit., p. 178.

²⁷⁹⁹ CAPELO DE SOUSA, *Teoria Geral...* cit., p. 176, nota 428.

²⁸⁰⁰ MOTA PINTO, *Teoria Geral...* cit., p. 180.

²⁸⁰¹ Veja-se, ainda, a posição de PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA – *Noções fundamentais...* cit., p. 233. Adoptando uma fórmula simplicíssima para definir o direito subjectivo – “pode atribuído pela ordem jurídica” –, os autores não deixam de, na exposição que precede a proposta apresentada, explicitar a ligação da categoria à dimensão da liberdade e, implicitamente, indiciar a presença de um interesse a presidir à atribuição de tal poder.

Com o pouco que ficou dito, podemos já de antemão descortinar uma das falhas da noção proposta. Pois que a sua simplicidade, em vez de funcionar como elemento redutor da complexidade, exige um esforço acrescido de clarificação do entendimento que a sustenta.

Ademais, o recurso à ideia de atribuição aponta para uma visão arreigada ao direito posto pelo legislador, desconsiderando a existência de direitos que o ordenamento se limita a reconhecer, sem verdadeiramente os atribuir. Cf., nesse sentido, ORLANDO DE CARVALHO, *Os direitos do homem no direito civil português*, Vértice, Coimbra, 1973, p. 35 e ss.; CAPELO DE SOUSA, *Teoria Geral...* cit., p. 178, nota 435. Cf., a este

de protecção dos interesses dos particulares, apesar de não existir uma identificação entre os dois²⁸⁰².

Também as ditas posições dominialistas vinculam a presença de um interesse conexo com a noção de direito subjectivo. Na definição de GOMES DA SILVA, aquele surge como “a afectação jurídica dum bem à realização de um ou mais fins de pessoas individualmente consideradas”^{2803 2804}. Um dos acentos é colocado no fim a que o bem é afectado, apontando, por isso, na direcção daquele interesse, num afunilamento conceptual que, aliás, pode indiciar uma tendência para a funcionalização do direito, a rejeitar²⁸⁰⁵.

propósito, em sentido oposto, LUÍS CABRAL MONCADA, *Lições de Direito Civil*, vol. I, 3ª edição, Coimbra, 1959, p. 56 e ss.

²⁸⁰² HÖRSTER, *A parte geral ... cit.*, p. 222 e 227. O autor considera que o direito subjectivo, estruturalmente, deve ser visto como um poder. Aliás, na definição que apresenta, considera que aquele é “a faculdade ou poder, reconhecido ou atribuído pela ordem jurídica ao seu titular, de exigir ou pretender de outrem um determinado comportamento positivo ou negativo ou a faculdade de produzir determinados efeitos jurídicos que se impõem à outra parte” (p. 160-161). Mas, acrescenta que ele tem um lado funcional, abrangendo a protecção dos interesses do sujeito do direito e da sua liberdade individual como ser de autodeterminação.

Note-se, porém, que o autor é claro ao recusar a identificação dos dois termos. De facto, salienta que o interesse consubstancia a razão em virtude da qual o ordenamento jurídico atribui o direito ao seu titular, mas esclarece que ele não faz parte integrante deste nem diz respeito à sua estrutura, circunscrevendo-se à sua função.

²⁸⁰³ GOMES DA SILVA, *O dever de prestar ... cit.*, p. 85

²⁸⁰⁴ Para uma crítica da posição de GOMES DA SILVA, cf. MENEZES CORDEIRO, *Tratado... cit.*, I/I, p. 333.

Numa referência às posições dominialistas em geral, cf. CAPELO DE SOUSA, *Teoria Geral... cit.*, p. 176, nota 431.

²⁸⁰⁵ A noção de GOMES DA SILVA padece, de facto e aos nossos olhos, de algumas fragilidades. Por um lado, a recondução do direito à pessoa é feita em termos tais que, se não pudermos criticá-lo por um não personalismo (como aconselha MENEZES CORDEIRO, *Tratado... cit.*, I/I, p. 333, nota 972), sempre teremos de objectar com a ideia do individualismo latente. Ademais, ao propor uma noção operatória do direito subjectivo, sem embargo da louvável fundamentação axiológica da mesma, é importante ter em mente que ela só será consequente se, no enunciado linguístico em que se verte, conseguir captar toda a realidade que pretende representar. E, ao falar de pessoa individualmente considerada, é não só o fantasma do individualismo que assoma, como fica por resolver o problema da titularidade de direitos subjectivos pelas pessoas colectivas.

Acresce que a afectação jurídica de que se fala não conflui necessariamente na existência de um direito subjectivo. Por um lado, situações há em que um bem pode estar afectado à prossecução de um fim sem que haja um direito subjectivo de aproveitamento desse mesmo bem. Pense-se, para tanto, em todos os casos de bens públicos fornecidos pelo Estado, como, por exemplo, a defesa, conduzindo inclusivamente a definição a uma confusão entre os dois domínios.

Por outro lado, como adverte a este propósito MENEZES CORDEIRO (*Tratado... cit.*, I/I, p. 333), “há afectações jurídicas de bens que apenas implicam deveres”.

Esta amplitude que a noção de GOMES DA SILVA comporta é, paradoxalmente, complementada com uma estreiteza incompatível com um certo entendimento acerca de determinadas faculdades, geralmente problematizadas conjuntamente com o direito subjectivo. Na verdade, para quem entenda que os direitos potestativos são uma modalidade do direito subjectivo em sentido amplo torna-se difícil descortinar como é que aqueles implicam a afectação de um bem à prossecução de um fim da pessoa. Sobre o tema dos direitos potestativos, figura autonomizada por ZITELMANN, cf. HÖRSTER, “Nótula referente a alguns aspectos pontuais dos direitos potestativos”, *Revista de Direito e Economia*, XV, 1989, p. 347 e *A parte geral... cit.*, p. 243; PEREIRA COELHO, “Caducidade do direito ao divórcio ou à separação de pessoas e bens”, *Revista de Legislação e Jurisprudência*, nº104, 1971/1972, p. 51; BAPTISTA MACHADO, “Resolução do contrato de arrendamento comercial”, *Colectânea de Jurisprudência*, IX, II, 1984, p. 15;

Próximo do autor encontramos OLIVEIRA ASCENSÃO²⁸⁰⁶. Embora reforce o fundamento personalista do direito subjectivo, considerando que ele demarca um círculo de autodeterminação do sujeito, o autor segue o lastro daqueles que salientam a ideia de afectação, já não de bens, mas de meios jurídicos²⁸⁰⁷ à prossecução de determinados fins, definindo-o como “posição concreta de vantagem de pessoas individualmente

GIUSEPPE CHIOVENDA, “L’azione nel sistema dei diritti”, *Saggi di Diritto Processuale Civile*, vol. I, Giuffrè Editore, Milano, 1993, p. 3-99, aqui p. 20; MANUEL DE ANDRADE, *Teoria Geral da Relação Jurídica*, ... cit., p. 12-13; DAVID OLIVEIRA FESTAS, *Em tema de poderes potestativos. Algumas considerações sobre a sua estrutura, conceito e natureza jurídica*, Faculdade de Direito de Lisboa, 2003; PAIS DE VASCONCELOS, *Teoria Geral...* cit., p. 649-650; CARVALHO FERNANDES, *Teoria Geral do Direito Civil*, vol. II, ... cit., p. 552-554; MENEZES CORDEIRO, *Tratado...* cit., I/I, p. 335-338; CASTRO MENDES, *Teoria Geral do Direito Civil*, 1, ... cit., p. 363; MOTA PINTO, *Teoria Geral...* cit., p. +++; CAPELO DE SOUSA, *Teoria Geral...* cit., p. 184-185; L. A. HART, *O conceito de direito*, 4ª edição, Fundação Calouste Gulbenkian, 2005 (tradução de ARMINDO RIBEIRO MENDES), p. 44 e ss.; LARENZ/WOLF, *Allgemeiner Teil...* cit., § 50; ORLANDO DE CARVALHO, *Teoria Geral...* cit., p. 25. Veja-se, ainda, a posição de HÖRSTER, que, a par destes, fala dos chamados direitos oponíveis (*Gegenrechte*), como por exemplo o direito a invocar a prescrição (*A Parte Geral ... cit.*, p. 47) [cf., ainda, a propósito dos *Gegenrechte*, MOTA PINTO, *Cessão da posição contratual*, Almedina, Coimbra, reimpressão, 2003, p. 357, nota 1]; de SECKEL, “Die Gestaltungsrechte des Bürgerlichen Rechts”, *Festgabe für Koch*, Verlag von Otto Liebmann, Berlin, 1903, p. 205-253, aqui 209, que, criticando a designação proposta por ZITELMANN, fala dos direitos conformativos (*Gestaltungsrecht*), *apud* DAVID FESTAS... cit.

Em relação ao desenho concreto da figura e ao seu conteúdo conformativo, cf. a interessantíssima discussão que se originou em torno da teoria de ADOMEIT, *Gestaltungsrechte, Rechtsgeschäfte, Ansprüche, Zur Stellung der Privatautonomie im Rechtssystem*, Duncker & Humblot, Berlin, 1969 (cf., ainda do autor, a propósito do direito subjectivo, *Zivilrechtstheorie und Zivilrechtsdogmatik – mit einem Beitrag zur Theorie der subjektiven Rechte, in Normlogik – Methodenlehre – Rechtspolitikologie, Gesammelte Beiträge zur Rechtstheorie 1970-1985*, Duncker & Humblot, Berlin, 1986, p. 51-63) [*apud* DAVID FESTAS... cit.]. Já não se trata, aí, do problema da aceitação da figura, sequer do seu enquadramento entre as modalidades do direito subjectivo entendido em termos amplos, mas da caracterização do direito potestativo em si mesmo, debatendo-se se a nota de unilateralidade constitui ou não a marca distintiva daquele. Na verdade, o autor considera que a própria liberdade contratual deve ser vista como um direito potestativo e, mais amplamente, sustenta que os próprios contratos, na medida em que implicam uma conformação da ordem jurídica, devem ser integrados no âmbito da figura (*Gestaltungsrechte...* cit., p. 10). Na base da sua construção estaria um olhar particular sobre a autonomia privada, resultante do conjunto de todos os direitos potestativos, ou mais concretamente a percepção de que estes se traduzem no poder de estabelecer, modificar ou extinguir normas de conduta, pelo que também os negócios jurídicos receberiam aquela chancela.

Para uma crítica à posição de ADOMEIT, cf. DAVID OLIVEIRA FESTAS, *Em tema ... cit.*, p. 13

Do mesmo modo, torna-se inquietante a compatibilização da noção com a integração dos poderes deveres ou direitos funcionais no núcleo fundacional da categoria para todos aqueles que ali os insiram. O que não deixa de ser curioso, dado que é nestes que, com propriedade, se pode falar de uma funcionalização do direito relativamente a determinadas finalidades que, não obstante, se focalizam num terceiro e não no próprio titular deles. Em todos os outros, e sem que isso contrarie a linha argumentativa seguida em texto até aqui, essa funcionalização será incompatível com a essência dele. O que, aliás, nos chama a atenção para a necessidade de, à frente, mobilizarmos as notas esparsas que temos salientado no sentido de recortar as linhas mestras de inteligibilidade com que operamos.

²⁸⁰⁶ OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil/Teoria Geral*, volume III – *Relações e situações jurídicas*, 2002, p. 79. De notar que CAPELO DE SOUSA desagrega o autor citado das posições por ele cunhadas de dominialistas – cf. *Teoria Geral ... cit.*, p. 178.

²⁸⁰⁷ Com o que se obviam algumas das críticas anteriormente referidas. Por outro lado, o facto de se falar de posição concreta de vantagem parece permitir a distinção entre o direito subjectivo e os interesses legalmente protegidos (cf., com um entendimento diverso, CAPELO DE SOUSA, *Teoria geral...* cit., nota 434), o que não obsta à inconcludência da proposta pelo carácter pouco emblemático que a mesma comporta em termos de explicitação da estrutura do direito subjectivo (nesse sentido, cf. CAPELO DE SOUSA, *loc. cit., op. cit.*)

consideradas resultante da afectação de meios jurídicos para permitir a realização de fins que a ordem jurídica aceita como dignos de protecção”. Também aqui, independentemente do que se possa dizer sobre o mérito conceptual do que é proposto, não se nega a concatenação entre a atribuição – ou em nosso entender, o reconhecimento – de um direito e a protecção de determinados fins, *grosso modo*, identificáveis como interesses.

62. Síntese compreensiva e tomada de posição viabilizadora da conexão entre o conceito de direito subjectivo e o problema da causalidade preenchedora da responsabilidade.

O fenómeno da subjectivação jurídica, motivando intenso debate na doutrina²⁸⁰⁸, pode ser analisado sob diferentes ópticas e apenas a compromissória assunção do patamar dialógico em que nos movemos permitirá quer a congruência do discurso, quer a eliminação das flutuações com que ainda hodiernamente somos confrontados.

Assim, três são os níveis argumentativos que sincreticamente convergiram nos pontos expositivos precedentes para dilucidar o cerne do direito subjectivo.

Ao olhar histórico-filosoficamente comprometido alia-se uma intenção pragmático-operatória que, não podendo fazer tábua rasa da axiologia fundamentante da categoria, à qual acedemos através daquele primeiro binóculo, nos projecta no mundo da *praxis*, garantindo, em vez de ficarmos presos no puro conceptualismo, a mobilização prático-normativa da figura. Nenhum dos dois, que deste modo se entretecem dialecticamente, condicionando-se, se confunde com aquele outro olhar, dogmático, que, fazendo apelo ao rigor e tecnicismo, se queda na construção da definição do direito subjectivo. Apesar disso, eles refractem-se nesta última, comunicando-lhe a sua luminosidade específica e impedindo a transmutação do conceito numa pura forma, tal como foi pretendido por alguns dos autores que no passado colocaram o seu trabalho ao serviço da edificação de uma pirâmide conceptual²⁸⁰⁹.

²⁸⁰⁸ Cf., ainda, NIKITAS ALIPRANDIS, *Subjektives Recht und Unterwerfung. Eine Untersuchung im Rahmen der normlogischen Lehre*, Duncker & Humblot, 1971

²⁸⁰⁹ A propósito da problemática dos direitos subjectivos, embora aí tematizados sob o prisma do direito constitucional, ALEXY, *Teoria de los derechos fundamentales*, ... cit., p. 173 e ss., distingue três questões fulcrais: questões normativas; questões empíricas; questões analíticas. Dentro das primeiras, contam-se as questões ético-filosóficas (*v.g.*, que direitos têm as pessoas independentemente de uma ordem positiva) e as questões jurídico-dogmáticas (diante de um dado sistema jurídico, indaga-se se um indivíduo tem ou

Arredar qualquer um destes prismas implica coarctar o entendimento de algo que ocupa uma posição charneira no direito civil. Mas, isso não impede que se possa lançar mão de uma intencionalidade sectorial que, colocando como pano de fundo os restantes olhares, sublinhe nesse ensejo as notas particularmente determinativas da sua orientação.

É, no fundo, esse o sentido da bifurcação que ORLANDO DE CARVALHO faz entre o *conceito de preceito* e o *conceito funcional* da relação jurídica²⁸¹⁰. E é nessa medida que, ainda que muitas das noções a que fizemos referência não espelhem claramente o sentido ético-axiológico que lhes subjaz, não as contestamos abertamente.

Dito de outra forma, num plano doutrinal puro, dirigido à conceptualização, o dado relevante é a abrangência suficiente da definição, ou seja, a susceptibilidade que a mesma apresenta para acolher todas as suas possíveis concretizações.

Daí que seja perfeitamente possível aderir a uma das concepções já formuladas anteriormente. Não só preferível como desejável. Quer porque as mesmas correspondem a um esforço de construção doutrinal e a uma tradição conceptual que não ousamos negligenciar; quer porque cumprem o desiderato a que se propuseram.

O tom genérico com que nos temos vindo a expressar há-de, contudo, dar lugar a um discurso particular. Na verdade, não será precisa uma árdua tarefa intelectual para nos apercebermos, pela leitura das páginas anteriores, das clivagens entre os autores. Ora, a aceitabilidade de uma das noções, em homenagem a uma das regras da lógica aristotélica, determinará a improcedência das demais.

não um determinado direito). Ao nível das questões empíricas perscrutar-se-ia a resposta a problemas como o surgimento do direito subjectivo, a história do conceito ou a sua função social, enquanto no reduto das questões analíticas se tomaria posição firme entre a chamada teoria da vontade e a teoria do interesse. Sobre o ponto, cf. p. 178-179.

A tripartição destes diversos nichos temáticos em torno do direito subjectivo a que somos conduzidos pelo pensamento de ALEXY comprova a pertinência do modelo expositivo a que aderimos e bem assim a adesão a uma dada fórmula conceptual, não obstante ela não revelar totalmente a materialidade subjacente à categoria.

Na verdade, se no plano generalista em que nos situamos ficam arredadas as questões identificadas pelo autor como jurídico-dogmáticas, a dimensão ético-filosófica não pode deixar de estar presente. Ponto assente é que o recorte que para ela definiremos contagia inexoravelmente os aspectos analíticos e funcionais da categoria e que para a sua intelecção contribuirão, sobremaneira, a compreensão histórica do fenómeno. Note-se, ainda, que a cisão entre a dimensão analítica e funcional permite legitimar o olhar tríplice que elegemos como fio condutor do *iter* discursivo.

²⁸¹⁰ Cf. o que atrás ficou dito acerca dos ensinamentos do autor sobre o direito subjectivo e a relação jurídica em que o mesmo emerge. Cf., igualmente, *A teoria geral da relação jurídica – seu sentido e limites*, Coimbra, 1981 e *Para uma teoria humana da propriedade – do problema do ser ao problema do ter*, Coimbra, 1952

A opção, dentro do vastíssimo quadro conceptual apresentado, por uma delas, se não se pretender arbitrária, deve obedecer a duas ideias força, balizadas pelas actuais considerações.

Assim, há que, por um lado, garantir que a definição abraçada não contraria o princípio informador e enformador da categoria dogmática, mas antes, com todas as condicionantes que um simples enunciado linguístico encerra, o espelha, ainda que imperfeitamente. Por si só, isso levar-nos-á a rejeitar qualquer proposta conceptual que se cinja à atribuição de direitos pela ordem jurídica e a afastar como nosso pórtico de entrada uma fórmula que se atenha preferencialmente à tutela dos interesses.

Por outro lado, se o patamar dialógico em que nos encontramos está imbuído de um espírito conceptualizador, ainda que não formalista ou normativista, uma construção analítica que nos comunique a estrutura do direito subjectivo, munida dos arranjos técnicos que impeçam o fecho do arco a determinadas realidades jus-civilísticas, parece-nos ser a opção preferível.

Donde, aderimos aqui à construção que, remontando a MANUEL DE ANDRADE, foi acolhida, entre outros, por MOTA PINTO e corrigida por ORLANDO DE CARVALHO²⁸¹¹.

Na verdade, diante da panóplia de opções com que fomos confrontados – e sem que ela esgotasse o nosso horizonte, até porque poderíamos ter enveredado por uma noção pessoal –, é aquela que de modo directo e preciso nos diz qual a posição concreta de vantagem que o titular activo de uma relação jurídica nela ocupa²⁸¹². E repare-se que,

²⁸¹¹ Não se trata, no nosso texto, tanto de questionar o conceito ou noção de direito subjectivo, mas o modo como a interpretamos. É claro que a noção há-de espelhar a fundamentação sobre a qual se erige. E, por isso, aproximamo-nos daquela ou daquelas que melhor a aprisionem. Mas, como salienta CARLO BOZZI, “Interessi e diritto”, ... cit., p. 845, nota 1 (alicerçado na lição de SPERDUTI), não é o conceito de direito subjectivo puramente técnico – que vale para todos os tempos e todos os ordenamentos – mas o modo de o encarar que é passível de superação.

²⁸¹² Saliente-se que não será inócuo para o afastamento dos autores da Escola de Lisboa relativamente a esta noção o facto de, em detrimento da ideia de relação jurídica, proporem a sua substituição pela de situação jurídica. Para uma crítica contundente desta visão, cf. ORLANDO DE CARVALHO, *Teoria Geral...* cit., p. 9.

Mais se diga que não têm provimento a este ensejo as preocupações de todos aqueles que, chamando à lide os direitos absolutos, indagam sobre a estrutura relacional que lhes preside. *Vide*, a este propósito, *inter alia*, HÖRSTER, *A parte geral...* cit., p. 165. Na verdade, a definição a que aderimos transmite claramente a estrutura da relação que, por via da eficácia *erga omnes*, se estabelece entre o titular do direito e todos os restantes membros da comunidade jurídica. Dir-se-á com razão que ela não capta o conteúdo daqueles direitos, nada nos dizendo efectivamente sobre o que é um direito real ou um direito de personalidade. Mas, em bom rigor, nem terá de o fazer.

As críticas a que aludimos são pertinentes, não o negamos. Mas, são-no se e quando nos debruçamos sobre cada tipo classificatório dentro do direito subjectivo. Cf., nesta linha, a propósito da definição dos direitos reais, HENRIQUE MESQUITA, *Obrigações reais...* cit., p. 47 e ss.

Se, em alternativa, adoptássemos uma visão dominialista ou quase dominialista do direito subjectivo, similares dificuldades afluiriam no confronto com os direitos creditícios. Será que a permissão normativa específica de aproveitamento de um bem traduz na perfeição o conteúdo jussubjectivo das realidades em

a partir do momento em que escalonámos triadicamente o nosso discurso, o objectivo da definição não pode ser outro.

Não é, porém, possível atermo-nos a este nível argumentativo, como vimos.

Mais do que isso, importa ter em conta que, a despeito da aparente formalização conceptual, estamos longe do pensamento de oitocentos que, mesmo conhecendo o fundamento último do reconhecimento e/ou atribuição de um direito subjectivo, o desarreigava do desenho concreto deste, relegando-o ao papel originário de explicitação teórica da conversão da categoria no núcleo central do ordenamento jurídico privado.

Diferentemente, orientamo-nos de acordo com aqueloutro entendimento que assume comprometidamente a materialidade conformadora do direito polarizado no sujeito para, assim sendo, sustentarmos que a sua mobilização em concreto e a sindicância do seu exercício só são pensáveis como refacções – não encaradas de forma dedutiva – daquela.

Quer isto dizer que a ancoragem do direito na liberdade da pessoa humana não constitui um mero denominador genético, antes acompanhando cada fenómeno de subjectivação em concreto. Longe de ser um espectro que, longinquamente, paira a montante sobre a esfera de direitos do direito, ele está presente em cada momento da actuação da pessoa, oferecendo-lhe e a nós, juristas, o acervo de eticidade de uma comunidade pessoal.

Adequadamente compreendidas as coisas, elas redundam em dois corolários básicos de inteligibilidade da categoria em apreço. Dois corolários a que já fizemos inúmeras vezes referência, mas que agora é mister sublinhar.

que a satisfação dos interesses do credor depende da colaboração do devedor, ainda que a sua prestação seja configurada, como deve sê-lo, como um bem? Acresce que, na sua expressividade, a noção citada em último lugar acaba por nada nos dizer acerca da estrutura do direito.

É claro que se ficarmos presos ao nível enunciativo de que agora curamos prendemo-nos a uma visão empobrecida do direito, mormente do direito real que aqui, paradigmaticamente, tomámos como exemplo.

Dito de um modo mais directo, se a definição do direito subjectivo é susceptível de abarcar nela os direitos reais, a generalização própria de um conceito geral impede-nos de conhecer o seu conteúdo. E é este que tem de surgir espelhado quando afivelamos o nosso discurso no sentido da concretude.

Com isto, afastamo-nos de um tipo de pensamento próprio da pirâmide conceptual da Jurisprudência dos Conceitos. Não nos basta a mera adição de notas predicativas específicas para cabalmente tomarmos conhecimento das modalidades de direitos subjectivos que ali se filiam. Há que descortinar, efectivamente, uma noção precisa que, não negando a sua filiação, se afaste do puro plano estrutural.

E assim acabamos por congruentemente dar voz à visão tripartida que, preliminarmente, desenhámos. Pois que, ao plano conceptual puro, havemos de juntar outros. Se em geral, como anunciado, teremos de o conformar com a dimensão ético-axiológica que fundamenta aquela estrutura e separáveis fundem-se na escalpelização dos poderes ou faculdades jurídicas que integram o direito e no modo de exercício das mesmas, permitindo o recorte das notas determinativas que, através da mobilização da racionalidade adequada, nos permitem aceder a um conceito, por exemplo, de direito real.

Com efeito, se o referente de sentido que informa o direito subjectivo e nos permite aceder à sua materialidade sempre que nos deparamos com um problema fundamentalmente tido por juridicamente relevante é a pessoa e não o indivíduo, tal implica – voltamos a repeti-lo – um duplo olhar sobre a liberdade humana que nos afaste do estrito limbo negativo e nos leve a afirmar a sua dimensão – mais rica e mais funda – positiva²⁸¹³. Donde, o plano estrutural comunicado pela definição a que tecnicamente

²⁸¹³ Sobre a ligação entre o direito subjectivo e a pessoa, cf. JOSE MADRIDEJOS SARASOLA, “Los derechos personalísimos”, *Revista de Derecho Privado*, tomo XLVI, 1962, p. 269 a 285, onde, a propósito dos direitos de personalidade, e vincando a nota da transmissibilidade deles, o autor questiona a integração daqueles na categoria dogmática mais ampla. É nesse ensejo que afirma que a ligação a um sujeito é um elemento necessário, mas de certo modo indiferente na estrutura daquele (p. 271).

Importa sublinhar, em face da afirmação, que o verdadeiro alcance dela só pode residir na indiferença em relação ao sujeito titular do direito, jamais na indiferença referente à subjectividade, ou não fosse esta o pólo viabilizador da conceptualização que se acompanha.

A propósito da ideia de liberdade positiva que aqui é chamada à colação, cf. G.C. MACCALLUM, “Negative and Positive Freedom”, *Philosophical Review*, 76, 1967, p. 314 e ss.

Cf., igualmente, ROBERT ALEXY, *Teoria...* cit., p. 210 e ss.

O autor, centrando-se nas questões constitucionais, não deixa – pelo carácter fundamentante que as mesmas apresentam – de fornecer importantes pistas para a forma como tratamos o tema dos direitos subjectivos, na sua conexão com a liberdade humana. Partindo de uma concepção de liberdade a envolver uma relação triádica (a fazer interagir o titular da liberdade, um eventual impedimento da liberdade e o objecto da liberdade), ALEXY sustenta que existe uma diferença decisiva entre o pensamento que vê no objecto da liberdade uma só acção ou aquele que o perspectiva como uma alternativa entre acções. E acrescenta (p.212) que “parte só de uma acção aquele para quem a liberdade consiste em fazer o necessário ou o razoável”. Tratar-se-ia de um conceito positivo de liberdade, próprio da filosofia de SPINOZA, KANT ou HEGEL, que se refere ao comportamento correcto e não a uma alternativa de acção dependente do livre arbítrio de cada um e cujos impedimentos se quedariam nas ideias pouco claras, nas emoções, nos impulsos sensoriais ou na falta de consciência. Segundo o autor (cf. p. 213, nota 121), quando o impedimento desaparece, não existe outra possibilidade que não seja a de realizar a acção correcta, que passa a ser vista como a acção necessária.

Assim sendo, ALEXY rejeita que a liberdade juridicamente relevante seja a positiva. Para ele (cf. p. 214), a liberdade jurídica implicará sempre a alternativa da acção, considerando-se que ela existe, negativamente – como não pode, segundo o seu pensamento, deixar de ser –, na medida em que não estejam vedadas à pessoa as diversas alternativas de acção.

Acresce que o autor esclarece ser possível, no quadro da liberdade negativamente conformada, operar uma cisão, entre um sentido estrito daquela, coincidente com a visão liberal, e um sentido amplo que atenderia, também, a um conceito sócio económico de liberdade, segundo o qual as normas de direito fundamental deveriam assegurar a ausência de situações económicas deficitárias, sob pena de não se estar, de facto, diante de uma real alternativa de acção (cf. p. 341).

Das considerações expendidas podemos tecer, já, alguns comentários, de forma tópica, de modo a, não nos alongando, podermos ensaiar algumas conclusões.

Assim, importa referir que as preocupações do autor se centram, como ficou patenteado pela referência à dimensão económico-social, na relação entre o Estado e os particulares. Mas tal não deixa de se projectar no âmbito privatístico. Assim no ordenamento jurídico alemão, fruto da interpretação do artigo 2º, nº1 LF; assim no ordenamento jurídico português, fruto da refracção do direito constitucional ao nível do direito privado. Sem que tal, note-se, implique da nossa parte uma circunscrição da juridicidade à constitucionalidade, já que a primeira se afigura muito mais ampla que a segunda.

Não se fica, no entanto, por aqui a intencionalidade comunicada pela precisão. Na verdade, a mera alusão a uma concepção ampla do sentido negativo da liberdade liberta-nos, passe a redundância, da mundivisão individualista. Com tudo o que isso acarreta, já que é ela, em última instância, que temos vindo a denunciar, mas sem que isso nos leve a coincidir com o pensamento de ALEXY.

Na verdade, se a recusa do individualismo no plano das relações com o Estado conduz à assunção de concretas políticas de salvaguarda das condições socio-económicas que corrijam as eventuais assimetrias

provocadas pelo mercado, no mundo entre privados não pode deixar de significar a abertura ao outro, sem o qual, aliás, o *eu* não se reconhece ou desenvolve adequadamente.

E, se assim é, reconhecendo que o dínamo de propulsão do ordenamento jurídico é a pessoa, a materialidade que o contagia não pode permitir que se tutelem normativamente posições só formalmente catapultadoras da liberdade humana quando verdadeiramente a contrariam.

Percebemos o que o autor intenta dizer quando refere que a liberdade jurídica não pode ficar atida a uma visão que a conceba por referência a uma única acção. Não cremos, porém, que o balizar das possibilidades de actuação com isso contenda.

Tentemos ser mais claros.

Questionando a pertinência de um direito à liberdade, alicerçado no preceito que erige a dignidade da pessoa humana em princípio jus-fundamental, ALEXY entende que nem assim se pode concatenar esta com uma dimensão positiva da primeira, recusando peremptoriamente uma concepção concreta dela orientada pela dignidade pessoal em lugar de uma liberdade geral de fazer ou omitir o que se queira (cf. p. 344). Para o autor, a liberdade positiva restringir-se-ia ao cumprimento da lei ética por dever e seria inconsonante com a exterioridade que se reclama no mundo juridicamente cunhado, no qual o que releva é a garantia da autodeterminação de cada um através de operações de escolha entre diversas alternativas de acção.

Confrontado com dados positivos e jurisprudenciais e instado a desenvolver congruentemente o seu pensamento por referência a pressupostos antropológicos, o autor reconhece que o indivíduo está inserido numa sociedade, à qual se vincula, pelo que se permitem restrições àquela liberdade por razões ditas suficientes e em obediência ao princípio da proporcionalidade (cf. p. 346).

A materialidade do discurso, colhida no *animus* do Estado de Direito social, permite escapar a parte das fragilidades de um liberalismo radical no qual qualquer comando externo acabaria por ser entendido como uma limitação da liberdade ao que acresceria, dizemo-lo nós, a perda de um referente de sentido que justificasse a valoração normativa que qualquer comando de direito positivo há-de fazer. Na verdade, ao expor subsequentemente quer a chamada teoria das esferas (cf. p. 349 e ss.), quer a teoria dos direitos de liberdade tácitos (cf. p. 353 e ss.), o autor deixa clara a necessidade de ponderar o princípio da liberdade negativa com outros princípios, ainda que opostos, que comuniquem outras exigências ligadas à dignidade da pessoas humana. [cf., falando de círculos de liberdade na caracterização do objecto de um direito de liberdade integrado na tutela jus-civilística da personalidade humana, embora não coincidentes com a análise de ALEXY, quase a fazer lembrar as esferas de privacidade, CAPELO DE SOUSA, *O direito geral...citt.*, p. 284-285]

Mas, se assim é, se o critério de ponderação – e daquilo que na posição do autor é uma restrição à liberdade – se escuda na pessoalidade, pensamos que não há como negar a verdadeira essência que a informa e que quadra mal com o cotejo individualista de esferas de acção. Aliás, ALEXY não deixa de dar conta das críticas que são tecidas ao conteúdo do direito à liberdade, na sua expressão negativa. Assim, na página 365.

Nem tão pouco se percebe o temor científico revelado pelo autor. A partir do momento em que se admite uma coloração das alternativas de acção com apelo a uma ideia de solidariedade social, perde razão de ser a obstinada rejeição da matização da liberdade com as notas positivas que expusemos. Adverte o autor que olhar para o direito ao livre desenvolvimento da personalidade, do qual se extrai o direito geral à liberdade, do prisma de uma teoria estrita como a de PETERS (cf. “Die freie Entfaltung der Persönlichkeit als Verfassungsziel”, *Festschrift für R. Laun*, Hamburgo, 1953, p. 673, *apud* ALEXY, *Teoria... cit.*, p. 331) – segundo a qual o preceito só tutelaria “manifestações de uma humanidade autêntica no sentido da concepção cultural ocidental” –, implicaria positivar uma dada antropologia filosófica. Questionamos nós se não é isso que ALEXY faz ao integrar o conteúdo do direito em análise pela liberdade de fazer ou não fazer o que se queira, com a agravante de que esta sublimação da vontade desenraizada não só se mostra empobrecedora daquilo que realmente caracteriza o ser humano como se traduz num ficcionismo espúrio. Na verdade, a aparente neutralidade, tão em voga pela voragem pós-ideológica que caracteriza o pensamento hodierno, envolve, ela própria, a assunção pressuposta de um dado referente de sentido, já que o direito não se confina a uma pura forma. E se ALEXY o admite, pela contaminação da sua teoria pelas notas materiais comunicadas por outros princípios jus-fundamentais, perde sentido a objecção de princípio.

Não queremos com isto desembocar na juridificação de uma qualquer moral, imanente ou transcendente. Nem sequer advogamos um sentido positivo da liberdade que nos conduza a uma estrutura valorativa análoga à que preside à liberdade enquanto virtude teologal ou ética.

Ficou claro em texto que a autonomia do ser pessoa implica a possibilidade de escolha entre diversas alternativas de acção. Simplesmente entendemos que tais possibilidades não são as que se estribam numa *voluntas* arbitrária, mas, outrossim, aquelas que se ancoram na pessoalidade como um todo. Logo, entre

aderimos há-de ser por ela animado. Não está em causa – no quadro da estrutura externa dos direitos, aqui tidos como absolutos – o simples poder de afastar os demais membros da comunidade, impondo-lhes a abstenção de todo e qualquer comportamento que atente contra aquele, mas, outrossim, a possibilidade de lhes dirigir uma pretensão de respeito positivamente densificada. Se tal é claro no que tange aos direitos de personalidade, pode ser discernido igualmente no que toca aos direitos de natureza patrimonial, *maxime* os direitos reais²⁸¹⁴.

os vários fundamentos da escolha operada não pode deixar de figurar a consideração devida ao outro. É por isso que a responsabilidade não surge como um limite da liberdade – porque, quando aquela se desencadeia, já esta não traça o seu curso – mas como uma forma de actualização, dialéctica, dela.

Mais se refira que a ideia sustentada por ALEXY, no quadro do direito positivo privado pátrio, se mostra contraditória com os dados do sistema já constituído.

Relembremos que os inimputáveis não são alvo de um juízo de culpabilidade, não podendo ser sobre eles derramada qualquer responsabilidade, excepto nos casos estritamente animados pela *equitas*. Se não virmos nesta realidade intrassistemática uma nota proteccionista daqueles, então a impossibilidade de virem a ser responsabilizados só se pode compreender por uma interpretação da liberdade como pilar de fundamentação do sistema na dimensão positiva. Pois, verdadeiramente, também os inimputáveis possuem uma vontade e podem – em alguns casos – escolher entre múltiplas vias. O que se afirma é que não se autodeterminam porque a sua capacidade volitiva (ou intelectual, condicionando aquela) está diminuída por qualquer razão. Se assim é, significa isto que a falta de consciência, determinados impulsos, etc. podem funcionar como impedimentos à liberdade, o que, por si só, e nos seguimento do ensinamento do autor cujo pensamento temos vindo a acompanhar, nos conduz a uma dimensão positiva daquela (cf., para um cabal esclarecimento sobre a asserção vertida em nota, ALEXY, *Teoria...* cit., p. 213 e ss.).

Para outras considerações acerca do pensamento de ALEXY, cf. o que à frente será dito sobre o autor.

No sentido de distinguir a liberdade juscivilisticamente tutelada da liberdade filosófica, religiosa, moral, político-sociológica, ou psicológica, cf. CAPELO DE SOUSA, *O direito geral de personalidade, ...* cit., p. 258. Salienta o autor que a “noção de liberdade relevante para efeitos da tutela civil da personalidade humana, embora tenha subjacente respostas a tais questões, enquanto suportes da nossa concepção, terá sempre de iniciar-se pelo perguntar do sentido e das finalidades do sector normativo do nosso direito civil onde tal bem se insere”. Cf., igualmente, o que o autor diz na página 284 e ss. Note-se que a referência ao problema do abuso do direito acaba por quadrar mal com o que sobre o tema expusemos em texto *supra*.

²⁸¹⁴ No jogo de correspondências entre o lado activo e o lado passivo da relação jurídica, é habitual – dentro dos direitos absolutos – operar a diferença entre os que têm natureza pessoal e os que têm natureza patrimonial. Afirma-se, então, que o lado passivo dos primeiros é preenchido por um dever de respeito, enquanto aos segundos se oporá uma obrigação passiva universal. Concordando, genericamente, com a asserção (até porque tal é notório quando nos debruçamos sobre o problema da responsabilidade por omissão), não podemos deixar de salientar que, embora em menor escala, também os direitos reais são tributários de uma pretensão de respeito que se denota ao longo da disciplina de inúmeros institutos jurídicos, como é o caso da gestão de negócios e sem embargo da natureza particular que a mesma reveste.

Sobre a gestão de negócios na sua conexão com o instituto da responsabilidade civil, cf. LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES LEITÃO, *A responsabilidade do gestor perante o dono do negócio no direito civil português*, Almedina, Coimbra, 2005 (“A responsabilidade do gestor perante o dono do negócio no direito civil português”, *Ciência e Técnica Fiscal*, nº363, Julho-Setembro, 1991, p. 37-244 e nº364, Outubro-Dezembro, 1991, p. 13 a 188), já citados.

Note-se que, sem entrarmos agora na análise da modalidade de responsabilidade civil concretamente em causa, até porque tal nos imporia uma tomada de posição acerca da plausibilidade da configuração de uma terceira via para aquela [cf., por todos, no que a este problema diz respeito em termos gerais, CARNEIRO DA FRADA, *Contrato e deveres de protecção, ...* cit.; *Uma terceira via da responsabilidade civil?*, ... cit.; e ainda, falando já do que pode ser uma quarta via, assente da responsabilidade pela confiança, *Teoria da confiança e responsabilidade civil, ...* cit. Veja-se, ainda, do autor “Vinho Novo em Odres Velhos?” – a responsabilidade civil das “operadoras de Internet” e a doutrina comum da imputação de danos”, *Separata da Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 59, II – Lisboa, Abril 1999], importa, no

Por outro lado, ao exercitar os seus direitos subjectivos, a pessoa torna actuante a sua liberdade. Só que esta já não é pensável – nunca é demais dizê-lo – na óptica da pura negatividade, mas deve ser entendida no sentido desvelador da sua autonomia. Uma autonomia que não se queda numa vontade arbitrária e tendencialmente despótica, mas que só o é na medida em que fomente uma acção consonante com o radical último de que se alimenta: a pessoalidade. O mesmo é dizer que, na aparente solidão da escolha entre alternativas de acção, o homem mobiliza determinadas razões que fundamentam a sua opção. E se nisto redundava a autonomia do ser pessoa, nunca poderá desaparecer do seu horizonte a presença do outro, do tu, sem o qual aquela pessoalidade, em último termo, desaparece.

O que assim ficou – de modo simplificado – enunciado permite-nos, desde já, outro nível de considerações. Se aquela estrutura não se resume à edificação de um forte de isolamento, ainda que os direitos em causa sejam os que tradicionalmente são tidos por absolutos, mas coenvolve – na pressuposição de uma relação jurídica fundamentalíssima de respeito pela dignidade ética da pessoa humana – o desenho de um campo privilegiado de exercício da liberdade positiva, tal indicia que o conteúdo do direito subjectivo há-de ser mais rico do que aquilo que à primeira vista se poderia pensar. Dito de outro modo, o seu conteúdo há-de estar preenchido por uma série de poderes e faculdades que, comunicando-lhe um desenho específico, autorizam o titular a dirigir em relação aos demais membros da comunidade as exigências e pretensões a que aludimos. Implicitamente, aquela estrutura definitória compreende a alusão ao conteúdo do direito subjectivo, apenas inteligível no apelo à pessoalidade.

Se quisermos continuar a indagar as potencialidades de um pensamento que, contemplando aquela categoria dogmática, procura dela extrair a sua essência para,

entanto, salientar a confluência, ao nível da gestão de negócios, de diversos vectores, congregadores de múltiplos fundamentos transpositivos da juridicidade.

Tal potencia um segundo leque de considerações, a complementar o que ficou dito em texto. Orientámo-nos, ali, o nosso discurso de acordo com a pressuposição da estrutura dos direitos absolutos. Outro tanto poderia ser explanado a propósito dos direitos relativos. Se calhar de modo mais perceptível, implicarão sempre, na mobilização de esferas jurídicas, o poder de exigir comportamentos positivos e negativos à contraparte e, genericamente, o poder de exigir uma pretensão de respeito que, animada pelos deveres impostos pela boa fé, nos leva além do simples *pacta sunt servanda*.

Importa, por isso, em nome da congruência com o que ficou dito noutros locais, precisar que, não obstante, a responsabilidade contratual não configura uma modalidade especial em relação à aquiliana, dado não ser, naquela, o vector liberdade que a sustenta, mas antes uma noção de confiança normativamente conformada.

Dito de outro modo, ao nível dos direitos obrigacionais é, ainda e sempre, a liberdade-autonomia do ser pessoa que está em causa. Mas aí, contrariamente ao que sucede aqui, aquela veste o figurino da autonomia privada ou liberdade contratual, assumindo especificidades a implicar a orientação problemática do tema em moldes diversos.

crítico-reflexivamente, a mobilizar sempre que em causa esteja um problema jurídico concreto, diríamos – na pressuposição da antropologia fundamentante do ser humano – que, de algum modo, o exercício da autonomia assim perspectivada há-de ser acompanhada pela prossecução de um interesse. Pois que uma coisa é a inaceitabilidade da predação do *tu* pelo *eu* ou mesmo da auto-predação, outra diferente é transformar essa petição de princípio na autista desconsideração do egoísmo do ser humano, de que já os jusnaturalistas iluministas falaram. Dir-se-ia de um modo contundente que o direito é um dever ser, mas é um dever ser que é, pelo que há-de partir da realidade em vez de a ficcionar. Dificilmente seria plausível a (re)-construção de um acervo normativo que não tivesse o mínimo de apego à realidade tal-qualmente ela existe, sem embargo da expressão da validade que, integrando o modo-de-ser do direito, permite a sua densificação eticamente cunhada.

Mais prosaicamente, ao tematizarmos o direito subjectivo somos forçados a equacionar o interesse. Mas aí há que ser particularmente cautelosos.

Primeiro, porque o rigor nos impõe, *ab initio*, a percepção da diferença entre o conteúdo e a função do direito, daqui decorrendo a imperiosa necessidade de ir mais longe no estudo daquele, já que a sua indelével presença não acarreta, *mutatis mutandi*, a sua inserção na interioridade do direito subjectivo.

Segundo, porque a experiência histórica a isso nos aconselha. Na verdade, como pudemos constatar, IHERING não se fechou no apagamento da personalidade humana. Mesmo que a sua visão pudesse estar eivada do empobrecimento individualista que caracterizou a mundividência da época, seria injusto derramar sobre o autor o anátema de uma instrumentalização espúria do direito subjectivo. Simplesmente, o modo como o equacionou condenou-o a uma funcionalização da categoria e a um certo retorno ao objectivismo que anteriormente denunciámos.

Posto isto, retomamos ao ponto em que ficámos quando iniciámos, depois de confrontados com as posições iheringianas, este excuro. Ou seja, questionaremos, em seguida, o modo de interpenetração entre o direito e o interesse. Contudo, para não correremos o risco de apagar a tensão dialéctica entre liberdade e interesse que acompanha a estrutura comunicada pela definição adoptada, lançaremos mão – na exposição subsequente – de um duplo olhar sobre o fenómeno da subjectivação.

De um lado, olharemos para o direito do prisma do titular que o exerce; de outro, na perspectiva do titular que o vê lesado²⁸¹⁵.

63. Uma dúplice visão sobre o fenómeno da subjectivação

63.1. O direito subjectivo na perspectiva do titular que o exerce

O titular do direito subjectivo que o exerce mobiliza a sua esfera de autonomia. Não nos quedaremos, agora, na mobilização activa daquela no sentido de, procurando a estrita ligação com o outro, conformar com ele a disciplina jurídica das suas relações jurídicas, com apelo a uma ideia de confiança normativizada pela boa fé. Dito de outro modo, numa atitude restritiva clara – que presta homenagem à unidade temática que preside *ab initio* a esta dissertação e exalta a congruência com uma dada opção em sede de articulação das duas grandes modalidades clássicas da responsabilidade civil –, deixamos de lado o mundo negocial ou quase-negocial para nos atermos ao plano da interacção generalizada.

O homem é livre para agir. E, sempre que actua, é essa liberdade que entra em jogo, quer se invoque, para a sua sustentação, e passe o pleonasma aparente, a liberdade genérica para agir²⁸¹⁶, quer se clame por um específico direito subjectivo.

²⁸¹⁵ Com isto não alteramos, em rigor, o estado da doutrina a propósito do direito subjectivo. A coabitação pacífica entre a autonomia pessoa e o interesse no âmbito da posição de vantagem que alguém assume quando investido na titularidade de um direito subjectivo foi amiúde realçada. Tivemos oportunidade de disso dar nota quando acompanhámos de perto os escritos dos autores nacionais e estrangeiros sobre a matéria. Contudo, pensamos que a abordagem que se propõe encerra uma mais valia, ao permitir de forma clara a focalização práctico-normativa do vector que, diante de cada problema, assoma como fundamental. O que, a seu turno, abrirá as portas a conclusões de outra índole no que à nossa temática – da causalidade – respeita.

²⁸¹⁶ Note-se que a liberdade genérica para agir pode ser vista como um direito subjectivo e não como uma mera faculdade. Para tanto, basta pensar nos direitos de personalidade e considerar que entre eles – naquilo que ORLANDO DE CARVALHO designou por subjectivação do poder de autodeterminação (cf. *Teoria Geral...* cit., p.) – consta o direito à liberdade. Ou então, e sem querer entrar na discussão em torno da consagração ou não de um direito geral de personalidade, *ex via* artigo 70º CC (cf., para maiores desenvolvimentos sobre o tema, por todos, CAPELO DE SOUSA, *O direito geral de personalidade...*cit), olhar para ela no sentido de um bem jurídico que integra o conteúdo daquele.

Note-se, ademais, que, independentemente da resposta à questão pretérita, importa, neste quadro, sublinhar que, ao nível do direito civil, a despeito do que se constata quando perscrutamos os meandros do direito penal, exalta-se a subjectivação, pela afirmação da tutela dos direitos polarizados na pessoa, em detrimento do enfoque na protecção objectiva de bens jurídicos.

Veja-se, a este propósito, a discussão a que hodiernamente se assiste ao nível cimeiro do direito constitucional a propósito dos direitos fundamentais. Serão verdadeiros direitos subjectivos? Configurarão, antes, feixes de poder? Ou, derradeira hipótese, identificarão bens jurídicos dignos de tutela? Cf., a este propósito, ALEXY, *Teoria...* cit. Sobre a questão, veja-se, porém, o que sobre o pensamento do autor germânico diremos infra, num diálogo que coenvolve inúmeras ramificações e chama à colação diferentes autores.

Na verdade, concordámos fundamentadamente com todos aqueles que ancoraram, ao longo da história do pensamento jurídico, o direito subjectivo, qualquer que ele fosse, na liberdade do ser humano, assumindo-o como um instrumento privilegiado ao serviço daquela.

Especificámos, contudo, a recusa liminar do esvaziamento significativo daquela dimensão da personalidade, donde assumimos, com todas as decorrências que tal envolve, uma vertente positiva da autonomia.

Olhemos paradigmática e exemplificativamente para o direito de propriedade, não porque estejamos reféns do iluminismo que o elevou a *alma mater* dos direitos subjectivos, mas em nome da riqueza do conteúdo que o conforma, tantas são os poderes, faculdade que nele se inserem.

O proprietário, v.g. de um imóvel, não é livre apenas e só porque pode, por referência a ele, bradar “*my house is my castle*”, afastando qualquer intruso que interfira com o gozo ou fruição da coisa. Aliás, em bom rigor, a faculdade de excluir os demais da zona de protecção erigida pela titularidade do direito só avulta no caso de violação ou ameaça de violação dele. Reduzir a propriedade a esta eficácia *erga omnes*, que naturalmente também o caracteriza, é caminhar inexoravelmente para um racionalismo abstractizante com total desapego da realidade.

O proprietário é livre porque, dentro das múltiplas possibilidades abertas pela posição de vantagem que ocupa, ele pode optar por uma delas. Simplesmente, como não nos cansamos de sublinhar, se a gestão do seu espaço de actuação se fundamenta na ineliminável dignidade ética que se lhe reconhece, ela não poderá desvirtuar o seu sustentáculo profundo, que não é outro senão a personalidade, entretecedora de laços entre os humanos.

Quer isto dizer que nunca a liberdade, que se reclama e se actualiza por meio do exercício do direito subjectivo, se poderá confundir com o acto que ignore o outro. Entre as opções que se apresentam ao titular do direito não constam a actuação do direito que implique a lesão da esfera jurídica alheia.

Se tal acontecer, avulta ao horizonte discursivo a responsabilidade que sempre acompanhará aquela.

Tradicionalmente, olhava-se para tal responsabilidade como um limite da liberdade e via-se no cotejo de esferas de acção o desenho concreto do eventual conflito emergente na realidade. A preterição de um direito absoluto alheio era, então, o

indicador supremo da ilicitude delitual e o sistema tinha na colisão de direitos o instituto privilegiado de expressão da raiz liberal que o animava.

Afastando-nos da abordagem clássica – e ainda hoje dominante –, importa repensar os dados do problema. Em vez da dualização entre liberdade e responsabilidade, proclamamos a sua complementaridade dialéctica. O que implica que alguém que, actuando dentro da sua esfera de direitos, cause prejuízos a outra pessoa, ainda que não lese um direito com eficácia *erga omnes*, pode vir a ser responsabilizado.

O cotejo de esferas jurídicas, com a sua projecção normativa na colisão de direitos, cede o lugar cimeiro ao abuso do direito que avulta, com a sua proeminência, no quadro do personalismo ético²⁸¹⁷.

Há que explicitar o que, deste modo, fica implícito.

Nada do enunciado contende com o sistema de direito positivo já constituído e com a previsão do artigo 483º Código Civil. Dogmaticamente, o sistema delitual continua a ser erigido em torno da natureza jus-absoluta do direito, configurando a sua preterição a modalidade básica de ilicitude. Tal justifica-se, contudo, numa leitura actualista dos preceitos do nosso diploma mãe em matéria de direito civil.

Mais concretamente, são três os dados com que temos de operar se quisermos ser consequentes na actividade judicativa levada a cabo.

A lesão de um direito absoluto carrega a marca de um desvalor ético-jurídico, traduzida, em termos objectivos, na não conformação da conduta com o respeito que um terceiro granjeia. Significa isto, aos nossos olhos, que, descontados casos excepcionais, não poderá o agente causador do prejuízo arvorar-se em titular de um direito subjectivo ao abrigo do qual se justifica, porque, a partir do momento em que a sua actuação deixa de se orientar segundo o reconhecimento de direitos alheios sai de cena a liberdade para se matizar a sua actuação com o abuso dessa liberdade.

Note-se que tal já era expresso no seio do pensamento individualista com recurso ao aforismo “a minha liberdade termina onde começa a liberdade do outro”. Vamos, porém, mais longe, sustentando que a pessoa pode actuar, formalmente ao

²⁸¹⁷ Cf., neste ponto, PIETRO TRIMARCHI, *Istituzioni di diritto privato*, sedicesima edizione, Giuffrè Editore, Milano, 2005, p. 35-37. Considera o autor que essencial na compreensão do direito subjectivo é a liberdade do seu exercício, que não fica dependente de qualquer interferência ou direcção externa, atribuindo ao sujeito uma zona em que se pode mover segundo os seus critérios. Sustenta TRIMARCHI, então, que “a delimitação desta zona pressupõe a actualidade dos interesses em conflito e tem em conta a sua relevância social” (p. 35), e exemplifica com recurso a hipóteses típicas de conflituosidade de direitos (v.g., os conflitos de vizinhança e os conflitos entre o direito à reserva sobre a intimidade da vida privada e o direito à informação jornalística).

No fundo, o autor analisa os limites à jus-subjectividade, sem que, contudo, a sua posição seja a nossa.

abrigo de um direito subjectivo – em que a sua liberdade se corporiza –, e materialmente estar a atentar contra princípios ético-jurídicos fundamentais, como seja o princípio da precaução ou prevenção, entendido em termos amplos²⁸¹⁸. Donde resulta que, lógica e normativamente, o abuso do direito se situa antes da problemática da colisão²⁸¹⁹.

²⁸¹⁸ Cf. o que ficou dito *supra* acerca da problemática.

²⁸¹⁹ Cf. CAPELO DE SOUSA, *Teoria Geral...* cit., p. 214 e ss.

Para uma análise dos diversos problemas que animam a chamada colisão de direito, cf. ELSA VAZ SEQUEIRA, *Dos pressupostos da colisão de direitos no Direito Civil*, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2004.

Na monografia citada, são colocadas diversas questões que, confluindo na definição dos contornos da figura, indiciam perspectivas de abordagem do fenómeno jurídico que atestam o que por nós tem sido dito. Especialmente importantes, a este ensejo, são todas as considerações que se prendem com a relação entre aquele e o abuso do direito.

Assim, acompanhando um esquema tripartido dos pressupostos de surgimento de uma colisão de direitos – pluralidade de direitos, pluralidade de titulares, impossibilidade de exercício de um direito em virtude do exercício de outro direito –, e aderindo a uma concepção restrita da colisão de direitos que a afasta das situações de conflitos de interesses, a autora acaba por fornecer importantes pistas, susceptíveis de alicerçar a asserção por nós avançada em texto.

De facto, ao autonomizar as situações de colisão aparente de direitos, a autora acaba por afirmar que os casos em que o exercício de um direito impede o exercício de outro se distanciam daquelas hipóteses em que um direito limita ou restringe um direito alheio (p. 94), para concluir que, desta feita, se pode chegar legitimamente à conclusão, depois de operada essa delimitação, de que “só havia uma posição jurídica” (p. 95). Cf., sobre as colisões aparentes, CAPELO DE SOUSA, *Teoria Geral...* cit., p. 198 e ss. e CHRISTOPHER HEATH WELLMAN, “On conflicts between rights”, *Law and Philosophy*, vol. 14, nº3-4, 1995, p. 277-279.

Mostra-nos isto, e voltando a acompanhar criticamente o que nos é comunicado pela civilista, que nem sempre o que parece surgir como um conflito de direitos pode, fora da aparência comunicada, ser entendido dessa forma, forçando a um trabalho prévio de delimitação das esferas jus-subjectivas de actuação. Donde resulta que a apurada consideração do abuso há-de ser prévia. Mas mais do que situar-se *a priori* ela há-de agora ocupar o lugar que outrora era pertença exclusiva da colisão de direitos. Na verdade, se deixarmos de entender o direito subjectivo na sua auto-suficiência formal e absolutizadora, seremos confrontados com situações em que materialmente o direito não existe porque, no seu exercício, contraria a estrutura fundamentante do sistema em que o mesmo se integra.

Note-se que só é viável a defesa de tal posição no quadro de um pensamento metodológico específico que olhe para o direito abstractamente previsto como algo distinto do direito concreto (p. 117).

Cf., a este propósito, RITA AMARAL CABRAL, “O direito à intimidade da vida privada”, *separata dos Estudos em memória do Professor Doutor Paulo Cunha*, Lisboa, 1988, p. 27.

Algumas considerações suplementares impõem-se para um cabal esclarecimento dos aspectos aqui tornados dialogantes.

Desde logo, importa salientar a nota histórica a que somos conduzidos nas páginas iniciais da dissertação da autora. De facto, começa por nos dar conta (p. 9) que o problema da colisão de direitos só avulta no espectro do pensamento jurídico no século XIX, pela mão de THIBAUT, sem que isso nos cause qualquer perplexidade, antes estando em harmonia com o que se disse acerca do surgimento do direito subjectivo como categoria jurídica autónoma.

Por outro lado, o afloramento argumentativamente comprometido da questão implica que a autora percorre diversas teorias sobre ela. Sem que, em nosso entender, tenha conseguido levar às últimas consequências o tipo de pensamento mobilizado. Se não vejamos.

ELSA VAZ SEQUEIRA distingue claramente os limites ou restrições aos próprios direitos dos limites ao exercício do direito (p.94). Enquanto os primeiros traçam o perímetro da posição jurídica activa que se convoca, os segundos dizem respeito ao exercício daquela. Por sua vez, os limites do direito podem ser intrínsecos ou extrínsecos.

A lição não é nova, tendo sido sustentado o quadro balizador ora proposto por diversos autores. Cf. CAPELO DE SOUSA, *Teoria Geral...* cit., p. 198 e ss.

O relevo que ela ocupa neste quadro é tão-só o de, comunicando-nos a posição sistemática ocupada pela colisão de direitos, inteligir o modo como a mesma tem sido concebida por referência ao abuso do direito.

Na verdade, diz-nos a autora (p. 116) que os limites intrínsecos são aqueles que “derivam da estrutura do próprio direito subjectivo ou da previsão da norma que o consagra e são representados pelo objecto do direito e pelo conjunto de poderes e deveres que integram o seu conteúdo”, sendo extrínsecos aqueles que “atendendo à necessária coexistência no ordenamento jurídico desse direito com outros direitos”, o “comprimem do exterior”, resultando o “desenho legal do direito subjectivo” da conjugação dos dois tipos de limites – cf. p. 117.

Recorrendo posteriormente à dicotomia entre o direito abstracto (desenho ou esquema legal do direito) e o direito concreto (situação jurídica activa de que uma pessoa é titular) [cf. p. 117], a autora abre as portas à consideração dos limites ao próprio exercício do direito, também eles intrínsecos e extrínsecos (p. 119). Entre os primeiros contam-se o conteúdo e o objecto do direito e o abuso do direito; nos segundos, filia-se a colisão de que ela cura.

Algumas notas urge sublinhar.

Assim, embora a civilista que temos vindo a acompanhar rejeite um pensamento de cariz subsuntivo, a verdade é que, como *a priori* demos a entender, não foi capaz de cumprir a radicalidade de um pensamento prático-normativo que, fazendo apelo aos princípios normativos, não abdica de uma fundamentação axiológica para o jurídico. Pois que, sendo verdade que o problema do abuso do direito só ocorre no momento do seu exercício, não é menos certo que o limite imposto nessas situações não resulta de nenhuma ordem exterior ao próprio direito, mas da sindicância daquele com o nível valorativo que integra a sua estrutura.

Torna-se, no entanto, compreensível que, no quadro de um pensamento legatário da formalização e absolutização da categoria normativa em causa (acerca da absolutização do direito subjectivo, cf. Sérgio Cotta, « Absolutisation du droit subjectif et disparition de la responsabilité », *Archives de Philosophie du droit*, nº22, *La responsabilité*, Editions Sirey, Paris, 1977, pp. 23-30), o abuso seja ainda perspectivado ao nível solitário do exercício do direito referido a uma ordem de fundamentação exterior. É que, verdadeiramente, o direito subjectivo não conhecia limites. Apenas aqueles que eram comunicados de fora, ou pelo cotejo com uma ordem moral ou social, ou pelo cotejo com outros direitos pertencentes a diferente titular. Assim se distinguia o abuso do direito da colisão, sendo que alguns autores, ortodoxos nestas matérias, sustentaram que eles verdadeiramente comungam a mesma realidade, não se autonomizando. Nesse sentido, cf. MARC DESSERTAUX, “Abus de Droit ou Conflit des droits”, *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 1906, p. 119 e ss., aqui 124.

Ora, embora a autora chegue a resultados que são de aplaudir (cf. p. 291), acaba por não inteligir a linha divisória dos problemas. Isso mesmo se constata quando, referindo-se à eventualidade da consideração da inexistência de normas preventivas como pressuposto para sobrevir a colisão (p. 164), conclui assertivamente que o que ali está em causa é no fundo a possibilidade ou não de exercício simultâneo de dois direitos. Na medida em que possam evitar o encontro do direito, a sua presença no ordenamento jurídico obstaculiza aquela colisão. Independentemente do arrumo sistemático que se faça da ideia, é óbvio que a existência de uma norma que disciplina pormenorizadamente o modo de exercício do direito impede a conflitualidade latente nas situações em apreço. Ora, se nós partirmos de uma visão do ordenamento jurídico que não se resume ao estrato das normas mas actualize a importância capital dos princípios normativos e faça depender o conteúdo e exercício do direito subjectivo da conformidade entre a sua estrutura material e o quadro valorativo em que o mesmo se insere, então temos de chegar à mesma conclusão. Ou seja, à apurada consequência de que o abuso afasta a colisão de direitos. Onde, e ainda congruentemente com o que temos dito, se a ideia de abuso avulta no quadro do pensamento juridicamente cunhado, é conatural a essa emergência o recuo da colisão, que ocupa em relação a ele um lugar residual e subsidiário.

Não vamos, porém, ao ponto de autores como FERRINI e PAULO CUNHA, citados pela autora cuja obra se traz a lume. Cf., respectivamente, *Manuale di Pandette*, Milão, 1953, p. 44-45 e *Teoria Geral do Direito Civil*, título II, Lisboa, 1960, p. 78). Entende o primeiro que a colisão de direitos não consubstancia um problema de exercício dos direitos subjectivos, traduzindo-se, pelo contrário, no problema da existência desses mesmos direitos. É que, em bom rigor, o posicionamento sustentado parte de um pré-conceito normativista ao afirmar que no ordenamento jurídico não pode haver contradição entre duas normas. Negando a antinomia normativa ao nível objectivo puro, vem depois afirmar a inexistência de análogo conflito ao nível subjectivo porque a lei não pode proteger em simultâneo interesses contraditórios. O erro do autor passa pelo regresso ao objectivismo, consonante com um quadro mental em que o direito se resume à normatividade.

Concluiremos esta longa nota chamando a atenção do leitor para o problema dos direitos de personalidade. Dito de outro modo, a compreensão expendida acerca do abuso do direito – na confluência entre o conteúdo e o exercício do direito subjectivo – torna-se transparente quando nos debruçamos sobre a problematização do tema aplicado aos direitos de personalidade. Portadores de especificidades próprias,

Não obstante, e pese embora sigamos a lição do carácter objectivo do abuso tal-qualmente ele surge consagrado no nosso ordenamento jurídico, ou não fosse também ele um princípio normativo, não se ignora quer a nota da excepcionalidade que o caracteriza, quer, em sintonia com ela, a nota da grave desvaliosidade que o onera.

Ou seja, nem sempre a violação de um direito absoluto alheio configurará uma situação de abuso, pelo que, ainda que, no quadro de um personalismo ético e de recusa do positivismo jurídico, o princípio se agigante, ele não pode ser convertido no centro nevrálgico da imputação delitual.

Imagine-se o dito proprietário de que nos socorremos há pouco e acompanhemos a sua actividade de edificação numa parte do seu terreno que, por circunstâncias várias, conduz à destruição de um automóvel estacionado nas imediações. Há claramente uma violação do direito de propriedade, sem que, *a priori*, se possa discernir o referido abuso, até porque pode ele ter lançado mão de todos os cuidados exigíveis, em face da situação, para obviar o dano.

Ele não ocorre propriamente pela preterição da esfera jurídica alheia mas pela qualidade da conduta que acarreta tal lesão. Donde resulta, nesta optimização da responsabilidade pela via agora analisada, uma aproximação entre a culpa e a ilicitude. Ou seja, desvelando-se esta pela constatação de uma conduta abusiva ela integrará no seu seio a aferição da culpa do agente. Sem que isto implique um desvio relativamente à lição maior em matéria de abuso do direito. Na verdade, não sustentamos uma subjectivação do critério²⁸²⁰. Simplesmente, temos em conta que o afastamento dessa

eles concitam dúvidas a muitos autores. Remetemos, porém, a tentativa de resolução das mesmas para o tratamento singular daquele.

Acerca da colisão de direitos, cf., igualmente, MENEZES CORDEIRO, “Da colisão de direitos”, *O Direito*, ano 137º, 2005, p. 37 e ss. (considera o autor que “a completude subjacente ao C. Napoleão fez regredir o problema da colisão de direitos: os direitos subjectivos obedeceriam a regimes harmónicos que lhe fixariam as fronteiras”, alterando-se o panorama nos últimos anos com “o aparecimento de direitos dotados de uma especial vitalidade – os direitos de personalidade”, que terá chamado à atenção para o artigo 335º CC. Partindo de uma noção própria do direito subjectivo – enquanto “permissão normativa específica de aproveitamento de um bem” –, MENEZES CORDEIRO distingue a colisão em sentido amplo da colisão em sentido estrito, que “ocorre sempre que dois ou mais direitos assegurem aos seus titulares permissões incompatíveis entre si”, pressupondo um concurso real de normas (pelo que não se confunde a) com a colisão aparente, onde apenas um direito deve subsistir; b) com os conflitos de sobreposição, verificados sempre que sobre o mesmo objecto incidem direitos de pessoas distintas; c) com os conflitos de vizinhança, que resultam da incidência de direitos reais sobre prédios contíguos ou muito próximos; d) o concurso de credores).

²⁸²⁰ O nosso ordenamento jurídico consagra uma concepção objectivista de abuso do direito, não ficando a sua verificação dependente de um juízo de censurabilidade. Nesse sentido, cf. CASTANHEIRA NEVES, *Questão de facto...* cit., p. 531, ANTUNES VARELA, *Das obrigações...* cit., I, p. 545-546; HÖRSTER, *A parte geral...* cit., p. 282; CARVALHO FERNANDES, *Teoria geral...* II, cit., p. 488; MANUEL DE ANDRADE, *Teoria geral das obrigações...* cit., p. 64 (embora o autor refira ainda elementos subjectivos para o abuso); VAZ

visão das coisas, originariamente estribada na herança gaulesa, não é incompatível com a ideia transmitida na exacta medida em que a culpa civilística, implicando um juízo de censura, não deixa de se pautar por padrões objectiváveis, mormente no que à negligência diz respeito.

Ora, parece ser essa confluência denunciada que a fidelidade ao modelo originário do nosso sistema ressarcitório condena. Inspirado no pensamento de IHERING sobre a matéria, estabelecem-se dois níveis de sindicância do comportamento do agente perpetrador do dano – culpa e ilicitude.

E a única forma de alcançar o desiderato seria, como foi, o estabelecimento de um critério seguro de determinação da ilicitude. Animado pelo ideário que historicamente nos condiciona, ele foi encontrado, dogmaticamente, na centralidade do direito subjectivo, cuja violação foi erigida em bastião da conduta ilícita.

Devemos, como afirmado anteriormente, continuar a ver na violação de direitos subjectivos absolutos a modalidade básica da ilicitude aquiliana. Mas tornam-se indispensáveis duas precisões, garante da congruência com o que atrás ficou dito.

Primeiro, o facto de estratificarmos hierarquicamente o sistema delitual pátrio não implica, do mesmo passo, já o sabemos, que se negue a existência de outras modalidades de ilicitude aquiliana. Vimo-lo logo na abertura da nossa dissertação.

Por outro lado, ripristinando conclusões pretéritas, e procurando interpretar o artigo 483º CC à luz da sua inserção sistemática, iluminada pela sua teleologia última (teleonomologia), naquilo que resulta da simbiose adequadamente compreendida dos dois objectivos da interpretação que apenas aparentemente se dicotomizam – a interpretação dogmática e a interpretação teleológica –, somos forçados a concluir que aquela lesão de que se lança mão está eivada do mesmo desvalor que a conduta abusiva do direito, sobretudo quando coligada à culpa que a acompanha separadamente.

A violação de direitos absolutos apresenta-se como um dos pressupostos de uma pretensão indemnizatória procedente não porque eles irradiem uma eficácia *erga omnes*²⁸²¹, mas porque, consubstanciando o último reduto da afirmação da personalidade, o agente lesivo, com a sua actuação, pretere princípios fundamentais da juridicidade.

Do ponto de vista do titular de um direito subjectivo que, com a sua actuação, lesa um terceiro, a ilicitude colima-se no mau uso da sua liberdade e apresenta um

SERRA, “Abuso”...cit., p. 335-337; OLIVEIRA ASCENSÃO, *Teoria geral*...cit., p. 192; CARNEIRO DA FRADA, *Teoria da confiança*...cit., p. 858.

²⁸²¹ Para pensar: caso de um direito de propriedade cuja aquisição não foi registada, não sendo oponível a terceiros para efeitos de registo.

figurino eticamente cunhado que nos autoriza a encontrar para a responsabilidade civil um fundamento sancionatório que, não se confundindo com uma função punitiva, visa actualizar a personalidade do agente perpetrador do acto.

63.2. O direito subjectivo na óptica do titular que o vê lesado

Nem sempre, porém, o titular do direito subjectivo surge na veste de agente lesivo. Mesmo não querendo resvalar para um esquema de raciocínio próprio de um utilitarismo espúrio que racionaliza a temática da responsabilidade civil ficcionando que lesante e lesado são a mesma pessoa²⁸²², não se ignora que, na realidade, cada um pode, a dado momento e alternadamente, ocupar ou o lugar de “culpado” ou o lugar de “vítima”.

A ponderação do novo papel assumido por ele induz um diferente olhar sobre a relação entretecida entre a liberdade e a subjectivação jurídica: um olhar que, não reduzindo ao pó o que ficou dito acerca da responsabilidade, a perspectiva de acordo com uma outra função que é chamada a cumprir. Pois que, se a lesão do direito implica – consoante o grau que a mesma conhece – a impossibilidade de fazer uso da esfera de liberdade concretamente desenhada por aquele, limitando ou aniquilando as diversas possibilidades de acção – não arbitrária, é certo, mas orientada segundo o juízo eticamente conforme da personalidade –, é a personalidade de cada um e os meios predispostos para garantir o seu desenvolvimento que são postos em causa.

Isto não contende com o que ficou dito nem reprimina uma ideia conflitual das esferas de actuação, normativamente representada pela figura da colisão de direitos, já que a assunção comprometida do exposto no ponto anterior nos faz perceber que, na maioria dos casos, a prestação do agente activo não pode reivindicar para si a cobertura justificadora da liberdade.

Relevará, no entanto, a adequada compreensão das coisas para permitir um passo em frente no recorte teleológico do instituto que imbricadamente fazemos dialogar com o direito subjectivo – a responsabilidade aquiliana.

Na verdade, esta, intrínseca e dialecticamente unida à liberdade, avulta, em sentido inverso, como um garante dela e nessa medida da personalidade, podendo-se

²⁸²² Pense-se, por exemplo, em alguns dos argumentos mobilizados ao nível da *Law and Economics*.

afirmar abertamente que é predisposta à tutela das condições essenciais ao livre desenvolvimento da personalidade de cada um.

Cumprindo, nessa medida, uma função análoga à que a sua congénere penalista desempenharia no campo vizinho, não deixa ela se ser matizada com a intencionalidade que predica o mundo jurídico privatístico e que é comunicada, em certa medida, pela construção dogmática alicerçada na categoria do direito subjectivo.

A projecção da teleonomologia desvelada para a responsabilidade civil num acervo dogmático ter-se-á de compatibilizar com a teleologia que a caracteriza e que é condicionada pelo tipo de justiça concretamente em causa nas relações entre sujeitos de direito privado. Dito de outro modo, a comutatividade sempre presente na linha horizontal do ordenamento jurídico não deixa de traçar aqui o seu curso pelo que, fundadamente, pensamos não incorrer em erro se salientarmos que aquelas funções, colimadas num plano superior da indagação teleológica do instituto, se tornam actantes por meio de uma finalidade ressarcitória que primariamente o caracteriza.

Quer isto dizer que a protecção de bens jurídicos, ao nível aquiliano, acompanha a construção do edifício civilístico alicerçada no direito subjectivo²⁸²³. E isto, na sua aparente simplicidade, permite-nos continuar a traçar o nosso trilho no sentido de determinar o modo de determinação do *quantum* indemnizatório, tarefa tradicionalmente cometida para o campo do nexos de causalidade, na abrangência que sempre o formou.

O direito subjectivo delinea uma esfera de actuação livre da pessoa. Funda-se, portanto, na pessoalidade e nos vectores conformadores desta categoria ética a que fazemos apelo.

Não o faz, contudo, de modo indiferenciado. Se assim fosse bastar-nos-íamos com a previsão geral – entendida no sentido do reconhecimento positivo de algo que se impõe ao próprio legislador – de um direito à liberdade.

Ora, aquilo a que se assiste é bem diverso. Mesmo a consagração, no campo não patrimonial, de um direito geral de personalidade não isenta os autores de um ulterior

²⁸²³ Embora questionando a pertinência do conceito de ilicitude no quadro da responsabilidade delitual, em face da sua função meramente reparadora – sem embargo de possíveis efeitos sancionatórios e preventivos –, ao indagar pela possibilidade de autonomização dos factos constitutivos da responsabilidade, ao abrigo do artigo 2396º do Código de Seabra, PEREIRA COELHO afirma que “há violação de um direito quando há um ataque àquele bem jurídico que através da concessão do direito é posto à disposição do titular” – cf. “O nexos de causalidade...”, ... cit., p. 134.

esforço de delimitação de zonas, esferas, bens, integrantes da personalidade física e moral do indivíduo, por referência às quais aquele possa ser compreendido²⁸²⁴.

Não se andará longe da verdade se aventarmos como razão justificativa para tal a necessidade de, numa tentativa de redução da problematidade que a tarefa judicativa sempre encerra, dotar o julgador de critérios objectiváveis que o orientem na resposta que há-de dar perante um caso jurídico concreto. Porém, tais considerações – que prestam culto a valores como a segurança e certeza do direito, ainda que, densificados materialmente –, próprias da metodologia jurídica e da teoria da legislação, não obstam a que, no plano do direito que é, se assumam a referida projecção segundo os denominadores que a caracterizam.

Isto é, fruto do legado histórico, é hoje ponto assente que a estrutura do direito civil passa pelo direito subjectivo, desde que se aceitem por boas as razões mobilizadas para afastar do horizonte discursivo as teorias negacionistas a que aludimos. E esse direito não configura um magma uniforme, conhecendo múltiplas formas e conteúdos, por referência a objectos também eles diversos.

Assim, a uma infinidade de modalidades classificatórias da figura alia-se uma panóplia não tipificada de concretos direitos *de* e *a* que em comum não têm apenas, a montante, a fundação na autonomia do ser pessoa, mas também, a jusante, a incidência sobre um determinado bem. Constituindo o seu objecto, oferece-lhe um recorte específico que, conjugado com os poderes que integram o seu conteúdo, nos permite, por exemplo, distinguir o direito de usufruto do direito de uso e habitação.

Reside nesta conjugação dialéctica a chave da compreensão do que queremos salientar. Alicerçado na pessoalidade, o direito subjectivo traduz-se num poder que actualiza e que incide sobre um bem. Se o seu conteúdo nos arrasta, por esse motivo, até domínios da autonomia, ela cumpre-se particularizadamente, pelo que, numa análise fenomenológica da natureza humana, estamos autorizados a adiantar que a mola impulsionadora da actuação concreta do sujeito diante do bem sobre o qual pode exercer algum poder é o interesse^{2825 2826 2827 2828}.

²⁸²⁴ É esse meritório e intelectualmente riquíssimo esforço que, entre nós, é feito por CAPELO DE SOUSA, na obra já citada, *O Direito Geral de Personalidade...* cit.

²⁸²⁵ Cf. IHERING, *A luta pelo direito...* cit.

²⁸²⁶ Afastamo-nos, assim, materialmente do pensamento de todos quanto consideram que o direito subjectivo se traduz num poder no momento em que o seu titular está diante de outro sujeito em relação ao qual pode dirigir uma exigência, embora possamos aderir, em termos de noção estrutural, a uma definição que nos encaminhe até aí. Mas afastamo-nos, igualmente, dos demais que o perspectivam segundo a óptica do agir lícito em vista à satisfação dos interesses.

Com isto importa retomar o que atrás ficou dito e acrescentar algo.

O interesse acompanha sempre o direito subjectivo, uma vez que o modo de agir predicativo do ser humano é finalisticamente orientado²⁸²⁹. Tal asserção acaba por ser secundada por alguns dados do nosso direito positivo.

Afastando-nos, momentaneamente, da jus-absolutidade para encontrarmos um arrimo argumentativo no plano creditício, somos confrontados, no artigo 398º CC, com a ideia de que a prestação, não necessitando de ter um valor pecuniário, “deve corresponder a um interesse do credor, digno de protecção legal”. É evidente que não se pode advogar uma generalização do que ali é previsto, até porque a intencionalidade

Aquela primeira visão, dita patológica (cf. CARLO BOZZI, “Interesse e diritto”, ... cit., p. 848 e CARNELUTTI, “Contratto e diritto pubblico”, *Rivista di diritto pubblico*, 1929, I, p. 659-666), não só esvazia o sentido da liberdade humana como redundava numa abstracção ficcionada se tivermos por referente discursivo os direitos absolutos. Voltamos, por isso, a repetir que uma coisa é o plano definitório puro, outra é a dimensão de inteligibilidade que nos faz perscrutar a materialidade e o conteúdo do próprio direito subjectivo.

A segunda impostação das coisas, também ela empobrecedora da pessoalidade, porque obnubiladora da intersubjectividade, mostra-se, numa exacerbação da mesma, inclusivamente, inconsonante com os dados do direito positivo, ao afastar do conceito os ditos direitos de crédito, então entendidos como expectativas tuteladas da consecução do objecto da prestação do devedor. Quem o afirma é mais uma vez BOZZI, reportando-se, para o efeito, ao pensamento de BARBERO (*op. cit., loc. cit.*). Cf. deste último “Il diritto soggettivo”, *Foro Italiano*, IV, 1939, p. 1 e ss. e “Guerra e pace fra l’interno e esterno del diritto soggettivo”, *Jus*, 1952, p. 326 e ss. Para BARBERO, o direito subjectivo não pressuporia uma relação entre sujeitos, mas entre o sujeito e uma norma e quedar-se-ia num *agere licere* do sujeito *secundum ius* e *sub iure*.

CARLO BOZZI defende a síntese entre aquilo que designa por momento patológico e momento fisiológico do direito – cf. “Interesse e diritto”, ... cit., p. 849, 850, 852. Nega, portanto, que aquele direito possa ser reconduzido, *in totu*, a uma ideia de comando dirigido contra o outro sujeito, já que esta só se manifestará no momento da violação ou ameaça de violação da harmonia social que o ordenamento visa salvaguardar. Fala-nos (cf. p. 851) da diferença entre o poder e a faculdade. Esta remete-nos para o *agere licere*. O poder importa, em regra, a produção de efeitos jurídicos e dirige-se à produção de relações com outros sujeitos.

Para uma visão contrária à de BARBERO, na doutrina italiana, cf. LEVI e CESARINI SFORZA (*apud* BOZZI. Cf., também, CESARINI SFORZA, “Diritto soggettivo”,... cit.), que apresentam uma visão do direito subjectivo colimada na relação entre sujeitos.

²⁸²⁷ Cf. WEINRIB, *Idea of Private Law*, ... cit., p. 96 e ss. Profundamente influenciado pela filosofia kantiana e alicerçando a responsabilidade civil na vontade livre do agente, matiza-a com a nota da *corrective justice* e defende que a mesma deve ser compreendida segundo um esquema de correlatividade interna, que une o agente à vítima. E para ele o que se correlaciona com o exercício da liberdade do agente é o interesse da vítima em poder operar as suas escolhas, no quadro da sua liberdade.

²⁸²⁸ Cf., a propósito das tendências actuais acerca do direito subjectivo, REIS MARQUES, *Introdução ao Direito...* cit., p. 261. Considera o autor que a problemática é hoje encarada em termos dinâmicos, porquanto uma visão estática da figura “tinha justificação num quadro marcado pela ideologia liberal mobilizada sobretudo para a garantia de um espaço (esfera) de liberdade”, mas não hodiernamente, dado ser o direito mais do que “um mero sistema delimitador da liberdade individual”. Com o que dúvidas concitadas noutros pontos da exposição sistemática fornecida por REIS MARQUES parecem aqui esvanecer-se, sem que, contudo, o autor apresente em termos positivos uma concepção própria do direito subjectivo. (No sentido do afastamento quer de uma visão individualista, quer de uma visão comunitarista, cf. p. 262).

Saliente-se, *in fine*, que, para o insigne jurista, se acentua actualmente a tónica do exercício dos direitos subjectivos (enquanto modo de “exercitar de um conjunto de faculdades ou poderes concretos concretizadores das pretensões dos titulares destes direitos” – cf. p. 261).

²⁸²⁹ Não se adere, contudo, à lição de WELZEL, pelos motivos atrás expostos.

predicativa do mundo obrigacional determinará, por exemplo, a conversão da mora em incumprimento definitivo no caso de perda daquele interesse, não se registando paralelo no plano da acção generalizada. Na verdade, pode um proprietário perder, em concreto, interesse na utilização da coisa sem que isso implique a renúncia ao seu direito ou, sequer, a impossibilidade de litigar por ele numa acção de reivindicação ou de condenação de um terceiro à omissão do comportamento que a possa pôr em causa²⁸³⁰.

Do mesmo modo, o cotejo entre a amplitude da capacidade de gozo das pessoas singulares e a funcionalização a que a mesma está votada no caso de uma pessoa colectiva mostra-nos que não é plausível sindicar o exercício do direito subjectivo com base no interesse que lhe está subjacente.

Os dados chamados à colação, longe de nos embaraçarem, auxiliam-nos no nosso propósito. É que o que assim ficou dito encerra, implicitamente, uma dualidade de que nem sempre se dá conta: dualidade que perpassa a divisória entre a titularidade do direito e o seu exercício.

Concretizando: ao nível da capacidade de gozo dos direitos é a primeira e não a segunda que é problematizada. Do mesmo modo, quando se afirma que o proprietário pode não ter interesse na utilização da coisa, isso não autoriza a conclusão de que perdeu interesse na titularidade do direito. Prosaicamente, pode ser ilustrada a asserção com recurso ao proprietário de um apartamento fechado há anos²⁸³¹.

No fundo, torna-se premente a dualidade que acompanha a diferença entre o interesse abstracto e o interesse concreto²⁸³²: só o primeiro pode ser considerado ao

²⁸³⁰ Rigorosamente, a clivagem entre os dois nichos normativos apenas se evidencia ao nível da dita acção de reivindicação. Com efeito, a conversão da mora em incumprimento definitivo – pela perda de interesse na prestação – não determina a irrelevância jurídica da situação *sub iudice*, mas o pôr em marcha dos mecanismos predispostos para satisfazer por outra via o interesse do credor. Designadamente, é possível que este obtenha a resolução do contrato e/ou uma indemnização que cubra o interesse contratual positivo, isto é, que o coloque na situação em que ele estaria se a obrigação tivesse sido pontualmente satisfeita. Donde se pode concluir que, mesmo perdendo-se o interesse na prestação principal, subjaz à relação controvertida um outro interesse, com base no qual se fixará o *quantum* indemnizatório.

²⁸³¹ Em rigor, o que ali ficou dicotomizado não corresponde à bondade das soluções normativas. Faz-se apelo a um discurso que reforça o dado concreto, esquecendo a juridificação de que estes são objecto *ab initio*. Com efeito, no momento da propositura da acção de reivindicação ou da acção de condenação está o titular do direito a exercitá-lo. Depõe em abono da plausibilidade do que se pretendeu afirmar a não coincidência entre a capacidade jurídica e a capacidade judiciária. O que por seu turno nos leva a rememorar o interesse processual que deve estar presente no momento em que alguém acciona os mecanismos judiciais que o ordenamento disponibiliza.

E depõe, ainda, em seu favor a diferença entre o exercício de um direito absoluto por referência ao titular passivo da relação jurídica e o seu exercício material, assente no aproveitamento das utilidades do bem que tenha por objecto.

²⁸³² PAIS DE VASCONCELOS estabelece a diferença entre a dimensão objectiva e subjectiva do interesse. Se esta está intrinsecamente ligada à consciência de cada um, a dimensão objectiva traduz a aptidão de certo bem para realizar uma finalidade de certa pessoa, pelo que “quer essa pessoa se aperceba disso quer não e

nível do reconhecimento do direito subjectivo e da sua titularidade; já o segundo relevará em cada actuação concreta do titular daquele²⁸³³.

Se esta constatação arrasa uma das críticas frequentemente dirigidas aos arautos da teoria do interesse, nem por isso defendemos a adopção dela em termos definidores da categoria²⁸³⁴.

Não, porque o exercício do direito não é vinculado à aferição da existência do interesse²⁸³⁵; não, porque a verdadeira essência daquele, assente num poder colimado na autonomia do ser pessoa, fica deste modo apagada; não, porque nem sempre a forma de tutela encontrada para proteger interesses legítimos se filia no reconhecimento ou atribuição de um direito^{2836 2837}.

Este nosso triplo não, devedor dos muitos que sobre a matéria já se pronunciaram, implica que se distinga claramente o direito subjectivo dos interesses legalmente protegidos. Mas já não nos obriga a apagar do horizonte discursivo a interressiologia. Pelo contrário, permite forjar um critério de determinação do dano

ainda que ela não esteja subjectiva e pessoalmente interessada nele, não deixa de ser para ela objectivamente interessante o bem que seja útil ou hábil para a realização dos seus fins” – cf. *Teoria Geral...* cit., p. 637.

A distinção é traçada com apelo directo à lição de IHERING (cf. *Geist des römischen Rechts ...* cit., p. 220), que imbrica na noção de bem as duas grandezas: interesse e valor.

Cf., igualmente, MENEZES CORDEIRO, *Tratado...* cit., I/I, p. 316. Também este insigne civilista fala de interesse objectivo e interesse subjectivo. O primeiro “traduz a virtualidade que determinados bens têm para a satisfação de certas necessidades”; o derradeiro exprime a relação de apetência que se estabelece entre o sujeito carente e certas realidades aptas a satisfazê-lo”.

²⁸³³ Cf. VITTORIO FROSINI, “Diritto soggettivo”, ... cit., p. 1047, onde, sem que isso implique uma coincidência entre o pensamento do autor e o nosso, distingue dois momentos dentro do direito subjectivo: um momento de atribuição da titularidade e um momento dinâmico do seu exercício que, segundo o que ali é plasmado, pode ser levado a cabo por um sujeito diverso do titular.

²⁸³⁴ Cf., porém, o que nos diz A. VON TUHR, *Derecho civil...* cit., p. 62, 63. O autor chama à colação a figura dos contratos a favor de terceiros mostrando com eles que o direito pode não corresponder a um interesse do titular.

Recordamos, não obstante, a lição do artigo 398º, nº2 CC para com ele contrariarmos o que o autor explana na nota 16 da mesma página. Na verdade, refere-se ali que, se se entendesse o interesse no sentido afectivo, a teoria do interesse protegido juridicamente acabaria por coincidir com o senhorio da vontade. Acrescenta, enfaticamente, o autor que se se advogar a suficiência do interesse afectivo o direito subjectivo redundaria num poder de vontade reconhecido pelo Estado.

²⁸³⁵ Daí muitos autores excluírem os poderes-deveres ou poderes funcionais da noção de direito subjectivo em sentido amplo.

²⁸³⁶ Note-se que, e se quisermos rememorar o nome de IHERING como o pai da identificação entre o direito e o interesse legalmente protegido, que o próprio autor reconhece a existência de interesses que apenas reflexamente colhem tutela. Sobre o *Reflexwirkung*, tal como foi por ele teorizado, cf. *Geist des römischen Rechts ...* cit., p. 339.

²⁸³⁷ Cf., a este ensejo, FRANZONI, “La lesione dell’interesse legittima è, dunque, “resarcibili”, *Contratto e Impresa*, Pádua, 1999, ano 15, nº3, p. 1025 e ss.

indemnizável que, não nos condenando à funcionalização do exercício do direito, traz a lume a consideração do interesse concreto do titular daquele²⁸³⁸.

Importa, no entanto, deter previamente a nossa atenção na distinção entre o direito subjectivo e o interesse legalmente protegido, pois só ela garantirá a recusa de identificação estrita entre as duas categorias.

64. O direito subjectivo e o interesse legalmente protegido

A doutrina tem sido particularmente cautelosa na dissensão entre as duas realidades. Apesar de os autores sublinharem, por vezes, a presença de um interesse na abordagem do direito subjectivo, o rigor de construção a que nos habituaram sempre os levou a um esforço de categorização a que não somos alheios.

Assim, contrariamente ao direito subjectivo que confere ao particular um poder directo sobre um determinado bem, avultam no ordenamento jurídico determinadas normas que, atribuindo-lhe uma posição de vantagem, visam em primeira linha a salvaguarda de interesses colectivos²⁸³⁹. E bem assim todas aquelas que, tutelando sobretudo interesses privados, optam pela não polarização subjectiva dos mesmos²⁸⁴⁰.

²⁸³⁸ Cf., a este propósito, a análise de PETER CANE, *Responsibility in the law and morality*, ... cit., p. 184 e ss. O autor, no desenho do que designa por *grounds and bounds of responsibility*, chama à colação a categoria dos interesses, para afirmar que “a full theory of historic legal responsibility requires an account of protected interests as well as an account, in terms of agency and will, of the types of conduct that can attract historic responsibility”.

Não se trata, porém, aí de uma ideia de interesse colimada na definição do dano, mas, outrossim, em algo próximo ao que, entre nós, poderia ser identificado com a ilicitude do acto. Na verdade, CANE considera que, ao nível da responsabilidade jurídica, não nos podemos ater unicamente à análise da conduta do agente e à sua liberdade. Note-se que, na fórmula discursiva agora chamada à colação, é nítida a confluência dos dois pólos de relevância do interesse e sobretudo a possibilidade de se perspectivar a ilicitude quer do prisma do lesado, quer do prisma do lesante.

Atente-se, porém, no desenvolvimento subsequente que o autor faz da sua ideia preliminar. Um dos pontos de ancoragem dos modelos de responsabilidade encontra-o na violação de direitos. E sustenta, em relação a ele, que não é possível explicá-lo do ponto de vista do agente.

Segundo o seu testemunho, a *rights ground responsibility* não pode ser explicado segundo *individual freedom of will*, mas de acordo com a ideia de *freedom from the exercise of individual will*. Conclui, portanto, que o que releva aqui são os interesses protegidos e não as condutas proscritas (cf. p. 196-197). Sublinhe-se mais uma vez que o que aqui está em causa é algo próximo à ilicitude enquanto categoria operatória da responsabilidade.

²⁸³⁹ Falamos aqui de interesses colectivos em sentido amplo e não técnico-jurídico rigoroso. Para uma análise da noção de interesses colectivos e da sua relação com os interesses legalmente protegidos, cf. MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, *Sobre a tutela jurisdicional do consumo e do ambiente*, Centro de Direito do Consumo, Faculdade de Direito de Coimbra, 2000-2001, policopiado, p. 18 e ss. Pode ler-se, aí, a propósito do cotejo entre o direito subjectivo e o interesse legalmente protegido, por um lado, e o interesse individual homogéneo, pelo outro, que a diferença entre eles não radica em qualquer característica essencial. “Quando se considera a dimensão individual das situações subjectivas, estas configuram-se como direitos subjectivos ou interesses legalmente protegidos; quando se toma em consideração a dimensão supra-individual das situações subjectivas, estas apresentam-se como interesses individuais homogéneos”.

Pese embora configurem situações activas, a distância – indiciada pelo artigo 483º CC²⁸⁴¹ – entre elas e o direito subjectivo não pode ser negligenciada. Desde logo porque a existência de uma norma que, na sua teleologia, protege reflexamente interesses privados não autoriza o sujeito a exigir o cumprimento pontual do que nela surge prescrito²⁸⁴². Compreende-se que assim seja, desde que não se olvide a objectivação inerente a tal posição, da qual decorre, aliás, a insusceptibilidade de derrogação do seu conteúdo a partir da autorização da pessoa indirectamente tutelada. Dito de outro modo, se dentro de determinados parâmetros – normativamente fixados com recurso à ordem pública – é possível que o titular do direito subjectivo consinta na sua lesão, não é defensável análoga solução por referência ao interesse legalmente protegido. Exemplificativamente, podemos imaginar o senhor A a consentir na lesão da sua integridade física ou a auto-colocar-se em risco, pela participação numa actividade desportiva perigosa. Podemos vislumbrar imagetivamente o senhor B a dispor do objecto da sua propriedade, contratando com um terceiro a alienação do seu direito, que, deste modo é adquirido por aquele. Ou, ainda, o senhor C, também ele proprietário, a destruir o objecto do seu direito. Mas não será viável, por maior que seja a capacidade

Esclareça-se a categorização apresentada pelo processualista português.

Fala-nos de interesses difusos (os que correspondem a interesses supra-individuais, pelo que, pese embora possam refractar-se na esfera individual, transcendem-na necessariamente, sendo uma modalidade de interesses colectivos, e não se confundindo com a soma das posições individuais – cf. p. 2-3); interesses públicos (os interesses gerais da comunidade que abstraem dos interesses concretos que são satisfeitos – cf. p. 3). Dentro dos primeiros, o autor tem oportunidade de distinguir os interesses difusos *stricto sensu*, os interesses colectivos (os que pertencem a uma pluralidade indiferenciada de sujeitos entre os quais há uma relação que não é puramente de facto ou accidental, como por exemplo os interesses dos accionistas de uma sociedade comercial) e os interesses individuais homogéneos. Para TEIXEIRA DE SOUSA (cf. p. 5), “o interesse colectivo resulta da concretização do interesse difuso *lato sensu* num grupo de interessados e o interesse individual homogéneo é a concretização de um interesse difuso *stricto sensu* ou de um interesse colectivo em sujeitos individuais”.

²⁸⁴⁰ Cf. HÖRSTER, *A parte geral...* cit., p. 222. O autor avança com uma justificação para a dualização de figuras. Considerando que o direito subjectivo surge como um meio de protecção dos interesses dos particulares, garantindo-lhes a sua auto-realização, sublinha que ela é “expressão de uma posição fortalecida ou de uma atribuição estável e duradoura”, o que poderá “acarretar um certo antidinamismo por dificultar evoluções ou modificações numa ordem social que se deseja dinâmica”. Por isso, adianta que, por vezes, o legislador tenha optado pelo reconhecimento de um interesse legalmente protegido.

Cf., igualmente, A. VON TUHR, *Derecho civil...* cit., p. 58 e ss. e p. 60, na qual encontramos, a partir do cotejo entre o direito de propriedade e o património, a razão justificativa da restrição da categoria dos direitos subjectivos a certos bens. Note-se que o autor parece aderir a uma concepção de liberdade que se distancia do que temos vindo a defender. De todo o modo, e a propósito da inexistência de um direito absoluto ao património bem como das razões para a não indemnização dos danos que se traduzam numa lesão deste – ou de uma forma juridicamente mais densa dos danos puramente patrimoniais – cf. MAFALDA MIRANDA BARBOSA, *Liberdade versus responsabilidade...* cit., p. 221 e ss. e demais referências bibliográficas aí apontadas.

²⁸⁴¹ No ordenamento jurídico alemão, a mesma distinção é indiciada pelo §823 BGB. Dando conta disso, cf. A. VON TUHR, *Derecho civil...* cit., p. 59, nota 8.

²⁸⁴² Falamos, por ora, das diferenças conceptuais entre as duas figuras. Não ignoramos que delas resultam outras, com incidência directa ao nível da responsabilidade civil. Abdicamos, porém, de as elencar porque já foram objecto de abordagem na nossa dissertação.

ficcional do jurista, pensar na hipótese de D, condutor do seu veículo, acordar com E, outro utente da via, que ele pode ultrapassar o limite de velocidade legalmente fixado.

Como esclarece VON TUHR²⁸⁴³, uma conduta pode não constituir violação de um direito subjectivo, pela actuação do consentimento do lesado, e configurar uma violação do direito objectivo.

Sem embargo das múltiplas direcções para as quais pode ser encaminhada a afirmação, pensamos não errar o alvo se evidenciarmos, como merece a este ensejo, que a protecção dispensada a um particular por intermédio da refracção de uma norma ordenadora das condutas sociais em termos objectivos no seu *mundus*, porque não polarizada na sua personalidade, não admite ficar dependente da sua *voluntas*, ainda que não arbitraria²⁸⁴⁴.

Intui-se, portanto, a partir destas notas diferenciadoras dos regimes, a diversa essência que enforma as duas figuras. Pois que, no caso dos direitos subjectivos, e indo ao encontro do que ficou exposto, é um domínio de autonomia pessoal – se bem que não individual, na acepção filosófica do termo – que se traça, enquanto que no caso dos interesses legalmente protegidos é a edificação de uma ordem objectiva que se prossegue, embora com projecção sobre os particulares ou não fossem eles as personagens que povoam a tecitura social^{2845 2846 2847 2848}.

²⁸⁴³ A. VON TUHR, *Derecho civil...* cit., p. 59, nota 4.

²⁸⁴⁴ Cf., numa tentativa explicativa da ideia, o que nos diz MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, *Sobre a tutela jurisdicional...* cit., §2, p. 1.

A propósito da delimitação entre os interesses difusos e os interesses individuais, o processualista afirma que “os interesses difusos (...) são exercidos ou defendidos (...) no interesse da colectividade” e “os interesses individuais (...) são exercidos ou defendidos no interesse daqueles titulares”.

Continuando, pode ler-se que “o titular do interesse individual pode defender as suas posições absolutas (...) ou constituir posições relativas através de contratos celebrados com outros sujeitos (...) pelo que desse titular não se pode esperar mais do que a realização egoísta dos seus desejos”. Já no que concerne ao interesse difuso, ainda que a sua violação “possa afectar interesses individuais, o interesse no respeito e observância daqueles interesses transcende necessariamente a esfera individual”

²⁸⁴⁵ Advirta-se para a inexistência de uma hierarquia valorativa a presidir à opção de base entre o reconhecimento de um direito subjectivo e a protecção de interesses privados através de uma norma de direito objectivo.

Tradicionalmente, os direitos subjectivos eram reconhecidos, tendo em atenção os bens mais valiosos e indispensáveis para o desenvolvimento da personalidade de cada um. Recusando um positivismo objectivista que redundava na afirmação da prioridade do direito objectivo sobre o direito subjectivo, embora não se resvale nos antípodas do jusnaturalismo, poderíamos afirmar como petição de princípio a mesma máxima orientadora do pensamento.

Dito de outro modo, cremos que determinados direitos subjectivos não podem deixar de o ser.

Fora esse plano da subjectivação jurídica, há toda uma panóplia de interesses que, pelas mais variadas razões, não ascendem àquele estatuto, podendo, não obstante, vir a ser tutelados reflexamente.

Trata-se de uma opção básica própria de um sistema de legislação que julgamos não ser imposta por razões de menor valia dos bens. Até porque não podemos obnubilar o facto de algumas das normas legais de protecção de interesses alheios derramarem o seu efeito tutelador sobre bens que, de outra feita, são também protegidos através do reconhecimento dos ditos direitos subjectivos. A confirmar isso mesmo, algumas normas do Código Penal e do Código da Estrada.

Veja-se, ainda, o que é escrito por ÍTALO BOLOGNA, “Ancora sulla questione dei diritti fatti valere come interessi”, *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, anno VIII, 1958, p. 142 a 176. Questionando, no âmbito da justiça administrativa, se os direitos podem ser entendidos sob o prisma dos interesses legítimos, o autor recorda a importância prática da questão, já que, existindo um acto administrativo, lesivo de um particular, somos conduzidos à inconveniente constatação da tutela menos ampla, menos pronta e menos eficaz que os primeiros conferem. Repare-se, contudo, que a figura do interesse legítimo tem um cunho diverso do interesse legalmente protegido, estando eivada da intencionalidade predicativa do mundo publicístico.

Cf. FRANCO GAETANO COCA, *Contributo sulla figura dell'interesse legítimo*, Giuffrè Editore, Milano, 1990

²⁸⁴⁶ Cf. MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, *Sobre a tutela jurisdicional ...cit.*, p. 18.

O autor fala a este propósito de uma diferença de índole ideológica, afirmando que “enquanto o direito subjectivo define um espaço de liberdade e de iniciativa do seu titular perante os não titulares, o interesse legalmente protegido reconduz-se a um benefício resultante do cumprimento de um dever alheio”. A esta diferença adiciona outra, de índole normativa, ao constatar que o direito subjectivo é atribuído directamente ao seu titular, enquanto o interesse legalmente protegido é o reflexo na esfera de um sujeito de um dever imposto a outrem. Conclui, portanto, que o direito subjectivo traduz uma situação activa – “porque possibilita a afirmação da posição do seu titular perante os não titulares e a exigência de um comportamento destes incompatível com aquela posição de vantagem” – e o interesse legalmente protegido uma situação reactiva – “porque só permite reagir contra a violação ou ameaça de violação do dever que impende sobre o terceiro”.

Cf., igualmente, CESARINI SFORZA, “Diritto soggettivo”, ... cit., p. 671. O autor parece aderir a uma noção ampla de direito subjectivo, na qual se incluem todas as situações jurídicas subjectivas.

²⁸⁴⁷ Cf. CARLO BOZZI, “Interesse e diritto”, ... cit., p. 852. Considera o autor, na linha do que sobre o seu pensamento expusemos, que o que distingue o direito subjectivo do interesse legítimo é o âmbito de liberdade, concretizado em poder, em faculdade que o ordenamento jurídico atribui.

Note-se, numa linha de rigor de pensamento, que o autor fala de interesses legítimos, com tudo o que isso implica e que é denotado pela escrita clara do próprio. Trata-se, de facto, de uma categoria específica, com imediatos reflexos jurídico-administrativos: “la norma è emanata in considerazione di interessi amministrativi”. Já o direito subjectivo implica que a norma tenha em consideração os interesses gerais e assuma o indivíduo como o seu directo destinatário.

Denota-se, por aqui, depois de tudo o que fomos dizendo, a não coincidência entre o nosso pensamento e o do autor que, expressamente, sustenta ser o critério distintivo das duas figuras em análise a norma que dá vida à situação jurídica.

Acrescenta, porém, o autor que quando há um nexo directo entre o bem ou interesse e a vontade se deve falar de direito perfeito. Quando a norma não é predisposta para exclusiva tutela do bem ou interesse, está em causa o interesse, nas suas várias qualificações (cf. p. 852). Mas, ao fazê-lo, está novamente a centrar-se no direito público. Pelo que, verdadeiramente, não há uma cisão de mundivisões mas a inserção em nichos dogmáticos que, não sendo estanques, são eivados de especificidades próprias.

²⁸⁴⁸ Com reflexos no domínio constitucional, onde os problemas não podem ser equacionados do mesmo modo, cf. H. L. A. HART, *Essays on Bentham*, Clarendon Press, Oxford, 1982, p. 174 e ss. O autor parece depor no mesmo sentido, evidenciando que uma pessoa não tem um direito porque tem um benefício ou porque o seu interesse é tutelado, mas quando detém uma esfera de controlo que viabiliza a satisfação do seu interesse. Opõe-se a tal ideia MACCORMICK (*apud* J. E. PENNER, “The analysis of rights”, *Ratio Juris*, vol. 10, nº3. 1991, p. 300 a 315, aqui 301), argumentando com base nos direitos inalienáveis. Na verdade, se se admite que há determinados direitos inalienáveis e se se permanece fiel ao entendimento de HART, teremos de concluir que quanto mais inalienáveis eles são menos se configuram como direitos. Como esclarece PENNER (*op. cit., loc. cit.*), se a inalienabilidade significa que o titular do direito não tem controlo, então a teoria propugnada por HART (*choice theorist*) não permite considerar que alguns dos direitos fundamentais do homem são verdadeiros direitos.

Segundo MACCORMICK, haverá um direito sempre que um dever seja imposto a outrem para proteger o interesse do titular do primeiro, o que implica que é a relação que subjaz à imposição do dever que traz à luz do dia o direito (cf. J. E. PENNER, “The analysis of rights”, ... cit., p. 302). Note-se que, de acordo com a exposição do autor, este entendimento permite superar o axioma de que sempre que é imposto um dever a alguém o beneficiário do mesmo passa a ser titular de um direito, pois que, se o dever é imposto por uma qualquer razão que não seja a tutela de um interesse de um sujeito determinado, ainda que este venha a beneficiar dele, não se pode dizer que a sua posição activa corresponda àquela titularidade.

Remanesce, porém, a dúvida em relação ao enfoque dado ou não à liberdade humana, ponto destacado por HART, na obra citada, para enfrentar a teoria do interesse (cf. HART, *Essays... cit.*, p. 189).

Argumenta, porém, PENNER que considerar, na linha da *choice theorist*, que os interesses suficientemente importantes para acederem à categoria de direitos são interesses em escolher uma determinada via de acção ou interesses que instrumentalmente são importantes para efectuar opções (cf. J. E. PENNER, “The analysis of rights”, ... cit., p. 303) não se justifica, pelo que ficaria por demonstrar a sua pertinência, plausibilidade e preferência.

Note-se, numa tentativa de escalpelização da teoria do interesse tal como a mesma é apresentada pelo autor – tendo em conta o pensamento de juristas da *Common Law* e no âmbito constitucional –, que a adesão à mesma não importa, correlativamente, a redução do direito ao acervo normativo positivo. Na verdade, afirma PENNER que MACCORMICK desenvolve a sua teoria em termos tais que conduz à prioridade lógica do direito sobre o dever: os direitos, enquanto interesses protegidos, são as razões pelas quais os deveres são impostos (cf. p. 304).

Ademais, o autor garante a explicação para uma estrutura relacional da interacção humana. Assim, e continuando a acompanhar de muito perto a exposição crítica apresentada por PENNER, importa referir que o dever é, neste ensejo, concebido como uma *exclusionary reason for action*. Quando uma pessoa é onerada com um dever, ela encontra uma razão para agir num determinado sentido e abster-se de outro tipo de comportamentos. O direito passa a ser visto como um interesse que, pela sua importância, serve como uma regra de exclusão de comportamentos alheios. *Rights are reasons for imposing duties on others only if they relate to a person’s interests* (cf. PENNER, “The analysis of rights”, ... cit., p. 305).

Para um aprofundamento da natureza relacional que subjaz à existência de direitos, cf. p. 306. É, aliás, este um ponto em que o autor alicerça uma das diferenças entre o direito e o interesse: enquanto o primeiro é necessariamente relacional, não sendo plausível falar de direitos por referência ao indivíduo solitário, o segundo não (cf. p. 307).

Cf., igualmente, p. 312 e ss. onde o autor apresenta a sua posição pessoal sobre a matéria. Para ele, os direitos existem para descrever constelações de normas que se organizam em razão dos interesses que protegem. Aderindo à teoria do interesse, conforma-a de um modo diverso, estabelecendo a dicotomia entre o interesse *per se* e o direito com apelo à fronteira entre o público e o privado.

Porque o diálogo nos encaminhou aos meandros dos direitos fundamentais, cf., ainda, para uma abordagem mais ampla dos problemas que aí se enfrentam, ROBERT ALEXY, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2001 e “Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, 66, año 22, 2002, p. 13 a 64. Considera ALEXY que os direitos fundamentais têm o carácter de princípios e que estes se configuram como mandatos de optimização.

Para uma sistematização das diversas teorias acerca dos direitos fundamentais, cf. JOÃO LOUREIRO, *O procedimento administrativo ... cit.*, p. 179 a 196.

Aparentemente espúria ao nosso nicho temático, a força refractária que os direitos fundamentais exercem nas relações entre privados acaba por tornar pertinente a referência. Sobre as relações entre o direito civil e o direito constitucional, cf. MAFALDA MIRANDA BARBOSA e JOÃO PEDRO RODRIGUES, “Nós (Eu e tu) e o outro (Estado) ou o outro entre nós?: Breves notas a propósito do impacto da directiva 2000/43/CE do Conselho, de 29 de Junho de 2000, sobre o princípio da liberdade contratual – morte do princípio ou manutenção do *status quo ante*?”, texto de homenagem ao Senhor Professor Doutor Henrique Mesquita (em fase de publicação). Defende-se, aí, ao repensar o modo como se deve compreender a *Drittwirkung*, que a intencionalidade e a intensidade da projecção dos direitos fundamentais no domínio do direito privado não é susceptível de ser configurada segundo uma estrita relação de identidade com as relações onde o Estado emerge como sujeito passivo desses direitos. A determinação do sentido e da relevância dos direitos fundamentais nas relações entre particulares deve, impreterivelmente, ter em conta a intencionalidade própria do direito privado, cujos princípios estruturantes são também constitucionalmente reconhecidos e, mesmo fora desse hemisfério, devem ser compreendidos, para lá da sua inegável transpositividade, como dimensão suprapositiva que encarna na própria ideia de direito e, assim, no reconhecimento da dignidade ética da pessoa humana.

Escreveu-se, por isso, na altura que, mais do que a referência a uma *irradiação* dos direitos fundamentais que leve apenas pressuposta, na sua concepção, a necessidade de se reconhecer a existência de uma *ponte* entre as margens do direito privado e do direito constitucional, impor-se-á, segundo cremos, que se fale num verdadeiro *efeito de refração* dos direitos fundamentais que se projecta na necessidade de conciliar e harmonizar o seu âmbito de relevância com os valores fundamentais materialmente densificadores do direito privado. E esclareceu-se que há, pois, uma apodíctica necessidade de relevar, em tal operação, a intencionalidade própria do direito privado. E, contra o exposto, não pode afirmar-se que tal proposta se traduza numa interpretação dos direitos fundamentais *conforme* ao direito ordinário, porquanto, em rigor, e mantendo-nos ao nível do direito constitucional, não subsistem quaisquer dúvidas quanto à *fundamentalidade* e à dignidade (*supra*)constitucional desses pilares do direito privado.

Não obstante – e também em homenagem aos depoimentos de diversos autores – a presença do interesse ao nível do direito subjectivo marca o seu trilho, que se vinca em alguns momentos com projecção normativa mais ou menos evidente²⁸⁴⁹.

Tal *refracção* há-de implicar que o *feixe de luz* projectado pelos direitos fundamentais penetre no âmbito das relações reguladas pelo direito privado respeitando este ambiente dogmático.

Se assim é, e se o direito privado surge, *ab initio*, matizado pelas cores da comutatividade, percebe-se agora claramente o caminho que, por mediação da doutrina – sobretudo germânica –, se operou desde o nascimento da ideia dos direitos polarizados no sujeito à edificação dogmática do direito subjectivo. Recorde-se, no entanto e num sentido sedimentador do que aqui ficou dito, o que atrás se esclareceu rectificativamente acerca da génese dos direitos fundamentais num plano jurídico-constitucional – cf. nota 24.

Donde resulta, inequivocamente, que, independentemente do olhar derramado sobre os direitos fundamentais, o *nó górdio* da conceptualização privatística há-de ser desfeito com apelo directo à sua intencionalidade específica.

O que, por seu turno, viabiliza algumas conclusões a montante e a jusante.

A montante, permite esta consideração justificar em termos expositivos o recurso a vultos do constitucionalismo sem que nos ativéssemos às minudências que povoam tal nicho problemático. Ademais, e fazendo a ponte com o que anteriormente se salientou a propósito da colisão de direitos, permite perceber, incidentalmente, por que razão não podemos acolher globalmente a posição de ELSA VAZ SEQUEIRA quando afirma que, apesar da diversa forma de abordagem do problema no domínio constitucional e no domínio privado, “é legítimo afirmar-se que, no essencial, o cerne da questão se mantém”. Efectivamente, proliferando ali as perspectivas sob as quais se encara o fenómeno dos direitos fundamentais, *quod erat demonstrat*?

A jusante, potencia o recentrar do debate nos seus termos irreduzíveis: a opção entre a teoria do interesse ou a teoria da vontade, as quais conhecem, já o sabemos, inúmeras formas de enunciação, a indiciar, igualmente, inúmeros fundamentos dialógicos. E nessa medida, conscientes da comutatividade invocada, não podemos deixar de operar a aproximação às formulações que, estruturalmente, coloquem em evidência a dimensão relacional do direito subjectivo. Nem cremos, olhando agora exclusivamente para o debate que trouxemos a lume entre HART e MACCORMICK, pelas mãos de PENNER, que proceda a alusão à inconsistência da colocação do acento tónico na vontade perante a constatação da existência de direitos irrenunciáveis. Pois que o que permite a crítica é exactamente um incorrecto entendimento da autonomia humana e da vontade da pessoa que fez resvalar a referida teoria para limbos que rejeitámos.

Sobre as relações entre os direitos fundamentais e o direito privado, cf., ainda, Cf., ainda, colocando o problema não do ponto de vista da *drittwirkung* mas da projecção dos direitos humanos, consagrados em convenções internacionais, no seio das relações particulares, cf. CHRISTIAN COURTIS, “La eficacia de los derechos humanos en las relaciones entre particulares”, *Direitos fundamentais e direito privado: uma perspectiva de direito comparado*, ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, JÖRG NEUNER, INGO WOLFGANG SARLET (org.), Coimbra, Almedina, 2007.

Vide, igualmente, VIEIRA DE ANDRADE, « Os direitos, liberdades e garantias no âmbito das relações entre particulares », *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*, Porto Alegre, 2003, p. 295 e ss. ; JUAN MARIA BILBAO UBILLOS, “La eficacia frente a terceros de los derechos fundamentales en el ordenamiento español”, *Direitos fundamentais e direito privado: uma perspectiva de direito comparado*, ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, JÖRG NEUNER, INGO WOLFGANG SARLET (org.), Coimbra, Almedina, 2007; ID., “En qué medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales?”, *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*, Porto Alegre, 2003, p. 309 e ss., REINHARD SINGER, “Direitos fundamentais no direito do trabalho”, *Direitos fundamentais e direito privado: uma perspectiva de direito comparado*, ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, JÖRG NEUNER, INGO WOLFGANG SARLET (org.), Coimbra, Almedina, 2007; KONRAD HESSE, *Derecho Constitucional y Derecho Privado*, Madrid, 1995; bem como a demais bibliografia citada em MAFALDA MIRANDA BARBOSA e JOÃO PEDRO RODRIGUES, “Nós (Eu e tu)...”, ... cit.

²⁸⁴⁹ Não implica isto, como veremos pela exposição subsequente, uma abertura à funcionalização do direito subjectivo.

Mostrando como ela condicionaria a autonomia que informa a categoria normativa, cf. PIETRO TRIMARCHI, *Istituzione...* cit., p. 36-37.

No entanto, importa salientar outros dados oferecidos à doutrina do justo pelo autor.

A propósito das relações jurídicas, TRIMARCHI fala do *dovere* para sublinhar que “è sempre imposto per la realizzazione di un interesse” (cf. p. 45). E acrescenta que se tal interesse for encabeçado por um sujeito,

Falamos, por exemplo, da regulamentação positiva da gestão de negócios, enquanto fonte de obrigações, e bem assim do enriquecimento sem causa. Na verdade, estamos em crer que a complexidade caracterizadora dos institutos que agora, colateralmente, mobilizamos permitirá extrair conclusões que funcionem como pontos de apoio seguros para o entendimento que pretendemos explanar.

65. A gestão de negócios e a consideração dos interesses do *dominus* que lhe anda associada.

Ao chamarmos à colação a gestão de negócios, não é nosso intuito proceder a uma análise exaustiva do instituto, pouco consentânea com a natureza de uma dissertação. Tão pouco pretendemos esgrimir argumentos acerca do correcto entendimento que sobre ela há-de ser derramado. Sequer, contra o que eventualmente seria expectável, nos propomos indagar qual a modalidade de responsabilidade civil que, na óptica de alguém que permanece fiel à sua bipolarização, melhor a capta e lhe comunica o regime.

Se sobre esses aspectos nos pronunciarmos será a título instrumental, apresentando os pontos de inteligibilidade da alusão ao interesse do *dominus negotii* a que, por força do artigo 466º CC, somos conduzidos.

Diz-nos o preceito que “o gestor responde perante o dono do negócio, tanto pelos danos a que der causa, por culpa sua, no exercício da gestão, como por aqueles que causar com a injustificada interrupção dela”, considerando-se, nos termos do nº2, “culposa a actuação do gestor, quando ele agir em desconformidade com o interesse ou a vontade, real ou presumível, do dono do negócio”²⁸⁵⁰.

ao qual se atribui a possibilidade de pretender o cumprimento dele, então pode afirmar-se ser ele titular de *una pretesa* ou *dititto*, distinguindo, contudo, este da acepção restrita de direito subjectivo, e considerando, entretanto, que o direito subjectivo corresponde a uma posição jurídica subjectiva que se apresenta como *aggregati complessi di rapporti giuridici elementari*. Exemplificando com o direito de propriedade, TIMARCHI considera, depois de apresentar outras categorias jurídicas relevantes, que é um agregado de pretensões (de excluir outros da utilização da coisa), faculdades (de utilizar a coisa, não utilizar, de a modificar), poderes (de transferi-la, de abandoná-la), imunidades (não sofrer uma expropriação sem ser em casos de utilidade pública, não submeter-se a uma alienação da parte de um terceiro despido de poderes de representação) – cf., *Istituzione... cit.*, p. 47.

A posição do autor mostra, de um lado, o afastamento de um enfoque puramente conceptualista e, do outro, a não obnubilção da ligação entre um interesse ou esfera de interesses, pese embora a recusa (de aplaudir) da funcionalização daquele.

²⁸⁵⁰ Sobre a gestão de negócios e a determinação da modalidade de responsabilidade civil que rege as obrigações do gestor perante o dono do negócio, caso se verifique uma das situações elencadas no preceito citado, cf., com amplo desenvolvimento, MENEZES LEITÃO, *A responsabilidade do gestor perante o dono do negócio... cit.*

Igual referência é contida no artigo 468º CC. Reza o corpo da norma que “Se a gestão tiver sido exercida em conformidade com o interesse e a vontade, real ou presumível, do dono do negócio, é este obrigado a reembolsar o gestor das despesas que ele fundamentamente tenha considerado indispensáveis, com juros legais a contar do momento em que foram feitas, e a indemnizá-lo do prejuízo que haja sofrido”.

Entre os deveres do gestor conta-se, aliás, a obrigação de se conformar “com o interesse e a vontade, real ou presumível, do dono do negócio, sempre que não seja contrária à lei ou à ordem pública, ou ofensiva dos bons costumes”, normativamente imposta em homenagem à própria noção de gestão, traduzida na assunção de negócio alheio no interesse e por conta do respectivo dono, sem para tal estar autorizado²⁸⁵¹.

Resulta da leitura conjugada dos artigos que a violação de determinados deveres no âmbito da gestão de negócios desencadeia uma pretensão ressarcitória procedente que se colima, necessariamente, com a indagação acerca do interesse do dono do negócio, termo predicativo, aliás, do próprio instituto.

Significa isto que um olhar perfunctório sobre o nosso diploma mãe em matéria jus-civilística nos autoriza a traçar um plano referencial de argumentação.

A nossa ideia guia é mostrar em que medida o interesse subjaz ao direito subjectivo e pode relevar em sede de responsabilidade. Sabemos, nesta fase do nosso percurso de investigação, que nos atemos à determinação do *quantum* indemnizatório. E sobre isso nada nos é directamente comunicado pelos preceitos convocados como orientadores da busca da solução que almejamos encontrar, já porque o tratamento do problema é, em via geral, relegado para a doutrina, já porque a gestão de negócios não existe no vazio, antes interagindo com o ordenamento jurídico em que está prevista, e sorvendo dele as soluções predispostas para fazer face a todas as *quaestiones iuris* que, emergindo, não lhe digam especificamente respeito, antes se patenteando abrangentes, embora dialecticamente colham nele uma intencionalidade particular.

A alusão àquele interesse surge aqui como elemento conformador do próprio instituto e pressuposto cimeiro da responsabilidade que a sua preterição desencadeia.

O raciocínio que se constrói é, portanto, indirecto, pelo que se afigura urgente desvelar o seu fio condutor.

Mergulhar na patologia da responsabilidade e com isso enredarmo-nos na *vexata quaestio* atrás mencionada da sua modalidade concretamente em causa, sendo um

²⁸⁵¹ Cf. artigo 465º, a) e 464º CC, respectivamente.

esforço estimulante, em nada de substancial alteraria o que já sabemos. Equivaleria, neste ponto, a dar uma volta perfeita – ou num dizer geometricamente cunhado de 360° – sobre o tema. Tudo se diria para tudo ficar na mesma.

Até porque há que não esquecer que estamos – fiéis à linha orientadora de dicotomização das duas funções tradicionalmente acopladas à causalidade – a tratar, agora, do problema da determinação do montante do ressarcimento. E, cremos que não destituídos de razão, a referência ao interesse do *dominus negotii* importa como critério de imputação. Será este que, por sua vez, apelando à pré-compreensão densificada dos níveis de cisão entre a responsabilidade contratual e extracontratual, viabilizará o enquadramento de cada caso concreto num destes tipos específicos. Mas, um correcto olhar sobre o mesmo permitirá ensaiar algumas conclusões, só possíveis depois de acedermos à natureza completa – ainda que não exaustivamente escarpada – do próprio instituto.

Longo é, portanto, o nosso caminho. Mais longo se prefigura ele por termos consciência que a gestão de negócios, longe de ser um campo uniforme, constitui um domínio poliédrico capaz de abarcar no seu seio uma multiplicidade de casos, com intencionalidades e estruturas díspares.

Impõem-se, por isso, como pórtico de entrada, imediatamente subsequente à exposição metodologicamente comprometida do nosso plano, algumas considerações acerca da noção, natureza e razão de ser da gestão²⁸⁵².

Implica ela, segundo os autores, uma ideia de equidade²⁸⁵³. O legislador procurou estabelecer um equilíbrio entre um princípio de ordem pública que condena intromissões alheias na esfera pessoal e patrimonial de qualquer pessoa com a necessidade de sancionar positivamente a actuação solidária de alguém que age com o simples intuito de evitar um dano irreparável ao titular de um direito que, por qualquer motivo, se encontre impossibilitado de agir. Porque assim é, estabelece-se imperativamente que a sua actuação se deve conformar com o interesse e a vontade, real ou presumível, do dono do negócio. O que determina, consentaneamente, que a responsabilidade gerada só ocorra quando o gestor não actua de acordo com o interesse e a vontade do dono do negócio ou quando injustificadamente interrompe a gestão.

²⁸⁵² Cf., sobre a gestão em termos gerais, para além da obra citada, ARMINDO RIBEIRO MENDES, *A gestão de negócios no direito civil*, Lisboa, 1971. Para uma panorâmica geral da gestão de negócios enquanto fonte de obrigações, veja-se ANTUNES VARELA, *Das obrigações ... cit.*, I, p. 447 e ss.

²⁸⁵³ Cf. MENEZES LEITÃO, *A responsabilidade do gestor ... cit.*, p. 52.

Em homenagem a um espírito de solidariedade que deve nortear a actuação dos sujeitos intervenientes no tráfego jurídico, consagra-se a gestão como fonte legítima de obrigações. Entendem alguns que se ficciona o consentimento do titular da esfera jurídica intervencionada, positivando-se expressamente a aplicação da solução que, de todo o modo, decorreria do artigo 340º, nº3 CC²⁸⁵⁴ ²⁸⁵⁵.

A simplicidade da asserção explicativa concita inúmeras dúvidas.

Justificar o comportamento do gestor por via da presunção de consentimento tornaria desnecessária a regulamentação que a dita fonte de obrigações colhe. Ou seja, se a intencionalidade problemática que entra em jogo aquando da intervenção não autorizada em negócio alheio se ativesse ao âmbito de relevância hipotético daquele artigo, perguntar-se-ia por que razão se forjou um desenho concreto para tais situações.

Estar-se-ia, nessa medida, a cogitar exclusivamente os casos em que a actuação do gestor se consubstancia num acto material de interferência com um domínio de autonomia traçado por um direito subjectivo. O que, em si mesmo, já nos diz muito. Na verdade, reserva-se, dessa feita, para o titular daquele um espaço em que a sua vontade comanda, pelo que se sublinha, agora por outra via, a nota de autonomia pessoal comunicada pela categoria dogmática. Autonomia que, já o sabemos, terá de ser arredada do arbítrio despótico de uma vontade não eticamente conformada. Donde se podem retirar duas conclusões.

A primeira no sentido de afastar do âmbito de relevância material do instituto todas aquelas hipóteses que, na sua relevância concreta, são assimiladas pela imposição normativa – positivada ou não – de um dever de agir. Pois se o que justifica erigir a gestão de negócios numa autónoma fonte de obrigações é uma atenuação ou exclusão, em nome do altruísmo desvelado, de um pretense carácter ilícito da conduta, então a intencionalidade que a predica não se apresenta verificada quando a omissão do comportamento é que informaria tal ilicitude. A gestão teria aí um papel residual que não importaria sobremaneira para a determinação de uma eventual responsabilidade que pudesse avultar.

Pense-se no senhor A que, vendo B a afogar-se, e sendo o único capaz de o salvar, resolve atirar-se à água no sentido de proceder ao seu resgate. A situação de

²⁸⁵⁴ Diz-nos o preceito que “tem-se por consentida a lesão, quando esta se deu no interesse do lesado e de acordo com a sua vontade presumível”.

²⁸⁵⁵ A ideia de que a gestão de negócios é lícita em virtude da exclusão da ilicitude operada pelo consentimento presumido do dono do negócio deve-se a ZITELMANN, *apud* MENEZES LEITÃO, *A responsabilidade...* cit., p. 52.

monopólio com que nos deparamos desencadeia o surgimento de um dever de garante, conduzindo, desde que verificados os demais pressupostos, à responsabilidade aquiliana caso se omitisse o dever de agir. Esta avulta, estrutural e normativamente, independentemente da assunção da gestão²⁸⁵⁶.

Uma segunda conclusão, intimamente ligada à primeira, embora dela se aparte, para afirmar que ao mesmo resultado se chega, face à constatação da indisponibilidade ou não dominiabilidade de certos direitos, ainda que nestes casos não haja conformação com a vontade do titular do direito. Tomando como exemplo o direito à vida, não incorre em qualquer responsabilidade, aos nossos olhos, aquele que, diante de uma tentativa de suicídio, auxilia o moribundo, socorrendo-o.

Restringida a gestão às situações em que o agente não está obrigado ou autorizado a intervir na esfera alheia, nem por isso – contra o que se poderia supor pelo sentido imediatamente comunicado pela expressão negócio – ela tem de ficar circunscrita ao âmbito obrigacional. Mas também não pode ser entendida no puro sentido delitual.

Na verdade, se a gestão de negócios se confinasse à mobilização do preceituado no artigo 340, nº3 CC, enquanto mecanismo de exclusão da ilicitude de um acto, não se entenderia a autonomização dogmática que do instituto foi feita. Ou seja, poder-se-á falar de gestão de negócios quando a interferência com a esfera alheia ocorra pela actuação sobre um dado bem, objecto de um direito absoluto. Sem que isso nos faça cair no equívoco de olhar para o caso como se de uma situação de responsabilidade delitual se tratasse.

Consideram, aliás, alguns autores que a recondução do problema à questão do consentimento deve funcionar no sentido de nela ver uma metanorma²⁸⁵⁷. Dito de outro

²⁸⁵⁶ A este propósito, com uma posição divergente, cf. MENEZES LEITÃO, *A responsabilidade do gestor...* cit., p. 202. Um dos requisitos da gestão de negócios é que haja uma intervenção não autorizada do gestor. Ora, tal parece pressupor que alguém não esteja obrigado a agir por uma norma jurídica. No entanto, segundo o autor citado, não é suficiente para afastar a aplicação do regime do instituto o facto de a actuação ser imposta por deveres genéricos como o dever geral de respeito (o *neminem laedere* do artigo 483º CC) ou como o dever geral de auxílio. Especificamente no tocante à possibilidade de aplicar ao médico que presta socorro a uma pessoa inanimada o regime da gestão de negócios, cf. RUTE TEIXEIRA PEDRO, *A responsabilidade civil do médico...* cit., p. 64 e nota 143.

²⁸⁵⁷ MENEZES LEITÃO entende que o artigo 340º CC funciona como uma metanorma, resolvendo um problema de conflito entre regimes de responsabilidade civil, na medida em que o seu efeito útil é derrogar a responsabilidade delitual no âmbito da situação gestória – cf. MENEZES LEITÃO, *A responsabilidade...* cit., p. 59.

Note-se, porém, que não há unanimidade na doutrina quanto ao fundamento sistemático da gestão. Entendendo que o que está em causa é uma ideia de colisão de normas e de direito de necessidade, veja-se WOLLSCHLÄGER, *apud* MENEZES LEITÃO, *A responsabilidade...* cit., p. 54.

modo, tratar-se-ia de um expediente teórico, garante da coerência interna do sistema, que não condenaria a gestão de negócios a um papel residual.

Partamos de um caso concreto que nos auxilie no raciocínio que pretendemos construir.

A autoriza B a destruir o seu automóvel. A lesão do direito de propriedade não está, aqui, evitada pela marca da ilicitude, já que o comportamento do agente lesivo foi consentido pelo titular do direito.

Permite o ordenamento jurídico que aquele consentimento seja presumido quando a lesão ocorra no interesse do lesado e de acordo com a sua vontade presumível.

Se quisermos manter-nos fiéis ao exemplo avançado, aproximamo-nos, ao acrescentarmos elementos de coloração da hipótese típica, de situações tidas como de estado de necessidade.

B destrói o automóvel de A, sem o seu consentimento expresso, porque, em concreto, essa é a única via de impedir que a casa do segundo sofra um dano superior.

A pró-actividade de B não o responsabiliza diante do titular do direito. Pelo contrário, pode levar a que este tenha de reembolsar B pelas despesas fundadamente consideradas indispensáveis para levar a cabo tal acto.

O espírito altruísta de B não só merece acolhimento por parte do ordenamento jurídico como é considerado valioso. E, em concreto, dotado de força jurisdicção própria.

Inexistindo qualquer acto voluntário por parte do proprietário do direito, a falta de consciência da declaração determina a imprestabilidade do regime negocial para responder às questões suscitadas neste quadro.

Entra em cena a gestão de negócios. E a partir deste momento deixa de operar o dito consentimento, criando-se uma relação especial entre sujeitos determinados.

Por seu turno, tal implica que, avultando um dano neste contexto, numa hipótese em que não haveria o dever legal para agir, já não é a responsabilidade civil que, sem a ficção do consentimento elevada a instituto jus-civilístico, está em causa, mas uma concreta responsabilidade independente daquela.

A verdade que transpira de qualquer das ideias é – e é essa que convém sublinhar – a de que, independentemente daquele fundamento sistemático, ao abraçar-se a gestão, nos envolvemos num nicho problemático cuja intencionalidade é específica.

A alusão à presunção de consentimento serve para justificar a não ilicitude da própria gestão. Uma vez constituída a situação que lhe dá vida, ela segue o seu próprio trilho.

Tal justifica as dúvidas da doutrina na recondução da mesma a uma das modalidades básicas da imputação.

De facto, se a gestão de negócios é tratada como uma fonte de obrigações, a primeira ideia que avulta na mente do jurista é a de que a responsabilidade surgida com a violação dos deveres a que o gestor está adstrito terá de ser necessariamente uma responsabilidade contratual²⁸⁵⁸. A responsabilidade civil que aqui se questiona resulta necessariamente de uma situação que foi previamente identificada pela lei. Como refere MENEZES LEITÃO, “a conduta que desencadeia a responsabilidade do gestor é apenas aquela a que a ordem jurídica já atribuiu um sentido decisivo”²⁸⁵⁹. Não esquecemos, porém, que ela surge no seio de uma relação que estaria manchada pela marca da ilicitude não fosse a consagração legal da gestão de negócios como uma fonte de obrigações legítima, em homenagem ao espírito de solidariedade que deve nortear os sujeitos actuantes no tráfego jurídico. Edificou-se o instituto presumindo o consentimento. Será, então, legítimo pensar-se que a partir do momento em que a gestão deixa de ser executada no interesse e de acordo com a vontade do dono do negócio, aquele deixa de ser relevante, passando a ser ilícita a actuação do gestor?

O que poderia parecer, *a priori*, indiscutível torna-se problemático se atentarmos no que nos diz MENEZES LEITÃO. De facto, o insigne civilista alerta para o facto de não existir ao nível da gestão de negócios nenhuma obrigação em sentido técnico. Ao contrário, caracteriza os deveres previstos na alínea a) do artigo 465º CC como deveres de lealdade e de protecção, correspectivamente, e afirma, concomitantemente, que estamos diante de uma relação obrigacional legal sem deveres primários de prestação²⁸⁶⁰.

²⁸⁵⁸ É evidente que não temos aqui um contrato. Mas a expressão responsabilidade contratual, como todos os autores salientam, deve ser entendida num sentido amplo. Assim sendo, muitos propõem mesmo que, por uma questão de rigor terminológico e conceptual, se fale antes de responsabilidade obrigacional. Sem deixar de reconhecer o mérito subjacente a esta denominação, pensamos que a generalização da terminologia responsabilidade contratual permite a sua utilização. Podemos pensar inclusivamente que os conceitos são dinâmicos e que as palavras adquirem um sentido próprio quando inseridas em determinados contextos. Assim, contratual, neste caso, deve ser entendido num sentido compreensivo, que englobe não só a responsabilidade resultante da violação de contratos, mas de todas as obrigações em sentido técnico.

²⁸⁵⁹ MENEZES LEITÃO, *A responsabilidade...*, cit., p. 47.

²⁸⁶⁰ MENEZES LEITÃO, *A responsabilidade...* cit., p. 62 e ss., em especial p. 65 – “a obrigação atribui assim ao credor um verdadeiro direito à prestação que pode exigir mediante a acção de cumprimento. Na gestão de negócios, pelo contrário, o *dominus* não pode exigir que o gestor conclua a gestão”. O autor entende que existe aqui uma relação obrigacional legal sem deveres primários de prestação. Refira-se que a qualificação destes deveres como deveres de lealdade e protecção leva o autor a afastar igualmente a ideia de responsabilidade delitual como a categoria apta a assimilar a factualidade típica da responsabilidade do gestor perante o dono do negócio. Ou seja, embora o autor não seja sensível à argumentação segundo a qual ao abrigo do artigo 483º CC apenas se tutelam direitos absolutos, considera

Do que se trata ao nível da gestão de negócios é de tutelar a confiança que o gestor desencadeou perante o dono do negócio, que, legitimamente, acredita que os seus negócios passariam a ser integralmente geridos por outrem. Note-se que esta confiança gerada pode ser imputada ao gestor, pelo que será legítimo responsabilizá-lo se ele, injustificadamente, puser termo à lesão. Nestes termos, MENEZES LEITÃO entende que a responsabilidade do gestor apresenta uma estrutura valorativa idêntica à responsabilidade pré-contratual²⁸⁶¹.

Chegados a este ponto importa distinguir duas realidades diversas que podem ocorrer ao nível da gestão.

Uma vez assumida a gestão, o gestor tem de, nos termos do artigo 465º, a) CC, “conformar-se com o interesse e a vontade real ou presumível do dono do negócio” e responde por todos os danos a que der causa, por culpa sua, no exercício da gestão, bem como por aqueles que causar com a injustificada interrupção dela.

Quando a lei refere que o gestor responderá por todos os danos, importa salientar que há duas espécies ou dois géneros de danos que podem sobrevir com a gestão, bem como duas formas de preterição dos deveres gestórios.

Relembremos que a actuação do gestor tanto se pode traduzir na prática de actos negociais, actos jurídicos não negociais como na realização de simples factos materiais. E é esta realidade complexa, abrangida pela expressão “negócios alheios”, que devemos ter em conta quando questionamos a responsabilidade do gestor perante o dono do negócio. De facto, não nos parece possível valorar igualmente a actuação de A que, vendo que o barco do seu vizinho estava à deriva, resolve rebocá-lo e de B que, deparando-se com as férias do seu amigo C, resolve administrar os seus negócios aqui entendidos em sentido técnico jurídico.

No primeiro caso, se A, depois de iniciar o resgate da embarcação, interrompe a acção que levou a cabo, viola-se um direito absoluto, pelo que se poderá colocar o

que, exactamente por este motivo, o preceito institui deveres genéricos de respeito, que não são susceptíveis de violação por omissão simples (cf. p. 64).

²⁸⁶¹ MENEZES LEITÃO, *A responsabilidade...* cit, p. 68 e 71. O autor reconduz, por isso, a responsabilidade do gestor perante o dono do negócio à responsabilidade pela confiança. A conclusão do autor parece ser suportada ainda pela consideração que a indemnização devida ao dono do negócio deve abranger única e exclusivamente os danos que se integrem no chamado interesse contratual negativo, não englobando o interesse contratual positivo. A páginas 79 o autor refere que “os deveres do gestor cuja violação o artigo 466º sanciona não admitem outra forma de tutela através da acção de cumprimento, sendo por isso de carácter primário a tutela concedida pela responsabilidade do gestor. Como tal não temos quaisquer dúvidas em considerar que o único ponto de referência admissível para a determinação dos danos por esta abrangidos deverá ser o do interesse negativo, aliás à semelhança da responsabilidade pré-contratual”.

Note-se que o autor adere a uma terceira via de responsabilidade civil.

problema de uma eventual responsabilidade extracontratual do gestor. É certo que a partir do momento em que há lugar à gestão, a interferência na esfera jurídica alheia perde o seu carácter ilícito, por força da ficção de consentimento prevista no artigo 340º/3 CC, mas não nos podemos esquecer que a interrupção da gestão neste caso concreto, caracterizado pela instantaneidade do resgate, se traduz na preterição do interesse e vontade do *dominus negotii*.

Ademais não podemos olvidar o facto de existir uma relação especial entre as partes, que, no caso concreto, cria um dever de actuação, potenciador de uma posição de garante, que a ser omitido gera responsabilidade extracontratual. A situação é materialmente idêntica àquelas tradicionalmente enquadráveis no artigo 486º CC.

Confinados aos actos materiais de gestão, ou o gestor interrompe a gestão, violando um dever de garante que entretanto emergiu, entrando em cena o regime delitual; ou a prossegue, contrariando o interesse ou a vontade do *dominus negotii*, pelo que o consentimento previamente presumido – e desencadeador do instituto em que o problema se enquadra – deixa de ser relevante.

Em qualquer dos casos, parece haver – desde que apurado o dano correspondente – direito à indemnização. Percebido em que ponto reside a ilicitude, abre-se espaço à indagação do carácter culposos da actuação do gestor, para o que se rememoram alguns dados de inteligibilidade do pressuposto. Traduz-se esta, em geral, num juízo de censura ético jurídico, formulado em abstracto, pelo cotejo entre o comportamento do agente e aquele que seria, nas circunstâncias em causa, exigível a um *bonus pater familias*. Não será, por isso, difícil perceber que, mesmo descontados os casos de dolo, se poderá afirmar a coincidência entre a interrupção da gestão e/ou a contrariedade ao interesse e vontade do *dominus negotii* e a culpa daquele. A inexistência de uma fractura entre o primeiro e último termos é, ao nível da própria gestão, indiciada pelo legislador, quando introduz a exigência da falta de justificação para a gestão, o mesmo ocorrendo com o segundo binómio apresentado. Pense-se, por exemplo, no caso do senhor A que aparentemente actua em contrariedade com o interesse do dono do negócio, porque, no momento em que se preparava para resgatar a embarcação de B, que se poderia afundar, acaba por provocar o resultado a evitar, que de outro modo não se teria produzido, mas não viola deveres de cuidado exigíveis, em face dos conhecimentos disponíveis no momento. O seu comportamento, que aparentemente poderia sugerir a ilicitude, não está por ela maculado, em virtude do consentimento

presumido do titular do direito de propriedade. O juízo entretecido leva-nos a pensar que, naquelas condições, o proprietário teria agido da mesma forma.

Há, portanto, uma coincidência entre os dois níveis de sindicância tradicionalmente desacoplados ao nível da responsabilidade aquiliana, caminhando-se paulatinamente para o modelo da *faute* de inspiração napoleónica. Coincidência essa que nos permite ensaiar uma conclusão: o interesse de que aqui se fala é aferido em abstracto e tende a coincidir com a vontade. Não se trata, de facto, do interesse subjectivamente determinado, mas objectivamente apurado por referência ao homem médio.

A constatação dos termos de aferição do interesse comporta, por seu turno, uma dupla consequência.

Uma ao nível dogmático de determinação da modalidade de responsabilidade concretamente em causa, a sufragar a prévia determinação do modelo de imputação segundo um esquema que nos arreda do modelo germânico. De facto, se a opção, ao nível da gestão, pela *faute* nada condiciona, já que existem quadros delituais que sobre ela se alicerçam, embora de modo excepcional, a fundada percepção da razão de ser da escolha normativa operada pode comunicar-nos algo. Na verdade, ela só avulta a este nível porque *a priori* se exclui a relevância delitual do comportamento do gestor²⁸⁶².

Deduz-se daqui – se é que algo se pode deduzir no seio de um discurso juridicamente cunhado – que a intencionalidade da gestão de negócios contagia a responsabilidade que lhe é inerente.

Isso mesmo nos diz MENEZES LEITÃO. Através de diversos exemplos concretos, conclui que dificilmente se poderá conceber uma situação de responsabilidade adveniente da gestão de negócios que não pudesse ser tutelada pelas regras próprias da responsabilidade civil, pelo que sustenta, sob pena de termos de afirmar que o artigo 466º é totalmente inútil, que a finalidade do preceito é estabelecer um regime autónomo de responsabilidade para as situações que possam ser enquadradas na gestão de negócios²⁸⁶³.

O problema está, segundo o autor, em “determinar em que medida é que a verificação de uma gestão de negócios justifica em termos valorativos a autonomização

²⁸⁶² Cf. artigo 472º, nº2 CC.

²⁸⁶³ Cf. MENEZES LEITÃO, *A responsabilidade do gestor ... cit.*, p. 56.

de uma situação de responsabilidade relativamente a uma imputação de danos potencialmente aplicável se se abstraísse dessa gestão”²⁸⁶⁴.

Do que se trata ao nível da gestão é de tutelar a confiança criada com o comportamento do gestor. Ou dito de outro modo, embora não haja a presença da voluntariedade de um acordo, aquele chama a si a responsabilidade de alcançar um dado resultado como se fosse o titular dos direitos em causa. Pelo que, embora o âmbito de relevância hipotética do instituto seja menos amplo que o âmbito de relevância hipotética da responsabilidade contratual, há uma analogia suficiente entre as intencionalidades que presidem a cada um deles²⁸⁶⁵.

Tudo isto permite o salto para a segunda conclusão de que falávamos, agora colimada com o modo como deve ser encarado o interesse.

Feita a analogia com o mundo contratual e tendo presente que a gestão constitui uma fonte de obrigações, as quais têm subjacentes a si um interesse do credor digno de protecção legal, não será difícil perceber que o interesse de que se fala ao nível da valoração da responsabilidade do gestor há-se ser esse mesmo interesse patrimonial ou moral que preside à celebração de um contrato. Até porque a regra entre nós, no domínio negocial, é a da não relevância da causa dos negócios jurídicos.

Com uma diferença, porém. Enquanto diante da perfeição negocial, abstraída que seja a causa, o interesse se identifica com o escopo ou desiderato a alcançar com o tipo contratual concretamente em questão, aqui o interesse, porque presumido e desligado de uma tipologia voluntária, há-de ser o interesse genérico que se identifique com a vontade do titular do direito. Concretizando: porque para se dar a gestão é preciso que alguém assuma a direcção de um negócio já existente por conta e no interesse do respectivo dono, o interesse ganha aqui uma duplicidade de sentidos. Será, por um lado, o interesse na consecução satisfatória do negócio já existente, a que se alia o interesse na obtenção de uma finalidade contratualmente prosseguida ou o interesse na salvaguarda ou melhoria do bem objecto de um direito absoluto. Duplicidade de sentidos que, sincreticamente, se combina no interesse de salvaguarda ou beneficiação do património que detém.

²⁸⁶⁴ MENEZES LEITÃO, *A responsabilidade do gestor* cit., p. 57.

²⁸⁶⁵ Tal não obsta a que, em concreto, possa também haver assimilação do caso concreto pela intencionalidade predicativa da responsabilidade aquiliana. Quando assim seja, coloca-se o problema de um eventual concurso de responsabilidades.

MENEZES LEITÃO parece ser contrário a este entendimento. Por um lado, adere a uma terceira via de responsabilidade. Por outro lado, cf. p. 57.

Se assim é, então estamos autorizados a afirmar – e restringindo-nos agora às segundas hipóteses mencionadas – que há subjacente à titularidade de um direito absoluto um interesse. Por outra banda, dado não ser revelado, mas presumido, vem a convergir na vontade hipotética do sujeito activo da relação jurídica polarizada, de um dos lados, por aquele direito.

Toda a actividade do gestor deve conformar-se com estes dados, que funcionam, face à sua iniciativa, como guias de orientação de condutas.

Ora, a partir do momento em que, normativamente, o interesse vem a coincidir com a vontade e é erigido em critério de acção, isso significa que, para lá da subjectividade, o direito subjectivo absoluto, por intermédio do seu objecto e do seu conteúdo, desenha uma esfera de utilidade. Isto é, em geral e abstracto, um direito daquele tipo, com aquele conteúdo, incidindo sobre aquele objecto, é apto a satisfazer necessidades de determinado tipo.

A missão do gestor é a de potenciar tais utilidades, porque se presume que esse fosse o comportamento de qualquer homem medianamente prudente e diligente que fosse titular do direito.

A nossa missão é perceber que a esfera de utilidades desenhada por um direito subjectivo, não condenando à funcionalização do exercício do mesmo, pode relevar em determinadas matérias. E se releva em sede de imputação gestória, ao permitir determinar a violação dos deveres que ao gestor incumbem, permitir-nos-á enfatizá-la noutros momentos patológicos da vivência jus-subjectiva. Ou, anunciando o que será dito à frente, no momento da determinação do *quantum* indemnizatório, tarefa tradicionalmente adstrita ao problema da causalidade, mecanicisticamente enfrentado.

66. O enriquecimento sem causa (nova referência) e a consideração do direito subjectivo como fundamento e radical operatório.

A complexidade experimentada por todos aqueles que se deparam com o mecanismo próprio da gestão de negócios não diminui quando focalizam o olhar noutro instituto do direito civil: o enriquecimento sem causa.

Tido como uma das fontes de obrigações, impõe àquele que se locupletou à custa de outrem, sem causa justificativa, a obrigação de restituir o indevido²⁸⁶⁶.

²⁸⁶⁶ Cf. artigo 473º CC.

Dotado de uma natureza subsidiária²⁸⁶⁷, a sua chamada à colação coenvolve, a um tempo, a apurada destrição em relação a domínios vizinhos e, concomitante, a percepção da confluência de nichos normativos com intencionalidades problemáticas diversas, embora unidos por uma ideia de justiça – a este nível comutativamente entendida – comum²⁸⁶⁸.

Temos em mente, ao afirmar o que acabámos de escrever, todos aqueles casos em que a mesma situação de facto gera simultaneamente um dano para o lesado e um enriquecimento para o lesante. Mais do que isso, rememoramos, a este ensejo, as particulares situações em que o enriquecimento se dá por via da intervenção do sujeito em bens objecto de direitos alheios²⁸⁶⁹.

Não o fazemos, porém, animados por um escopo generalista pouco consentâneo com a natureza de uma dissertação que se quer orientada por uma linha de força

²⁸⁶⁷ O artigo 474º CC consagra expressamente a natureza subsidiária do instituto, afirmando que “não há lugar à restituição por enriquecimento, quando a lei facultar ao empobrecido outro meio de ser indemnizado ou restituído, negar o direito à restituição ou atribuir outros efeitos ao enriquecimento”.

Para uma detida análise do modo como devemos compreender esta subsidiariedade, cf. DIOGO LEITE CAMPOS, *A subsidiariedade ...* cit. e tudo o que *supra* (cap. IV) foi dito a esse propósito. Rememoremos, apenas, algumas ideias chave.

O autor explica a ideia de subsidiariedade com apelo ao fundamento informador do instituto e à *ratio* funcional que o mesmo cumpre. Na verdade, considera LEITE CAMPOS que “o princípio que proíbe o locupletamento injusto à custa de outrem é um dos princípios mais gerais do sistema jurídico. (...) é um aspecto da noção de direito, entendido como ordem justa(...)”. Mas, muitas vezes obsta-se a ele com recurso a “normas especiais – anulabilidade, gestão de negócios, responsabilidade civil – sem recurso directo ao enriquecimento sem causa” – cf. LEITE CAMPOS, “Enriquecimento sem causa e responsabilidade civil”, ... cit., p. 39 e 41.

Em sentido diverso, criticando o posicionamento do autor, cf. JÚLIO GOMES, *O conceito de enriquecimento...* cit., p. 424. Para ele, o insigne civilista teria cometido o erro de confundir o enriquecimento injustificado, de que o enriquecimento sem causa é um afloramento, com a ideia de enriquecimento que carece de justificação no âmbito de um determinado ordenamento jurídico. Assim, para LEITE CAMPOS, se também a responsabilidade civil implicar um enriquecimento injusto, correspondente ao dano produzido, não haveria de recorrer às regras subsidiárias, porque elas seriam consumidas pelo regime da responsabilidade civil. Para JÚLIO GOMES tal levanta, porém, um problema: o de saber por que razão não poderá o lesado recorrer ao enriquecimento sem causa, se isso lhe for benéfico, sobretudo no que tange à não necessidade de prova da culpa do lesante, pelo que haveria de se compreender de outro modo a subsidiariedade.

Pensamos que a resposta para o problema passa pela consideração da natureza do enriquecimento sem causa. Na verdade, o instituto é visto como uma válvula de escape do sistema, como o último expediente para corrigir situações que impliquem uma incorrecta afectação de bens. Não terá, por isso, aplicação quando outros fundamentos se sobreponham a este, como seja o normativo axiológico sentido fundamentante da responsabilidade civil. Sendo este específico por referência àqueloutro mais genérico, a regulamentação da responsabilidade civil acaba por consumir o enriquecimento sem causa.

²⁸⁶⁸ Sobre o ponto, damos por reproduzido tudo o que ficou dito no cap. IV, designadamente a controversia que avulta no seio da doutrina portuguesa a este propósito.

²⁸⁶⁹ Também sobre este aspecto específico, retemos para os desenvolvimentos que se encontram no citado cap. IV da nossa dissertação.

Acerca da relação entre o dano e o enriquecimento, e tendo como horizonte discursivo a responsabilidade civil, cf., também, CASTRONOVO, *La nuova responsabilità...* cit., p. 150 e ss.; CESARE SALVI, *Il danno extracontrattuale...* cit., p. 43, nota 1; TRIMARCHI, *L'arricchimento senza causa*, Giuffrè Editore, Milano, 1962, p. 53 e ss.

comunicada por um tema central. Isto é, não chamamos aqui à colação o enriquecimento sem causa para – escudados na posição de autores que detidamente se debruçaram sobre a problemática – podermos tomar posição sobre o seu fundamento último ou sobre a correcta resolução do concurso de normas, em sentido lato, que a sua disciplina concreta implica.

Pelo contrário, assumimos a mobilização do diálogo polarizado no locupletamento injustificado por cremos que, consoante a teoria explicativa que abraçamos a esse propósito, ficamos dotados de quadros que, num apelo à unidade intrassistemática, nos permitirão tecer algumas considerações suplementares acerca do problema da determinação do *quantum* indemnizatório.

Para tanto, importa perceber o âmbito de relevância de tais hipóteses prático-normativas, abrindo caminho ao seu enquadramento jurídico, para depois discernirmos quais os pontos de contacto entre o instituto em apreço e a responsabilidade civil²⁸⁷⁰. Partindo do pressuposto da não confluência entre ambos – contra o que sustentam alguns paladinos da visão do enriquecimento sem causa à luz da intencionalidade ressarcitória²⁸⁷¹ – veremos em que medida, não obstante a linha de fronteira, os ensinamentos colhidos nesta sede podem relevar para a determinação do *quantum* indemnizatório a partir da noção de dano estribado no conceito primeiro de direito subjectivo.

Procurando determinar se é viável uma configuração unitária do enriquecimento sem causa ou se, ao invés, se deve operar uma diferenciação estrutural e funcional entre as diversas categorias daquele, MENEZES LEITÃO analisa separadamente as várias

²⁸⁷⁰ Muitas das ideias que a seguir explanaremos foram já objecto de detida consideração no cap. IV da nossa dissertação, como aliás referimos nas notas anteriores. A ripristinação dos ensinamentos acerca do enriquecimento sem causa em mais do que um ponto da nossa dissertação justifica-se, porém, aos nossos olhos exactamente pelo carácter instrumental – e não central – que a problemática tem na economia da nossa dissertação.

²⁸⁷¹ Note-se, ainda, que há quem defenda que se deve olhar para o enriquecimento sem causa numa perspectiva quase delitual, que faria dela uma espécie de responsabilidade civil. Nesse sentido, PLANIOL, LOUBERS, URLICH BÄLZ (*apud* JÚLIO GOMES, *O conceito de enriquecimento...cit.*, p. 382 e ss.), sendo que os dois últimos autores citados avançam a aproximação do enriquecimento sem causa à responsabilidade pelo risco, com base na ideia de lucro e de justiça distributiva.

Com um fundamento diverso, cf. JÚLIO GOMES, *O conceito de enriquecimento...cit.*, p. 795

Para o autor, o enriquecimento ocasionado com a intromissão em bens jurídicos alheios pode constituir ainda um dano experimentado pelo titular de tais bens. E, por isso, aceitaria plenamente a admissibilidade de danos punitivos que visassem apagar esse dano (p. 780).

A restituição do lucro funcionaria, assim, como um “limbo ou uma terra de ninguém entre os dois institutos” (p. 792). Note-se que o problema é equacionado pelo autor a propósito dos chamados *punitive damages*. A propósito da imprestabilidade do conceito ao nível do direito civil, cf. MAFALDA MIRANDA BARBOSA, “Reflexões em torno da responsabilidade civil. ...”... cit., p. 570 e ss., e cap. IV desta dissertação.

hipóteses de surgimento de uma pretensão alicerçada no instituto. Fala, assim, e no que a este propósito nos interessa, de enriquecimento por intervenção em bens ou direitos alheios. E procura qualificar dogmaticamente tais hipóteses, para o que convoca diversas teorias²⁸⁷².

Começando por rejeitar a teoria da imediação da deslocação patrimonial, pela constatação da existência de situações em que há uma deslocação patrimonial que não legitima o recurso ao enriquecimento sem causa, bem como de hipóteses em que, sendo plausível o recurso ao instituto em referência, não se constata qualquer deslocação patrimonial²⁸⁷³, o autor enceta um diálogo com a teoria da ilicitude e a teoria do conteúdo da destinação²⁸⁷⁴.

Para a primeira, o recurso ao enriquecimento sem causa fundar-se-ia no conceito de ilicitude²⁸⁷⁵, produzindo “conscientemente uma aproximação do enriquecimento por intervenção em relação à responsabilidade civil configurando aquele como uma pretensão de compensação de um ilícito que se aplica independentemente de culpa”²⁸⁷⁶.

Ora, é exactamente essa consciente aproximação entre os dois institutos que MENEZES LEITÃO critica veementemente. A aproximação pressuporia a utilização de um conceito de ilícito referido ao resultado e não à acção, sendo que o autor adere, inequivocamente, à teoria da ilicitude da conduta; a alternativa referência à ilicitude da acção mostra-se “como totalmente inadequada à função do instituto que é a de reprimir aquisições injustificadas, independentemente da qualificação da acção do interventor que as originou”; a teoria mostra-se contrária ao sistema, não fornecendo qualquer fundamento para a eliminação dos ganhos do interventor, “que não seja a necessidade de sancionar eficazmente os comportamentos ilícitos” e “esse ponto de vista quase de direito penal não se apresenta adequado à função económica do enriquecimento por intervenção”²⁸⁷⁷.

Antes de mais, urge referir que, no que à violação de direitos absolutos diga respeito, continuamos a achar preferível – porque mais consonante com os dados normativos do sistema – a consideração da ilicitude do resultado²⁸⁷⁸.

²⁸⁷² MENEZES LEITÃO, *O enriquecimento sem causa no direito civil...cit.*, p. 675 e ss, e 762 e ss.

²⁸⁷³ MENEZES LEITÃO, *O enriquecimento sem causa no direito civil...cit.*, p. 762 e 763.

²⁸⁷⁴ Reproduzimos aqui o que já inscrevemos em nota no cap. IV.

²⁸⁷⁵ MENEZES LEITÃO, *O enriquecimento sem causa no direito civil...cit.*, p. 767, bem como as múltiplas referências bibliográficas que aí são feitas.

²⁸⁷⁶ MENEZES LEITÃO, *O enriquecimento sem causa no direito civil...cit.*, p. 785.

²⁸⁷⁷ MENEZES LEITÃO, *O enriquecimento sem causa no direito civil...cit.*, p. 786, em especial nota 2135. Mais uma vez, damos por reproduzido o que já tinha sido dito no cap. IV.

²⁸⁷⁸ Veja-se *supra* a explicação para o ponto.

Mas isso não implica, *mutatis mutandi*, a adesão à teoria da ilicitude.

Na verdade, ainda que o comportamento que desencadeie uma pretensão de restituição fundada no enriquecimento sem causa consubstancie – como pode consubstanciar – um acto ilícito, não só se prescinde da aferição da culpa, como falha a verificação da existência do dano. Ora, esta solução – dogmaticamente atestada pela ideia de subsidiariedade do instituto do enriquecimento sem causa – far-nos-á perceber – ainda que numa análise muito superficial – que o fundamento daquele não se há-de desvelar ao nível da ilicitude. Com efeito, esta projecta-se na existência de um dano, que, funcionando como o núcleo central da responsabilidade civil, justifica, comutativamente, a obrigação de indemnização. Qualquer ganho obtido pelo lesante – ainda que decorrente de um acto ilícito – será removido com base noutra qualquer fundamento.

Importa, por isso, atentar na segunda teoria citada – a teoria do conteúdo da destinação.

Caracteriza-se esta por defender que “qualquer direito subjectivo absoluto (...) atribuí ao seu titular a exclusividade do gozo e da fruição da utilidade económica do bem”, pelo que “quem explora sem autorização um direito absoluto alheio adquire algo que, de acordo com o conteúdo da destinação desse direito, pertence ao respectivo titular”²⁸⁷⁹.

Para os defensores da primeira teoria, o fundamento unificador das hipóteses desencadeadoras da aplicação do enriquecimento sem causa quedar-se-ia na ilicitude do comportamento gerador de um ganho para o agente. Já para os sequazes da doutrina citada em segundo lugar seria o conteúdo da destinação dos bens que determinaria a mobilização das regras próprias do instituto.

Quer isto dizer, e se quisermos cotejar o instituto com os quadros próprios da responsabilidade civil, que os primeiros, ao centrarem o enriquecimento sem causa por intervenção no conceito de ilicitude, acabam por considerar que qualquer intervenção em direitos subjectivos – tidos por absolutos – é ilícita, distinguindo-se os dois institutos pela ausência de culpa e de um dano, ausência essa que precludiria o recurso à obrigação de indemnizar.

No que respeita à teoria do conteúdo da destinação, partindo – pelo menos nas formulações iniciais – de um idêntico conceito de direito absoluto, prescinde-se da

²⁸⁷⁹ MENEZES LEITÃO, *O enriquecimento sem causa no direito civil...cit.*, p. 772 e 773.

aferição em concreto da ilicitude, pelo que se poderia aventar a hipótese de se considerar que existiria um dano a ser removido por outra via que não o ressarcimento do lesado. Não cremos, porém, que tal corresponda à realidade, até porque os autores tornam patente a distinção entre empobrecimento – que não se exige – e enriquecimento.

Na verdade, aderindo fundamentadamente a uma concepção de ilicitude do resultado – pelo menos quando em causa esteja a violação de direitos absolutos – teremos de considerar que qualquer interferência nesses direitos, excepto se ocorrer uma concreta causa de justificação e excepto se não a lesão não puder ser imputada ao comportamento do lesante, há-de ser considerada ilícita. Nesse sentido, aproximar-nos da primeira teoria em análise, e justificariamos o recurso ao enriquecimento sem causa pela ausência de um dano.

Ora, pensamos que essa ausência do dano determina que a ilicitude, mesmo que detectada, não possa ser vista como o fundamento da obrigação de restituição. Exactamente porque a ilicitude releva na medida em que, num sentido comutativamente assumido, comporte consequências negativas na esfera jurídica de alguém²⁸⁸⁰.

E nesse sentido – em homenagem à função da responsabilidade civil e do enriquecimento sem causa – entendemos ser preferível a adesão a uma ideia de conteúdo da destinação. Que não nos leva, importa também sublinhá-lo, a considerar que o retirar de vantagens que integrem o conteúdo da destinação de um direito possa ser visto, sem mais, como um dano que urja corrigir. Até porque se o fosse indagar-se-ia a correspondente ilicitude e a exigível culpa, desvelável ou não em concreto por referência ao circunstancialismo específico presente na situação *sub iudice*.

Com isto conseguimos distinguir claramente ilicitude e dano, ao mesmo tempo que salvuardamos uma determinada concepção de ilícito. Em simultâneo, justifica-se o afastamento da teoria da ilicitude como núcleo fundamentador da obrigação de restituição.

Recolhemos, ao espraarmo-nos por domínios vizinhos, alguns dados importantes.

Desde logo, tornamos operante a aludida distinção entre ilicitude e dano, nem sempre perceptível, sobretudo quando nos confrontamos com o dramatismo do dano da

²⁸⁸⁰ A asserção só é perceptível se tivermos em conta o fundamento último da responsabilidade civil e, bem assim, a sua finalidade primária. No fundo, o que dizemos é que, na ausência de um dano, nem sequer vamos indagar em termos imputacionais a existência de ilicitude, porque ela deixa de ser pratico-normativamente relevante.

morte²⁸⁸¹, chamando à colação, incidentalmente, o binómio dano evento/dano consequência que, fazendo escola além fronteiras, traduz a ideia de projecção negativa da primitiva violação do direito na esfera jurídica do lesado²⁸⁸².

Explicitando o que possa ter ficado implícito, a interferência com um direito absoluto alheio constitui um acto ilícito, podendo ou não refractar-se num dano que o acompanhe. Na verdade, a repercussão do primeiro na esfera do titular fica dependente do circunstancialismo concreto que, naquele dado momento, desenha a sua condição pessoal e individualiza o objecto do direito em particular²⁸⁸³.

Se a doutrina da ilicitude é, aqui, rejeitada, tal não se deve à impossibilidade de desvelação da anti-juridicidade da conduta, mas outrossim à inadequação fundacional que ela representa e que ficou patente no anteriormente referido.

Com o que – e centrando-nos na opção dogmática abraçada – podemos salientar o papel fulcral que, e já que nos cingimos a uma hipótese típica específica de surgimento de uma obrigação de restituição do indevido, o direito subjectivo desempenha como radical operatório do instituto.

Só é, de facto, perceptível a doutrina da destinação se postularmos uma dada concepção de direito subjectivo. Uma concepção que, partindo da ideia de concessão de um domínio de exclusividade de gozo e fruição da utilidade económica do bem por parte do direito, viabiliza o salto argumentativo.

²⁸⁸¹ Para maiores desenvolvimentos, cf. DIOGO LEITE CAMPOS, “A indemnização do dano da morte”, *Separata do volume I do Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Coimbra, 1975. Sobre o ponto, embora não circunscrito a ele, mas atinente a todas as questões que resultem em dificuldades de avaliação do *quantum indemnizatório*, tendo em conta a impossibilidade de apagar o dano gerado, cf. SALVADOR CODERCH e M. T. CASTIÑEIRA PALOU, *Prevenir y Castigar*, Marcial Pons, Madrid, 1997, p. 114 e ss. Veja-se, ainda, SALVADOR CODERCH e JUAN ANTONIO RUIZ GARCIA, “Problemas de la responsabilidad civil en derecho español”, ... cit., p. 401-444 (aqui 411, nota 17. Referem-se, aí, dois métodos de índole economicista que se convolam em formas indirectas de alcançar aproximações toleráveis ao custo do dano da morte. A saber: 1) critério do capital humano – *human capital approach* –, segundo o qual o valor da vida humana equivale à perda de ganhos potenciais da vítima; 2) critério que tem em conta a predisposição de cada um a pagar mais por mais segurança – *people’s willing to pay for improved safety*, segundo o qual se analisaria o que a pessoa estaria disposta a pagar a mais por melhoras adicionais correspondentes.

Trata-se de dois critérios que, para lá das dificuldades particulares que levantam, se revelam imprestáveis na base tecnocrática que comunicam. E que, em rigor, não encontram qualquer alicerce no direito positivo, onde os danos morais resultantes da morte são tidos em conta para efeitos compensatórios, nos termos do artigo 496º CC. Mais se dirá, contudo, que as dificuldades a que procuram obstar não são negligenciáveis, mas reais.

A propósito da morte como um dano, cf. JACK LI, *Can death be a harm to the person who dies?*, Kluwer Academic Publishers, Dordrecht, Boston, London, Philosophy and Medicine, vol. 73, 2002

²⁸⁸² Rememore-se a dicotomia entre o dano evento e o dano consequência.

²⁸⁸³ Não é só a condição pessoal do titular do direito que determina diferentes projecções da ilicitude na sua esfera, mas, ainda, a consideração de elementos de concretude do objecto particular daquele direito violado que, não sendo tida em conta num juízo geral – embora não desarraigado das especificidades da situação *sub iudice* e de elementos de subjectivação –, releva a este nível.

Tal salto argumentativo é mediatizado pela resposta à questão de saber o que distingue o dano do enriquecimento e pela atenção dada ao modo como devem ser concebidos alguns dos pressupostos de surgimento de uma obrigação de indemnizar.

Partimos, como ficou claro, da distinção entre o enriquecimento sem causa e a responsabilidade civil. Distinção que, no plano dogmático, se traduz na não exigência de verificação de um comportamento ilícito, culposo e da ocorrência de um dano por referência ao primeiro^{2884 2885} e espelha a diversa intencionalidade que predica os dois

²⁸⁸⁴ No que concerne à irrelevância da ilicitude ao nível do enriquecimento sem causa, relembre-se a lição de ANTUNES VARELA a este propósito. Esclarece o autor que o acto gerador do enriquecimento pode provir de terceiro – cf. ANTUNES VARELA, *Das obrigações ... cit.*, I, p. 502.

Com isto, não só reiteramos o que ficou anteriormente afirmado em texto, como nos afastamos – agora no plano da sindicância dos requisitos do surgimento de uma pretensão de restituição do indevido, ainda que perfunctória – de posições como a de SCHULZ, “System der Rechte auf den Eingriffserwerb”, *Archiv für die civilistische Praxis*, 105, 1909, p. 1-488, aqui 420 e ss. Na verdade, o autor alicerça a pretensão de restituição numa interferência ilícita em direitos alheios. Estabelecida a perfeita simetria entre esta e a obrigação de indemnização de que se cura ao nível da responsabilidade civil, exigir-se-ia, ademais, consoante esclarece LEITE CAMPOS, uma relação de causalidade, aqui vista como condicionalidade – cf. LEITE CAMPOS, *A subsidiariedade... cit.*, p. 462. Do autor, veja-se, igualmente, o que é dito nas páginas subsequentes (463-464), para uma crítica dos resultados a que se chega com a adesão à tese de SCHULZ. Também JAKOBS, *Eingriffserwerb und Vermögensverschiebung in der Lehre von der hung. Bereicherung*, 1964, p. 30 (*apud* LEITE CAMPOS, *op. cit.*, *loc. cit.*), apesar de se afastar da teoria da ilicitude, pela ancoragem da sua posição na ideia de conteúdo da destinação e de lucro de intervenção, acaba por afirmar que é a ilicitude da intervenção do terceiro na área de exclusivo de acção que aquele direito demarca que fundamenta a obrigação de restituir.

Para uma crítica à posição do autor, embora centrada nos resultados amplos a que se chega, cf. DIOGO LEITE CAMPOS, *A subsidiariedade... cit.*, p. 466 e ss.

E, porque acompanhamos estas críticas, importa fazer uma precisão. Na verdade, LEITE CAMPOS debruça-se sobre o pensamento dos autores citados a propósito da determinação do objecto da obrigação de restituir o enriquecimento. Na argumentação encetada, o autor acompanha, para atingir aquele desiderato, os diversos pressupostos de relevância do enriquecimento sem causa. E nessa medida chama à colação o pensamento dos autores citados quando tece considerações acerca do pressuposto *à custa de outrem*, agora tornado operante para efeitos de determinar a medida da obrigação ou, e para utilizar a linguagem do insigne civilista, numa perspectiva dinâmica de aferição do enriquecimento.

O requisito em apreço cumpre, porém, uma função prévia (cf. p. 456). Uma função de imputação, delimitando “o âmbito dos enriquecimentos juridicamente criticáveis” e assinalando “o património ao qual o enriquecimento deve vir a ser restituído no caso de se verificar que foi obtido (...) sem causa” (cf. p. 380).

Ora, em abono da verdade, o autor aproxima a função deste pressuposto, que diz respeito à “protecção estática dos patrimónios” (cf. p. 386), daqueloutra que, ao nível da responsabilidade civil, é cumprida pela ilicitude. Afirma expressamente que “ambos delimitam (...) o âmbito dos factos (...) juridicamente criticáveis e ambos são completados por um elemento crítico – culpa e ausência de causa” (p. 379, nota 2). Mas ao fazê-lo não as identifica, até porque esclarece que a ilicitude se refere ao facto do agente e não ao seu resultado e o requisito *à custa de outrem* se queda ao nível dos efeitos económicos.

Duas notas a este propósito.

Sabemos, porque já o afirmámos, que não nos revemos na teoria da ilicitude da conduta. Nem sabemos se as palavras do autor podem ser interpretadas nesse sentido. O carácter lapidar da asserção não nos permite tirar conclusões a esse propósito. Mas, importa não esquecer que, mesmo que fundadamente afastemos a penetração do finalismo na desvelação da ilicitude delitual na sua primeira modalidade, a verdade é que não esquecemos que a ilicitude é sempre aferida por referência a um comportamento, ainda que se plasme num dado resultado. Onde, não há contradição de maior com o que afirma LEITE CAMPOS. Dois dados depõem a favor do que se acabou de dizer. Por um lado, a ideia de que só há ilicitude por referência a comportamentos voluntários; por outro lado, a dimensão ética que contagia a categoria e que nos faz – ainda que num plano dogmático nos quedemos na contemplação do resultado – olhar para este segundo a ideia que o sujeito – na sua actuação livre – deve conformar-se com o respeito devido ao outro e por isso

institutos, que nos permite perceber por que razão se afasta a assimilação de um caso concreto pelo âmbito de relevância hipotético da responsabilidade delitual, ainda que possa ser discernível, em concreto, a ilicitude do comportamento.

Na verdade, mesmo que esta exista não se ancora nela o fundamento do instituto que, no que à intromissão em bens ou direitos alheios diga respeito²⁸⁸⁶, colimando-se numa das dimensões do direito subjectivo absoluto, cumpre a função de salvaguardar a correcta ordenação dos bens.

Não é outra a ideia transmitida pelo critério interpretativo derramado sobre o requisito à *custa de outrem*, a significar que o enriquecimento foi “alcançado com bens jurídicos pertencentes a outrem”²⁸⁸⁷. Ora, o arrimo doutrinal a que se alude – fundando-se na doutrina da *Zuweisungslehre* – só é perceptível pela adesão a uma dada concepção de direitos absolutos. Uma concepção que, tal como foi explicitado por LEITE CAMPOS, PEREIRA COELHO e, além fronteiras, por autores como JAKOBS, VON CAEMMERER²⁸⁸⁸,

omitir qualquer acto que contenda com um domínio que lhe foi reservado em atenção à tutela da sua própria personalidade.

Uma segunda nota para sublinhar que a conexão estabelecida pelo autor nos legitima, não obstante a necessidade de atender à teleologia específica e intencionalidade informadora de cada instituto, a estabelecer a ponte comunicante no meio do nosso percurso dialógico.

²⁸⁸⁵ Também a inexigibilidade da verificação do dano, assumida em texto como um dado adquirido, leva pressuposta a adesão a uma dada concepção do enriquecimento sem causa e seus pressupostos. De facto, não se vislumbra a este propósito unanimidade na doutrina.

Cf. DIOGO LEITE CAMPOS, *A subsidiariedade...* cit., p. 383, nota 2, onde o autor dá conta do estado da questão em França e Itália, referindo que, naqueles ordenamentos jurídicos, a delimitação do enriquecimento relevante se dá “pela exigência da verificação de um empobrecimento do credor correlativo ao enriquecimento do devedor”, colocando-se, posteriormente, o problema de saber que tipo de relação há-de interceder entre tais realidades: causalidade, indivisibilidade de origem, dependência, relação mediata ou imediata? (cf. p. 385)

Note-se que, para quem se mantenha fiel à bipartição do discurso nos dois momentos de que fala LEITE CAMPOS – momento estático, de determinação dos pressupostos de emergência da obrigação; momento dinâmico de determinação do objecto dela – o problema da exigência ou não do dano correlativo ao enriquecimento deve ser igualmente sopesado a propósito do último. Isso mesmo nos transmite a doutrina do duplo limite – cf. do autor, p. 457.

Cf., ainda, no mesmo sentido ANTUNES VARELA, *Das obrigações...* cit., I, p. 489.

²⁸⁸⁶ Não tomamos posição sobre o carácter unitário ou não do enriquecimento sem causa, remetendo o debate sobre o tema para a já citada obra de MENEZES LEITÃO.

Circunscrevemos, não obstante, a nossa análise ao campo identificado em texto, por só em relação a esse ser plausível um raciocínio de tipo analógico.

Saliente-se, ainda, que – na identificação do nódulo central da questão – há oscilações terminológicas entre os autores nacionais. Enquanto ANTUNES VARELA fala de *intromissão em direitos ou bens jurídicos alheios* (*Das obrigações...* cit., I, p. 473), PEREIRA COELHO prefere falar de *intervenção ou ingerência nos direitos ou bens jurídicos alheios* (*O enriquecimento e o dano*, 1970, p. 5). Parece também ser essa a designação adoptada por MENEZES LEITÃO (*op. cit., loc. cit.*), enquanto LEITE CAMPOS fala de *intromissão* (*A subsidiariedade...* cit., p. 450, nota 1).

Trata-se, porém, de uma questão terminológica, sem projecção na materialidade que a acompanha.

²⁸⁸⁷ Cf. ANTUNES VARELA, *Das obrigações...* cit., I, p. 491; LEITE CAMPOS, *A subsidiariedade...* cit., p. 378; PEREIRA COELHO, *O enriquecimento...* cit., p. 48 e ss.

²⁸⁸⁸ LEITE CAMPOS, numa análise profunda sobre o instituto do enriquecimento sem causa, dialoga com outros autores que aderiram à teoria da destinação ou da afectação dos direitos absolutos, que aqui não

leve a pensar nos direitos absolutos como categorias que “reservam para o respectivo titular o aproveitamento económico dos bens correspondentes, expresso nas vantagens provenientes do seu uso, fruição, consumo ou alienação”²⁸⁸⁹.

A partir do momento em que, pelo reforçar da conexão entre o domínio de exclusividade traçado pelo direito absoluto e a aptidão deste para satisfazer necessidades, elas sejam fruídas por alguém diverso do sujeito titular entende-se que há um enriquecimento à custa de outrem²⁸⁹⁰.

Erigido como critério de imputação do enriquecimento, a teoria da destinação molda-se de forma a dar a conhecer uma dimensão essencial do direito subjectivo absoluto. Sem que isso resolva todos os problemas suscitados pelo instituto. Pois que, como alertam os autores, uma coisa é a definição da relevância jurídica do locupletamento, outra, diversa, é determinar – a partir dele – o objecto preciso da obrigação de restituir que impende sobre o beneficiado. Donde, muitas são as dúvidas, a suscitar vivo debate na doutrina. É não só o próprio conteúdo da destinação as concita, como o tipo de racionalidade mobilizada, condicionando o olhar acerca da

citamos por termos colhido indirectamente informações sobre o seu posicionamento na querela. Para maiores desenvolvimentos sobre eles, cf. LEITE CAMPOS, *A subsidiariedade...* cit.

²⁸⁸⁹ LEITE CAMPOS, *A subsidiariedade...* cit., p. 390.

²⁸⁹⁰ Saliente-se a precisão a que alude LEITE CAMPOS, cuja obra acompanhamos aqui de perto – cf. *A subsidiariedade...* cit., p. 470, nota 2.

Alicerçando-se na doutrina estrangeira, chama o autor a atenção do leitor para a possibilidade de, no seio dos direitos ditos absolutos, se traçar uma linha divisória entre aqueles que não têm um conteúdo de destinação (direitos de proibição ou de exclusão), cuja lesão daria apenas lugar a uma pretensão indemnizatória, e aqueles que possuem aquele conteúdo, que reservariam “para o respectivo titular um certo domínio de actividade relativamente aos bens a que se referem”.

LEITE CAMPOS acaba por, pese embora admita aceitar a dicotomia, contestar a amplitude a que, com ela, alcança o domínio dos direitos sem conteúdo de destinação.

O busílis da questão situar-se-ia, verdadeiramente, na percepção da natureza dos direitos de personalidade. PEREIRA COELHO exclui expressamente tal possibilidade, congruente, aliás, com a sua opção de rejeitar a possibilidade de surgimento de uma pretensão de restituição do indevido quando em causa estejam aqueles direitos – cf. *O enriquecimento...* cit., p. 55 e 365. Cf., ainda, dando conta do estado da questão a propósito dos direitos de personalidade, MENEZES LEITÃO, *O enriquecimento...* cit., p. 718-719 e e 954 (em especial, p. 720 – “A comercialização ocorre no mercado e constitui uma forma de aproveitamento dos bens da personalidade na actual sociedade económica. Se tal ocorre como dado de facto, não pode deixar de se considerar que se verificou uma evolução das concepções da sociedade no sentido da função económica dos direitos de personalidade e do valor representado pela sua comercialização, suficiente para que o enriquecimento sem causa não possa ignorar a sua protecção”. No fundo, o que o autor nos vem dizer, alicerçando-se na doutrina estrangeira, é que os direitos de personalidade, hodiernamente, apresentam um cariz também patrimonial. V., ainda, nota 1943, onde o autor, a propósito do aproveitamento da imagem alheia, questiona a interpretação que há-de ser feita do artigo 79ºCC, bem como nota 1945, onde se questiona a possibilidade de aplicação do enriquecimento sem causa quando em causa esteja não um direito especial de personalidade, mas o direito geral de personalidade.

Vide, igualmente, LEITE CAMPOS, “Enriquecimento sem causa...”...cit., p. 46; ANTUNES VARELA, “Alterações legislativas no direito ao nome”, ... cit., p. 197-200 e MAFALDA MIRANDA BARBOSA, “Reflexões em torno da responsabilidade civil...”, ... cit., p. 592-593, nota 169.

intencionalidade e teleologia do enriquecimento sem causa, determina soluções pontuais divergentes.

Alicerçando-nos uma vez mais no depoimento de LEITE CAMPOS, podemos afirmar com o civilista que “a teoria da destinação dos direitos não vai (...) mais longe. Limita-se a dizer que devem ser restituídos todos os valores que pertenciam a um certo património”, deixando sem resposta questões como “quais são todos esses valores? Que valores reservam os bens jurídicos aos respectivos titulares? O valor objectivo dos bens que deles se retiram? Todo o resultado do emprego ou o uso de bens alheios? O justo preço da prestação ou da actividade realizadas, embora no limite do aumento patrimonial?”^{2891 2892}.

Dividem-se, pois, os autores entre a ancoragem da obrigação de restituir o indevido no valor objectivo do bem usado ou fruído e a determinação daquela com base no lucro da intervenção. No horizonte discursivo, coloca-se, então, a opção fundada entre o enriquecimento real e o enriquecimento patrimonial. O primeiro corresponde “ao valor objectivo da vantagem real adquirida”²⁸⁹³; o segundo “exprime-se pela diferença entre a situação em que o beneficiário se encontra – situação real – e aquela em que estaria se não fora a deslocação patrimonial operada – situação hipotética”²⁸⁹⁴ e traduz o impacto que a deslocação patrimonial teve na esfera do enriquecido²⁸⁹⁵.

Remontando a diferença sublinhada a VON TUHR²⁸⁹⁶, ela vem exigir um esforço interpretativo que remeta a norma, simultânea e dialecticamente, para o sistema globalmente considerado e para a ponderação da sua teleologia, complementando-se as duas perspectivas já que aquele é dotado *ab initio* de uma intencionalidade problemática e esta não pode ser outra que não uma teleonomologia.

Quer isto dizer que, se compreendermos o enriquecimento sem causa como uma via de correcção, intrassistemática, das deslocações patrimoniais carecidas de justificação e obtidas à custa de outrem, não podemos deixar de o tornar operatório até ao ponto em que, cumprindo uma função preventiva, venha a impedir formas de

²⁸⁹¹ LEITE CAMPOS, *A subsidiariedade...* cit., p. 472

²⁸⁹² Cf., ainda, dando nota das divergências a que aludimos, ANTUNES VARELA, *Das obrigações...* cit., I, p. 492, nota 1.

²⁸⁹³ Cf. PEREIRA COELHO, *O enriquecimento...* cit., p. 29; LEITE CAMPOS, *A subsidiariedade...* cit., p. 450; ANTUNES VARELA, *Das obrigações...* cit., I, p. 513.

²⁸⁹⁴ LEITE CAMPOS, *A subsidiariedade...* cit., p. 451.

²⁸⁹⁵ Cf. LEITE CAMPOS, *A subsidiariedade...* cit., p. 452.

²⁸⁹⁶ Quem o afirma é ANTUNES VARELA, *Das obrigações...* cit., I, p. 481.

expropriação privada²⁸⁹⁷. Na verdade, de outro modo, estabelecendo que o beneficiado apenas teria de restituir àquele à custa de quem se enriqueceu o justo valor objectivo dos bens, estar-se-ia a admitir que, contra a vontade do próprio titular do direito, este se visse forçado a locar ou alienar o seu bem²⁸⁹⁸.

Há que atender, portanto, à repercussão que a utilização do bem alheio, sobre o qual incide um direito absoluto, tem na esfera do beneficiado.

E com isto abrem-se as portas a considerações de não pequena importância.

Por um lado, vinca-se, assim, a diferente intencionalidade que preside ao enriquecimento sem causa e à responsabilidade civil. Não é a restituição do bem ao património do titular do direito que se torna operante, sequer o apagamento de um eventual dano que ele possa ter sofrido que releva nesta sede. Toda a regulamentação do instituto é presidida por uma ideia de correcta ordenação dos bens, aferida em termos patrimoniais, pelo que o nóculo central da problemática é deslocado para a inerência de um determinado valor a um dado património, segundo uma ideia de justiça.

Escapa à teleologia do ressarcimento a destruição, animada por uma desiderato preventivo, por via da condenação aos chamados danos punitivos, de um locupletamento do lesante. Ao nível da responsabilidade civil, de facto, o que está em causa é a actualização da personalidade do agente infractor, pela responsabilização inerente à sua actuação autónoma, que se projecta num esquema comutativo de reparação do dano. Já ao nível do enriquecimento sem causa, com a sua natureza subsidiária, o que se almeja é a total correcção dos desvios que o ordenamento jurídico, através dos múltiplos instrumentos que o enformam, não foi capaz de evitar. Não se estranha, por isso, que LEITE CAMPOS leia a nota de subsidiariedade animado por uma ideia de proibição da fraude à lei. Com o que, e contra o que poderiam ser as primeiras e apressadas impressões, nos afastamos de um pensamento próprio da *Law and Economics*.

Mas, se a fronteira entre a responsabilidade civil e o enriquecimento sem causa não deixa de ser clara, não é menos certo que ambos assentam no mesmo radical

²⁸⁹⁷ Apresentando este argumento para, materialmente, sustentar a adesão a uma visão patrimonial do enriquecimento, cf. LEITE CAMPOS, *A subsidiariedade...* cit., p. 486; ANTUNES VARELA, *Das obrigações...* cit., I, p. 515

²⁸⁹⁸ Parece ser, conforme aponta LEITE CAMPOS, essa a consequência da posição sufragada por PEREIRA COELHO que aproxima o enriquecimento sem causa de uma visão quase contratual. Cf. *A subsidiariedade...* cit., p. 486.

operatório, quando em causa esteja a primeira modalidade de ilicitude: o direito subjectivo absoluto²⁸⁹⁹.

Não se confundem, sabemos-lo. Quando em causa está a ilicitude delitual, o que avulta é a ideia de anti-juridicidade pelo desrespeito de uma esfera de autonomia do sujeito lesado. Mas, se ela é preterida, e pese embora a dimensão axiologicamente cunhada a que fazemos apelo – a justificar noutra sede, inclusivamente, a compensação dos chamados danos extrapatrimoniais –, tal redundaria na impossibilidade de exercer a fundada opção de acção que, ao abrigo daquela, é facultada ao titular do direito. É por isso que a ilicitude vem, a mais das vezes, a projectar-se num dano. E é por isso que, em última instância, estamos legitimados a estabelecer uma ponte comunicante entre os dois domínios que, cuidadosamente, procurámos destringir.

Um e outro, na sua operacionalidade, convocam – ou numa vertente de projecção do fundamento maior, ou numa dimensão exclusivista, consoante estejamos no âmbito da responsabilidade civil ou do enriquecimento sem causa – a dimensão pragmática do direito subjectivo absoluto. Pelo que cremos não forçar os dados sistemáticos se partirmos da determinação do *quantum* da obrigação de restituir o indevido para procurar extrair dados de operacionalidade que nos permitam dar alguns passos em frente na dilucidação do problema da determinação do *quantum* indemnizatório.

Quando, animado pela função de “salvaguardar a riqueza, entendida não estaticamente, como conjunto de direitos patrimoniais, mas dinamicamente, de modo a compreender os resultados úteis das actividades produtivas”²⁹⁰⁰, LEITE CAMPOS parte da consideração do direito absoluto e do seu conteúdo de destinação para explicitar o que se deve entender por *à custa de outrem*, na sua ligação ao momento dinâmico de definição da obrigação de restituir, lança mão de um critério densificado por uma ideia de funcionalidade. Isto é, o direito subjectivo absoluto tem um determinado conteúdo de destinação que se queda na satisfação de utilidades. Estas são imputadas à esfera patrimonial do titular daquele. Tudo aquilo que se obtenha como resultado do uso, fruição, alienação do bem objecto do direito é incidível da referida titularidade, pelo

²⁸⁹⁹ Veja-se, a propósito da explicitação do *damage*, a referência incidental que W.V. HORTON ROGERS, *Winfield and Jolowicz... cit.*, p. 757, faz ao *unjust enrichment*.

²⁹⁰⁰ LEITE CAMPOS, *A subsidiariedade... cit.*, p. 485

que obtida à custa do sujeito²⁹⁰¹, o que não quer dizer que lhe vá ser entregue o montante global do lucro de intromissão, uma vez que parte dele pode ser economicamente imputado ao agente e aos demais factores de produção.

E, não obstante questionar-se a relevância da causa virtual²⁹⁰², a relação entretecida não é uma relação de causalidade, antes se aproximando, segundo depoimento do mesmo autor, da proposta de WILBURG na matéria²⁹⁰³, que defende uma imputação económica, tendo em atenção a quem pertencem os factores de produção postos em movimento para alcançar o resultado em apreço.

67. A determinação do dano a partir do conteúdo do direito subjectivo

Depois de tudo o que ficou dito, podemos concluir que é inerente ao direito subjectivo absoluto um dado conteúdo patrimonial, traduzível numa nota de utilidade. Sempre que ela não possa ser realizada, fruto da intervenção de um estranho à esfera de domínio traçado pelo direito, desenha-se um dano. Este importa a consideração da repercussão que a lesão teve, já não no titular abstractamente configurado, mas na esfera da pessoa realmente lesada, uma vez que esse impacto é variável^{2904 2905 2906}.

²⁹⁰¹ LEITE CAMPOS, *A subsidiariedade...* cit., p. 484 – “o titular do direito tem, por força desse mesmo direito, uma pretensão a todo o benefício obtido com esses mesmos bens – a todo o lucro que foi realizado com os seus bens”

²⁹⁰² Cf. LEITE CAMPOS, *A subsidiariedade...* cit., p. 495 e ss.

²⁹⁰³ Cf. LEITE CAMPOS, *A subsidiariedade...* cit., p. 493.

Acerca do pensamento de WILBURG, vide *Die Lehre von der ungerechtfertigten Bereicherung nach österreichischem und deutschem Recht : Kritik und Aufbau*, Graz : Universität, 1934, p. 18 (*apud* LEITE CAMPOS, *op. cit.*, *loc. cit.*)

²⁹⁰⁴ Sobre o problema do dano e das diversas concepções dele, cf., além da bibliografia atrás citada sobre o tema (cap. V), CASTRONOVO, *La nuova responsabilità...* cit., p. 122 e nota 57. O autor italiano fala de uma concepção normativa e uma concepção realista de dano. A segunda identifica-o com uma diminuição patrimonial e remonta a MOMMSEN, não se confundindo com uma definição naturalística que identifica o dano com um evento fisicamente perceptível como a morte de uma pessoa, a destruição de uma coisa. Mais adianta que cada uma das concepções em apreço se cruzam com diversas estruturas de ilícito, fazendo corresponder a dualidade àqueloutra que aponta para uma cláusula geral ou para um sistema de tipicidade do ilícito, embora alerte que as duas acabam por se encontrar sem que haja a consciência exacta de que derivam do sistema delitual em que se inscrevem (cf. p. 123). Critica, por isso, SALVI (*Il danno extracontrattuale...* cit., p. 172) por entender que não é coerente acolher a ideia de tipicidade do ilícito e uma concepção realista de dano [cf. p. 124, nota 59].

²⁹⁰⁵ Cf., também, D. MESSINETI, “Personalità (diritti della)”, *Enciclopedia del Diritto*, XXXIII, Milano, 1983, p. 393 e ss., que distingue dois segmentos: a) um momento formal, constituído pela violação do direito; b) um momento substancial, a traduzir-se na diminuição da utilidade do bem para o sujeito titular daquela posição subjectiva.

A este propósito, cf., igualmente, GOMES DA SILVA, *O dever de prestar...* cit., p. 123 para quem o dano é a frustração de um ou mais fins, resultante de se haver colocado o bem, por meio do qual era possível atingi-los, em situação de não poder ser utilizado para esse efeito.

Entre nós, vide ainda PATRÍCIA HELENA LEAL CORDEIRO DA COSTA, *O dano da perda de chance...* cit., p. 15 e ss. Mostra a autora que o dano pode vir definido como uma lesão de “um interesse juridicamente protegido, ou tutelado, quando não de um interesse juridicamente relevante, ou de qualquer interesse

Imageticamente, podemos configurar duas esferas. Uma esfera de utilidade geral – traduzida no valor patrimonial do bem objecto do direito e, mais especificamente, compreendida pela análise das diversas faculdades inerentes ao conteúdo do direito – e uma esfera de utilidade particular – colimada naquilo que o concreto titular da posição subjectiva absoluta, dentro do primeiro círculo definido, se propõe realizar. Com base no cotejo destas duas esferas podemos encontrar a essência do que é o dano²⁹⁰⁷. E mais do que encontrar a essência do que é o dano²⁹⁰⁸, podemos encontrar aqui um critério de recondução dos danos subsequentes – dos segundos danos – ao dano evento (dano

socialmente apreciável, ou simplesmente de interesses *tout court*. O objecto do dano é sempre um interesse humano (entendido como uma situação de proveito através da qual a pessoa satisfaz as suas necessidades mediante o gozo de determinados bens). Segundo outra posição, o dano é definido pelas “consequências que a acção lesiva gera, seja no património, seja no espírito do lesado. Assim, a lesão é o evento fáctico desvalioso inerente a um acontecimento. O dano integra-se em todas as repercussões prejudiciais do dito evento lesivo. Concebendo-se o dano como a ofensa ou lesão a um direito ou interesse, então todo o acto ilícito, por definição, produziria um dano. Assim, o dano não se identifica com a mera lesão de um direito ou interesse, que é pressuposto daquele, sendo antes a consequência prejudicial que se desprende da referida lesão” – cf. p. 17.

²⁹⁰⁶ Embora o que fica dito em texto nos possa fazer rememorar a distinção entre uma avaliação concreta e uma avaliação abstracta do dano, não aprofundaremos essa temática. Sobre o ponto, veja-se, porém, *inter alia*, ANTUNES VARELA, *Das obrigações...* cit., I, p. 600, considerando que “se a avaliação do prejuízo se faz em função do valor que a coisa tem no património do lesado faz-se uma avaliação concreta do dano; se apenas se procura determinar o valor objectivo da coisa atingida (...) temos a avaliação abstracta do dano. Faz-se igualmente uma avaliação concreta do dano, quando se toma em conta o valor mais alto a que o comprador teve de adquirir certa mercadoria, por lhe não ter sido entregue, na data fixada, aquela que comprara; far-se-ia uma pura avaliação abstracta, se apenas se considerasse o preço corrente da mercadoria devida no momento em que se calcula o valor do dano”. V., ainda, nota 1 na pág. citada, considerando que “na avaliação concreta do dano podem levantar-se dúvidas especiais: se alguém culposamente inutilizar o fato de outrem, tem que dar ao lesado um fato novo ou terá que pagar apenas o valor do fato usado? Ou terá que pagar apenas o preço por que o fato, com o uso que tinha, poderia ser vendido? Como se mede o dano em concreto?”

²⁹⁰⁷ No fundo, estamos a cindir duas realidades.

Sobre o ponto, veja-se a distinção de HANS STOLL, *Begriff und Grenzen des Vermögensschadens...* cit., p. 15 e ss. O autor distingue o *Schaden* enquanto consequência (*Folgeschaden*) e enquanto lesão (*normativer Eingangsschaden*).

Quanto ao ponto, cf., uma vez mais, CASTRONOVO, *La nuova responsabilità...* cit., p. 126. O autor mostra as dúvidas que lhe concitam alguns dos entendimentos cristalizados quer no ordenamento jurídico italiano, quer no ordenamento jurídico alemão. Não é conciliável com o sintagma *danno ingiusto* a cisão entre dano enquanto consequência do ilícito e dano como lesão. Por outro lado, não faz sentido, face à presença de danos não patrimoniais, a caracterização do dano como uma diminuição patrimonial, avultando problemática a dicotomia traçada pela doutrina germânica entre a *Verletzung* de uma posição subjectiva e o *Schaden* como consequência patrimonial da lesão.

Ora, como parece ter ficado claro em texto, os termos por nós mobilizados para operar a distinção fogem às aporias para que CASTRONOVO chama a atenção.

Acresce que o entendimento dispensado à doutrina da diferença torna inequívoco que ela não surge como um critério definitório do dano. Nesse sentido, também, CASTRONOVO, *La nuova responsabilità...* cit., p. 127 e ss.

Vide, ainda, HANS STOLL, *Begriff und Grenzen des Vermögensschadens...* cit., p. 9, que restringe a operatividade da doutrina da diferença ao cálculo da indemnização em dinheiro, deixando de fora do seu âmbito a reconstituição natural. No mesmo sentido, v. a perspectiva de ESSER, que em texto será chamada à colação.

²⁹⁰⁸ Cf. CARNELUTTI, *Il danno e il reato*, Padova, Cedam, 1929, p. 256 e ss., afirmando que o dano não atinge o bem em si, mas a conexão da pessoa com o bem, ou seja, a relação existente entre um sujeito que tem uma necessidade e o bem apto a satisfazê-la.

primário ou violação do direito subjectivo que, ao nível da primeira modalidade de ilicitude, assume uma posição charneira em toda a questão imputacional). A partir dele conseguimos, de facto, saber em que medida o que a pessoa perdeu ou aquilo que deixou de ganhar se inscreve ou não na esfera do direito cuja lesão já tinha sido imputada a um determinado sujeito²⁹⁰⁹. Note-se que a perda de utilidades do bem se poderá traduzir tanto no prejuízo directamente sofrido pelo lesado (desvalorização do bem, despesas que teve de efectuar para repor a utilidade do bem, ou reparando-o ou encontrando uma alternativa que, momentaneamente ou não, satisfaça a mesma utilidade), como naquilo que deixou de ganhar, e incluir, ainda, o impacto não patrimonial que gerou²⁹¹⁰. Convoca-se, portanto, a distinção entre os danos emergentes e os lucros cessantes²⁹¹¹ e, com o que ficou dito, rememora-se, embora não de forma coincidente com a dicotomia entre o dano evento e o dano subsequente, a lição tradicional que cinde o dano real (“a perda *in natura* que o lesado sofreu, em consequência de certo facto, nos interesses (...) que o direito violado ou a norma infringida visam tutelar”; “a lesão causada no interesse juridicamente tutelado, que reveste as mais das vezes a forma de uma destruição, subtração ou deterioração de certa coisa material ou incorpórea”²⁹¹²) e o dano patrimonial (“o reflexo do dano real sobre a situação patrimonial do lesado”²⁹¹³)²⁹¹⁴.

O último medir-se-ia, “em princípio, por uma diferença: a diferença entre a situação real actual do lesado e a situação hipotética em que ele se encontraria, se não

²⁹⁰⁹ A análise das faculdades inerentes ao conteúdo do direito pode ser importante num momento anterior, designadamente em todas aquelas situações em que não existe uma incidência directa sobre a coisa, mas em que a modificação ou perturbação de determinadas circunstâncias envolventes pode implicar – ou não – a violação do direito subjectivo. Pense-se, por exemplo, das situações do dano da perda do uso.

²⁹¹⁰ A problemática dos danos extrapatrimoniais foge, porém, à tentativa de captação do fenómeno dano à luz do que ficou conhecido pela teoria da diferença.

²⁹¹¹ Sobre o ponto, cf. o que fica dito *supra*.

²⁹¹² Cf., por todos, ANTUNES VARELA, *Das obrigações...* cit., I, p. 598.

²⁹¹³ Cf., uma vez mais, ANTUNES VARELA, *Das obrigações...* cit., I, p. 598. Diz-nos o autor que “uma coisa é a morte da vítima, as fracturas, as lesões que ela sofreu (dano real); outra, as despesas com os médicos, o internamento, o funeral, os lucros que o sinistrado deixou de obter em virtude da doença ou da incapacidade, os prejuízos que a falta da vítima causou aos seus parentes (dano patrimonial). Uma coisa são as amolgadelas ou as peças partidas no veículo (dano real); outra, as despesas feitas com o reboque do carro para a oficina e a sua reparação, os negócios que o acidente fez gorar, as viagens que o dono do táxi deixou de fazer e o lucro que delas retiraria (dano patrimonial)”. Sobre o ponto, v., também, PEREIRA COELHO, *O problema da causa virtual...* cit., p. 188 e ss., falando de dano real e de dano de cálculo, e apresentando os termos da dicotomia de modo não absolutamente coincidente, sobretudo se tivermos em conta os exemplos apresentados para cada uma das categorias.

²⁹¹⁴ A convocação da lição tradicional torna-se, a este nível, imprescindível para se perceber em que medida o modelo por nós proposto dá ou não resposta a algumas das inquietações que aquela traz a lume.

fosse o facto lesivo²⁹¹⁵. O critério, assente na hipótese da diferença, acabaria por se revelar, contudo, “um conceito inadequado de dano e um método insuficiente para a sua determinação, que escondia as considerações teleológicas ou valorativas decisivas²⁹¹⁶. Foram sobretudo questões como a perspectivação contabilística do dano (a levantar problemas acrescidos à indemnização de danos como o dano da perda de uso), como a da relevância da causa virtual ou da compensação de vantagens (“determinada decisivamente por pontos de vista valorativos que a hipótese da diferença deixa escapar²⁹¹⁷) que justificaram o olhar crítico sobre a fórmula que, desde MOMMSEN, foi assumida genericamente para efeitos de determinação do dano^{2918 2919}.

Creemos, aliás, que é ao impôr-se, por meio dela, a comparação de situações patrimoniais globais que o jurista esbarra em dificuldades acrescidas, entre as quais se conta o tópico da causalidade. Ora, a partir do momento em que a questão imputacional ficou solucionada a montante, e a partir do momento em que o esquema delitual se estrutura com base no direito subjectivo absoluto, podemos encontrar uma baliza que delimite o cotejo patrimonial. Ela passará exactamente pela consideração da esfera de possibilidades aberta pela titularidade daquele direito. Será, aos nossos olhos, dentro desse círculo que se jogarão as coordenadas básicas da determinação da indemnização²⁹²⁰. No fundo, aproximamo-nos em certa medida da lição de WILBURG

²⁹¹⁵ ANTUNES VARELA, *Das obrigações...* cit., I, p. 599. Para uma análise dos termos postos em comparação de acordo com a fórmula da diferença, cf., por todos, PEREIRA COELHO, *O problema da causa virtual...* cit., p. 196 e ss.

²⁹¹⁶ Cf. PAULO MOTA PINTO, *Interesse contratual negativo...* cit., p. 810.

²⁹¹⁷ Cf. PAULO MOTA PINTO, *Interesse contratual negativo...* cit., p. 803.

²⁹¹⁸ Foi nas conclusões de PAULO MOTA PINTO, a propósito da “fórmula da diferença”, que colhemos directamente a síntese crítica acerca do critério. Cf., do autor, *ult. op. cit., ult. loc. cit.* Note-se que o civilista não sustenta a rejeição em bloco da doutrina mommseniana. Cf. p. 814/815, Para outras considerações acerca da teoria da diferença, cf. GERHARD WAGNER, *Neue Perspektiven im Schadensersatzrecht – Kommerzialisierung, Strafschadensersatz, Kollektivschaden*, Beck, München, 2006, p. 12 e ss.; HANS FISCHER, *A reparação do dano no direito civil* Coimbra, 1983, tradução de FERRER CORREIA p. 24 e ss., também citados pelo autor.

Entre nós, ela é defendida por PEREIRA COELHO, *O problema da causa virtual...* cit., p. 194 e ss.; ID., “O nexos de causalidade...”, ... cit., p. 161; VAZ SERRA, “Obrigação de indemnização...”, ... cit., p. 13 e ss.; ANTUNES VARELA, *Das obrigações...* cit., I, p. 599 e 907; RUI DE ALARCÃO, *Direito das obrigações...* cit., p. 273 e ss.; ALMEIDA COSTA, «Reflexões sobre a obrigação de indemnizar», ... cit., p. 297 e ss.; PINTO MONTEIRO, *Cláusulas limitativas...* cit., p. 91 e ss.; ID., *Cláusula penal...* cit., p. 29 e ss.; MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações...* cit., I, p. 420 (onde podemos encontrar uma análise das limitações da referida doutrina, em atenção aos danos não patrimoniais, aos danos futuros, aos casos em que a indemnização possa ser fixada em montante inferior aos danos causados, e aos casos em que os danos têm uma natureza continuada).

²⁹¹⁹ Cf., a este ensejo, MARTIN GEBAUER, *Hypothetische Kausalität...* cit., p. 7.

²⁹²⁰ Em sentido crítico, cf. PEREIRA COELHO, *O problema da causa virtual...* cit., p. 195, nota 42. Sustenta o autor que “a frustração de um fim tem de ser suposta, se o direito não quiser renunciar à sua praticabilidade, em toda a diminuição do património. Dizer, pois, que todo o dano envolve a frustração de um fim só pode ser exacto se esta proposição se entender no sentido de que todo o dano envolve objectivamente a frustração de um fim ou de vários fins do lesado. Para o direito, eu sofro um dano se

que fala de dois círculos que se intersectam de modo a, nesse jogo, estabelecerem o ressarcimento²⁹²¹.

Sob este prisma, que aqui não é mais do que apresentado em termos perfunctórios, atento que seja o núcleo central da nossa dissertação, deixa de ter qualquer razão de ser a equação de problemas como a causalidade virtual. Esta surgiria, aos olhos de parte da doutrina, como uma decorrência necessária do cálculo da indemnização com base na teoria da diferença²⁹²². Vai-se mesmo mais longe para

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

²⁹²¹ Cf. WALTER WILBURG, “Zur Lehre von der Vorteilsausgleichung”, *Jehring's Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts*, vol. 81, 1931, p. 51 e ss., aqui p. 128. Cf., ainda, PAULO MOTA PINTO, *Interesse contratual...* cit., p. 810 (que também aflora o problema e recorre às mesmas fontes bibliográficas, falando de uma noção bipartida ou dualista de dano, que cinde um dano direito ou imediato, correspondente ao valor objectivo ou comum, que seria o dano mínimo – *Mindestschaden* – e o dano indirecto ou mediato); ROBERT NEUNER, “Interesse...”, ... cit., p. 290 e ss. NEUNER distingue o dano direito do dano indirecto. O primeiro é avaliado objectivamente, tendo em conta o valor real do bem lesado, e constituiria o patamar mínimo da indemnização. O segundo corresponderia ao interesse, para o qual valeria uma avaliação concreta do dano. A dicotomia não deixa de ser importante, designadamente para saber se a indemnização pode ou não ser inferior ao valor objectivo do bem lesado. Cf. NEUNER, “Interesse...”, ... cit., p. 277 e ss., designadamente tendo em conta uma ideia de sanção e tendo em conta que o valor do bem faria já parte do património do lesado que, mesmo que não tivesse interesse nele, poderia sempre aliená-lo. Numa perspectiva crítica, cf. PEREIRA COELHO, *O problema da causa virtual...* cit., p. 191, nota 36 e 192, nota 37.

²⁹²² Cf. ANTUNES VARELA, *Das obrigações...* cit., I, p. 921. Veja-se, também, PAULO MOTA PINTO, *Interesse contratual...* cit., p. 616 e ss. Tomando como ponto de partida as situações em que, “independentemente do evento lesivo que fundou a responsabilidade do lesante, se teria verificado outro evento lesivo, diverso do primeiro, que teria provocado idêntico ou semelhante prejuízo ao lesante – assim, por exemplo, se se prova que, pouco depois da conduta do lesante que causa a quebra de uma vidraça de um edifício ou um acidente que danificou um automóvel, ambos teriam sido pouco depois completamente destruídos num terramoto ou num incêndio que atingiu o edifício ou a garagem onde a viatura era guardada” (p. 615), o civilista português afirma que, “se, como requer a fórmula da diferença, tal prejuízo hipotético for considerado para apurar a situação patrimonial em que o lesado estaria agora sem o evento que obriga à reparação – isto é, se a causa hipotética for considerada na construção do termo hipotético de comparação, como a hipótese da diferença requer – chegar-se-á à conclusão de que essa situação seria a mesma que aquela em que o lesado se encontra realmente, pelo que não existirá qualquer dano patrimonial a reparar”.

Veja-se, ainda e novamente, PEREIRA COELHO, *O problema da causa virtual...* cit., p. 201.

lembrar que muitos consideram, inclusivamente, que a causalidade virtual relevaria negativamente fruto do critério previsto no artigo 566º CC²⁹²³. Explanando o pensamento de ESSER²⁹²⁴, ANTUNES VARELA torna clara a ideia: “se a reparação do dano houver de fazer-se mediante reconstituição natural, a causa virtual do dano não releva. Se, porém, não houver lugar à reconstituição natural, a causa virtual do dano já releva, porque a indemnização pecuniária se mede pela diferença entre a situação real presente e a situação hipotética actual²⁹²⁵, e na construção ideal desta não pode deixar de tomar-se em linha de conta a causa virtual do dano^{2926 2927 2928}”. Criticamente, o insigne civilista português evidencia que esta solução – assente na forma de reparação do dano – “repugna ao sentimento mais elementar de justiça, na medida em que nela não encontra suficiente repercussão a função sancionatória ou preventiva da indemnização, que abertamente inspira o disposto no artigo 494º Código Civil português. Provindo o dano de facto ilícito doloso, colidiria francamente com o espírito da disciplina da responsabilidade civil a possibilidade de o agente se exonerar da obrigação de

²⁹²³ Veja-se, novamente, embora em tom interrogativo e crítico, ANTUNES VARELA, *Das Obrigações...* cit., I, p. 924 e 927. Cf., ainda, PEDRO ROMANO MARTINEZ, *Direito das Obrigações. Apontamentos*, 2ª ed., AAFDL, Lisboa, 2004, p. 115 e ss.

²⁹²⁴ Nas recentes edições das lições de obrigações do autor, a cisão deixa de ser apresentada. Cf. ESSER/SCHMIDT, *Schuldrecht*, ... cit., I/I, p. 327.

Para uma crítica, cf. HERMANN LANGE/GOTTFRIED SCHIEMANN, *Handbuch des Schuldrechts...* cit., p. 187 e ss.

²⁹²⁵ Note-se que a indemnização visa colocar o lesado na situação em que ele estaria se não se tivesse verificado o evento que obriga à reparação. A formulação do artigo 562º CC não coincide, portanto, com a do artigo 2364º Código de Seabra, que obrigava o lesante a restituir o lesado na situação anterior à lesão (e de satisfazer as perdas e danos que haja causado). Repare-se, contudo, que, segundo o entendimento mais acertado, o artigo 562º do nosso diploma mãe em matéria civilística não estabelece nenhuma regra atinente ao cálculo da indemnização, antes contendo uma afirmação acerca da função genérica do dever de indemnizar. Quanto ao ponto, cf. ANTUNES VARELA, *Das obrigações...* cit., I, p. 878, nota 3; PAULO MOTA PINTO, *Interesse contratual...* cit., p. 643, nota 1843. Para mais desenvolvimentos, v. o que se dirá *infra*.

²⁹²⁶ Cf. ANTUNES VARELA, *Das obrigações...* cit., I, p. 934. Entre nós, sustenta que a relevância negativa da causa virtual é exigida pela teoria da diferença PESSOA JORGE, *Ensaio sobre os pressupostos...* cit., p. 416 e ss.

²⁹²⁷ Cf., a este propósito, a posição de HECK, *Grundriss des Schuldrecht...* cit., p. 48, considerando que a relevância da causalidade virtual é imposta pela teoria da diferença, com excepção dos casos em que ela se traduza na conduta do lesado ou de um terceiro, solidariamente responsável pelo dano.

²⁹²⁸ V., também, LARENZ, “Die Berücksichtigung hypothetischer Schadensursachen bei der Schadensermittlung”, ... cit., p. 490: o autor distingue o dano imediato do dano consequencial, sendo que para os primeiros não deveria ser reconhecida qualquer relevância à causalidade virtual. Como em relação aos segundos a pretensão indemnizatória não surge num único momento, a causa hipotética já seria relevante.

Cf., igualmente, BYDLINSKI, *Probleme der Schadensverursachung...* cit., p. 32 e ss., ALBERCHT ZEUNER, “Zum Problem der überholenden Kausalität”, ... cit., p. 443; DIETER MEDICUS, *Bürgerliches Recht*, ... cit., p. 541.

Para maiores desenvolvimentos e sobre o do lucro cessante, na sua relação com a causa virtual, cf. o que ficou inscrito *supra*.

indemnizar através da causa virtual”^{2929 2930}. Mais acrescenta que a solução dispensada por ESSER não é imposta pelo direito positivo português, já que “a situação a que a lei manda recorrer para o efeito não é a que o lesado teria se não fosse o facto, mas a que ele teria se não existissem danos”²⁹³¹. Com a primeira fórmula, poderiam incluir-se na situação hipotética actual os danos sofridos, sempre que uma causa virtual os devesse ter produzido antes da sentença judicial; a fórmula adoptada, afastando sistematicamente os danos sofridos, impede a relevância da causa virtual”²⁹³². Assertivamente, conclui o autor que “uma vez definidos os danos de que o facto foi causa adequada, esses danos não podem deixar de ser tomados em conta no apuramento da situação hipotética actual, que constitui um dos termos da diferença pela qual se mede o valor da indemnização”^{2933 2934}.

Por maioria de razão, se, na nossa perspectiva, o problema imputacional fica resolvido a montante, a única questão que resta é a de saber qual a situação que existiria se não fossem os danos e essa é oferecida pela consideração do valor objectivo dos bens lesados (utilidades que, em geral e abstracto, o titular do direito subjectivo dele pode retirar). Comparada com a situação actual, oferece-nos o montante do dano indemnizável. No fundo, o problema aqui não atende à imputação, mas à determinação do dano²⁹³⁵. E para tanto não podem ser convocados critérios exclusivamente logicistas.

²⁹²⁹ Cf. ANTUNES VARELA, *Das obrigações...* cit., I, p. 934/935.

Veja-se, ainda, a posição de VAZ SERRA, “Obrigação de indemnização...”, ... cit., p. 124.

²⁹³⁰ Cf., uma vez mais, BRANDÃO PROENÇA, *A conduta do lesado...* cit., p. 436 e ss.

²⁹³¹ Isto mostra-nos claramente que a intencionalidade do artigo 566º CC não se prende com a delimitação dos danos indemnizáveis, mas com a questão do cálculo da indemnização. E, portanto, a questão imputacional pode ficar, mesmo por expressa indicação legal, solucionada a montante.

²⁹³² Cf. ANTUNES VARELA, *Das obrigações...* cit., I, p. 935.

Cf., a este propósito, PEDRO ROMANO MARTINEZ, *Direito das obrigações, Apontamentos...* cit., p. 115 e ss., sustentando a tese da irrelevância da causa virtual, mas entendendo que a mesma não decorre da falta de causalidade, nem na teoria da diferença, já que esta, a apontar em algum sentido, seria no da sua relevância.

²⁹³³ Cf. ANTUNES VARELA, *Das obrigações...* cit., I, p. 935. O problema da eventual relevância da causa hipotética ter-se-ia, portanto, de colocar no plano da extensão do dano. Assim, PEREIRA COELHO, *O problema da causa virtual...* cit., p. 175; LARENZ, “Die Berücksichtigung hypothetischer Schadensursachen bei der Schadensermittlung”, ... cit., p. 487 e ss., aqui p. 490; ID., *Lehrbuch...* cit., I, p. 523 e ss.; HERMANN LANGE/GOTTFRIED SCHIEMANN, *Handbuch des Schuldrechts...* cit., p. 184 e ss.

²⁹³⁴ Cf., porém, a posição de MOMMSEN, defensor da teoria da diferença, para quem a causa virtual relevaria, que coloca o problema não em termos de limitação da própria causalidade, e não no plano da extensão do dano a indemnizar (*apud* PAULO MOTA PINTO, *Interesse contratual...* cit., p. 627, nota 1802).

²⁹³⁵ Afirmamos, por isso, a autonomia da determinação da indemnização relativamente ao problema imputacional, numa perspectiva que não é, contudo, a de autores como HELMUT COING, “Interesseberechnung und unmittelbarer Schaden”, *Süddeutsche JuristenZeitung*, 1950, p. 866 e ss., para quem essa autonomia era devida ao facto de a extensão do dano resultar não só da causalidade do facto, como também do próprio impacto que, atento o interesse do lesado, tal facto tinha no património global da vítima.

Cf., ainda, a este propósito, PAULO MOTA PINTO, *Interesse contratual...* cit., p. 639 e ss., considerando que a dicotomia entre a problemática da causalidade virtual como uma questão de causalidade ou como

Repare-se que vamos mais longe do que aquilo que era afirmado tradicionalmente. Na verdade, se, recuando-se no tempo, se pode vislumbrar uma tendência na doutrina no sentido da não relevância da causalidade hipotética para efeitos do cálculo do dano a indemnizar, na medida em que, uma vez solucionado o problema da causalidade, dar-se-ia por resolvida aquela questão (já que se deveria ressarcir o dano até onde a causalidade do facto se estenda)^{2936 2937 2938}, a nossa perspectiva é outra. O

uma questão de avaliação do dano suscita inúmeras questões. Segundo o autor, “a primeira é logo a de apurar de que nexos de causalidade se está a falar, consoante os relata que une – isto pelo menos se for de admitir, como parece, a cisão do nexos de causalidade entre, por um lado, a causalidade fundamentadora da responsabilidade, a ligar a acção ao evento lesivo (...), e, por outro lado, uma causalidade preenchedora da responsabilidade, a ligar o evento lesivo aos danos ou prejuízos (...). A doutrina afirma que a causa virtual não destrói a relação de causalidade entre o facto e o dano, e parece com isto não se estar a referir ao nexos de causalidade que fundamenta a responsabilidade. Mas o ponto não é claro, não só porque muitas vezes a referida cisão do nexos de causalidade não é aprofundada, como porque se afirma que para a relação de causalidade o que releva é o dano real”. Em segundo lugar, “não pode ignorar-se que a própria determinação da extensão do dano a indemnizar é ainda um resultado da causalidade, tendo de se aplicar o critério da causalidade ou imputação adoptado para determinar essa extensão”.

Numa perspectiva crítica da posição do autor, cf. PEREIRA COELHO, *O problema da causa virtual...* cit., p. 201 e ss.

²⁹³⁶ Cf. PEREIRA COELHO, *O problema da causa virtual...* cit., p. 186. Veja-se, ainda, do autor p. 202: afirma aí o insigne civilista que a fórmula da diferença implica um problema de causalidade – “a situação hipotética constrói-se, a partir da situação real, descobrindo tudo aquilo que aconteceu ou não aconteceu por causa do facto”. Mas isto não quer dizer, na opinião do autor, que a extensão do dano a indemnizar dependa só da causalidade efectiva: “depois de apurada a causalidade efectiva entre o facto e os danos reais”, teremos de ver “que evolução é que o património do lesado teria sofrido se não fosse o facto”. Por isso, sustenta, como já referimos anteriormente, que “a relevância da causa virtual é exigida pelo conceito de dano como diferença no património quando mesmo a verificação hipotética do dano seja posterior à verificação efectiva do dano real”. O que não impõe, lógico-necessariamente, que se dê relevância negativa à causa virtual, pois, como prontamente esclarece, “tudo depende do momento em referência ao qual se julgue dever fazer-se o cômputo do dano a indemnizar” (p. 203). Acrescenta, por isso, que “não podendo este momento ser, obviamente, um momento anterior ao da própria verificação do dano real, é desde logo irrecusável (quando se aceite o conceito de dano como diferença entre a situação real e a situação hipotética do património do lesado) a relevância da causa hipotética que teria operado o efeito danoso até este momento”. Já no que concerne à causa virtual que só teria gerado o dano posteriormente, “a sua relevância só decorre como uma consequência lógica daquele conceito se, na verdade, o momento decisivo para o cálculo da diferença não for o próprio momento da verificação do dano real, mas for um momento posterior: for um momento posterior ao da verificação hipotética do dano” (p. 203).

É, aliás, a partir deste ponto de vista que LARENZ se mostra céptico na aceitação da relevância negativa da causa virtual, na medida em que a pretensão ressarcitória já tinha surgido, e com um determinado montante, antes da verificação do evento hipotético (*Lehrbuch...* cit., I, p. 524).

Segundo PEREIRA COELHO, se a diferença a averiguar é a diferença entre a situação real e a situação hipotética actual do património do lesado, então isto implica que “têm relevo, no cálculo do dano a indemnizar, os factos sucessivos à verificação do dano real, pelo que a atendibilidade da causa hipotética não é afinal mais difícil de justificar quando a verificação hipotética do dano é posterior do que nos casos em que é anterior ou contemporânea da verificação real do dano” (p. 203).

Importa referir que em consonância com o disposto no nosso direito positivo e em harmonia com os ensinamentos de PEREIRA COELHO, não negamos que o momento relevante para o cômputo do dano é o último momento processualmente possível. Não seguimos é o posicionamento do autor na parte em que, partindo desta ideia e articulando-a com uma dada perspectiva da doutrina da diferença, sustenta a relevância, nesta sede, da causalidade virtual. Sublinhe-se, contudo, o cuidado da construção dogmática do insigne civilista que, neste ponto, cinde claramente o problema da causalidade do problema da extensão do dano a indemnizar. Encarado sob o prisma da causalidade, dever-se-ia perguntar “se a causa hipotética é capaz de ter influência sobre o *quantum* da indemnização: pois a obrigação de indemnizar do autor do facto, faltando o nexos de causalidade, cai logo pela base nesta medida”. Para o autor, o problema

que aqui afirmamos, em consonância com o modelo imputacional que tentámos erigir, é que, uma vez respondido o problema imputacional²⁹³⁹, será com base nas possibilidades

de causalidade que aqui se coloca não pode ser senão, como já vimos anteriormente, o problema da relação de condicionalidade entre o facto constitutivo de responsabilidade e o dano real verificado (trata-se de saber se a causa real pode ser julgada *conditio sine qua non* do dano verificado, apesar da causa hipotética – cf. p. 171). É de realçar que um dos termos postos em relação é o dano real e não o dano patrimonial – “se o problema da causalidade se pusesse nestes termos, então é claro que a sua solução seria simples em todos os casos em que uma causa hipotética teria produzido igualmente o dano. Se se pergunta se a diminuição do património do lesado se teria igualmente verificado, nestes casos, se não fosse o facto, é claro que tem de responder-se sempre que ela se teria verificado, mesmo sem o facto, da mesma maneira” – p. 173. “Nem pode dizer-se que aquela pergunta, devendo fazer-se no próprio momento em que o dano se verifica, só pede esta resposta quando a causa hipotética produziria o dano antes ou ao mesmo tempo que a causa real, mas já não quando ela só o produziria depois desta causa. Raciocinar assim, efectivamente, é fazer apelo ao conceito de dano real, pensar o dano como uma determinada realidade que se verifica em certo momento, mas se se põe de lado este conceito e se pensa o dano como uma abstracta diferença no património, o momento em que o dano se verifica não é o momento da verificação do dano real mas o próprio momento em que se calcula a diferença patrimonial que deve ser o último momento possível. Ora, se se pergunta, neste momento, se a diminuição do património do lesado se teria igualmente verificado mesmo sem o facto, tem de responder-se, evidentemente, que sim, negando-se a causalidade entre o facto e o dano em todos os casos de intervenção de uma causa hipotética” – p. 174. Equacionado assim o problema, diz-nos PEREIRA COELHO que “basta uma constatação elementar para vermos que a relação de condicionalidade entre o facto e o dano não pode ser negada, desde logo, quando, como na maioria dos casos, a causa hipotética só actuará depois da verificação real do dano. Nestes casos, efectivamente, a subsistência de uma tal relação apesar da causa hipotética resulta simplesmente da ideia de que o momento decisivo para a averiguação do nexos de causalidade (condicionalidade) entre o facto e o dano é, obviamente, o próprio momento em que o dano (real) se verifica” (p. 175). Quando a causa hipotética teria causado o dano em momento anterior ou no mesmo momento em que o dano efectivamente se verificou por força da causa real, não é exacto afirmar que a causalidade de facto deve ter-se por negada. É que, segundo PEREIRA COELHO, “na relação de condicionalidade, ao contrário do que acontece na relação de adequação, o efeito a ter em conta é o efeito concretamente verificado e não um efeito abstracto ou genérico” (p. 176).

No que tange à extensão do dano a indemnizar, o problema há-de ser, contudo, objecto de ulteriores considerações. Na verdade, ainda em referência ao Código de Seabra, importa olhar para as normas que expressamente prevêem hipóteses de relevância da causalidade virtual. Sendo a solução nelas consagrada explicada não por uma ideia de reparação, mas por uma ideia de sanção, será esta que justifica a manutenção da obrigação de indemnizar em casos de verificação de uma causa hipotética. Limitado pelas hipóteses legais, PEREIRA COELHO sustenta a irrelevância negativa da causa virtual, com excepção das normas que lhe dêem expresso relevo e, por extensão analógica destas, das hipóteses de *casus mixtus* e responsabilidade objectiva (contrariando esta solução relativa à responsabilidade objectiva, cf. ANTUNES VARELA, *Das obrigações...* cit., I, p. 933 e ss.; ALMEIDA COSTA, *Direito das obrigações...* cit., p. 781). Tal solução seria, à luz do entendimento do autor, uma excepção à própria teoria da diferença.

²⁹³⁷ Para outras considerações acerca do problema da causalidade virtual, cf., uma vez mais, na doutrina pátria, apontando a tese da sua irrelevância negativa, com base em diversos argumentos, cf. ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações...* cit., p. 768 e ss.; MENEZES CORDEIRO, *Direito das obrigações...* cit., II, p. 418 e ss. (entende o autor que a causalidade virtual mantém inalterado o substracto imputacional); RIBEIRO DE FARIA, *Direito das Obrigações...* cit., p. 477 e ss. e 494 e ss.; GERALDES DE CARVALHO, “A causalidade...”, ...cit., p. 27 e ss.; HENRIQUE SOUSA ANTUNES, *Responsabilidade civil dos obrigados...* cit., p. 271 e ss. (note-se que, como foi sublinhado anteriormente – cf. cap. X –, o autor entende que nem na hipótese do artigo 491º CC se consagra um caso de relevância negativa da causa virtual, estando em causa, antes, uma situação de falta de causalidade).

Para mais desenvolvimentos, cf., *supra*, o que ficou dito sobre o problema. Veja-se, igualmente, o que ficará dito em texto a este propósito.

²⁹³⁸ Cf. TRAEGER, *Der Kausalbegriff...* cit., p. 263 e ss.

²⁹³⁹ Veja-se a este ensejo a posição de VON CAEMMERER, “Das deutsche Schuldrecht und die Rechtsvergleichung”, *Neue Juristische Wochenschrift*, 1956, p. 569 e ss.; ID., “Das Problem der überholenden Kausalität im Schadensersatzrecht”, *Gesammelte Schriften*, Band I, *Rechtsvergleichung und Schuldrecht*, Mohr Siebeck, Freiburg 1962, p. 411 e ss. Para o autor, numa linha da qual nos

abertas pela esfera delimitada por cada direito subjectivo que os danos consequenciais, os segundos danos, se hão-de reconduzir ao concreto direito violado. Só uma vez cumprido este juízo, estaremos em condições de determinar o *quantum* indemnizatório. Ora, nessa recondução do dano consequência ao dano evento – à lesão do direito tutelado *erga omnes* –, estamos desonerados, exactamente porque o *prius* de abordagem da nossa problemática é aquela posição subjectivamente vantajosa. Tal desoneração traduzir-se-á, na prática, quer na irrelevância da causalidade virtual para este efeito, quer na própria prescindibilidade de um juízo de adequação entre o dano e o comportamento do agente (a ser substituído por um juízo de pertinência do dano ao círculo de utilidades disponibilizadas pelo bem preterido).

O que acabámos de afirmar justifica-se em termos dogmáticos pela diferente abordagem da fórmula da diferença, ou melhor, pela sua circunscrição ao núcleo predicativo do direito subjectivo absoluto violado. Na verdade, se o cotejo comparativo implicasse a análise global dos patrimónios actual e hipotético (aquele que existiria se não tivesse havido a lesão), o jurista teria de construir uma situação irreal e, para isso, teria de voltar a lidar com a questão da causalidade²⁹⁴⁰, quer para aferir quais os danos adequados e quais os inadequados, quer para – para quem o sustente – analisar os termos da causalidade virtual e para determinar a sua relevância.

Isto não quer, contudo, dizer que se arredem deste momento do processo judicativo determinados aspectos valorativos, ou seja, não ficamos desonerados de um apurado juízo de avaliação do dano que anda longe de uma mera operação matemática.

Assentemos alguns dados.

Na doutrina desenham-se variadas tendências a propósito da relevância da causalidade hipotética. Desde logo, encontramos um grupo de pensadores que, focado no plano puro da causalidade, defende a sua irrelevância com base no argumento de que a causa virtual deixa intocável a causalidade de facto²⁹⁴¹. Já outros, cindindo aquele

aproximamos mais, o problema da causalidade virtual não se coloca do ponto de vista da causalidade, mas implica uma ponderação ao nível da imputação, sendo por isso um problema normativo.

²⁹⁴⁰ Cf., a este propósito, o testemunho de PEREIRA COELHO, *O problema da causa virtual...* cit., p. 199.

Cf. PAULO MOTA PINTO, *Interesse contratual...* cit., p. 708, nota 2012: “considerações hipotéticas são inevitáveis em qualquer determinação do dano que compara dois estados e reconduz as diferenças entre eles a um certo evento, não só para quem adopta a fórmula da diferença, mas mesmo para quem a rejeita e apenas considera no *damnum emergens* os fluxos patrimoniais reais de sentido negativo (...). Tal problema da causa virtual não resulta “do lapso de tempo que decorre entre o evento lesivo e o momento da avaliação, pois, como mostram os casos de causalidade cumulativa, esse outro estado hipotético pode ser exactamente igual ao estado real, mesmo logo no momento em que este se produziu”.

²⁹⁴¹ Hodiernamente, muitos autores não se ficam pela análise do problema do ponto de vista da causalidade, equacionando-o ao nível da avaliação do dano a indemnizar, sector onde se convoca uma

plano do problema da extensão a indemnizar, vêm advogar a relevância negativa, como decorrência necessária da teoria da diferença²⁹⁴². Não obstante, entre aqueles que perspectivam a questão sob a óptica da obrigação de indemnizar e não à luz dos pressupostos da responsabilidade civil, não se vislumbra consenso. Contra a posição da relevância, manifestam-se muitos outros juristas, estribados em argumentos como o apelo a uma função sancionatória do instituto²⁹⁴³ (que, de outro modo, seria postergada), o melhor desempenho da função compensatória (já que, de outro modo, multiplicar-se-iam os casos em que os danos não obteriam ressarcimento)²⁹⁴⁴. É, aliás, na pressuposição do escopo não puramente ressarcitório que se ouvem vozes no sentido de diferenciar a resposta ao quesito consoante a actuação do lesante tenha sido ou não dolosa²⁹⁴⁵. A não univocidade de soluções fica, também, provada pela presença – de acordo, por exemplo, com a posição maioritária entre nós – de casos excepcionais, relativamente aos quais deveria ser reconhecida a dita relevância negativa da causa virtual. É o que acontece, por exemplo, nas hipóteses previstas nos artigos 491º e ss., 807º, nº2, 1136º, solução que alguns procuram aplicar analogicamente aos casos de

multiplicidade de outros argumentos. No entanto, mesmo quando assim é, reconhece-se que, do prisma da relação de condicionalidade, tudo fica inalterado com a constatação de uma causa hipotética. Cf. PEREIRA COELHO, *O problema da causa virtual...* cit., p. 174; GERALDES DE CARVALHO, “A causalidade...”, ... cit., p. 27 e ss.; ALMEIDA COSTA, *Direito das obrigações...* cit., p. 769; PAULO MOTA PINTO, *Interesse contratual...* cit., p. 621; ANTUNES VARELA, *Das obrigações em geral...* cit., I, p. 927; JORGE FONSECA, “A relevância negativa da causa virtual ou hipotética na responsabilidade civil. Delimitação do problema. Sua incidência no Direito Português”, ... cit., p. 43 e ss. Veja-se, ainda, MENEZES CORDEIRO, *Direito das obrigações...* cit., II, p. 418 e ss.; TRAEGER, *Der Kausalbegriff...* cit., p. 263 e ss.

A este propósito, veja-se, também, a análise que PAULO MOTA PINTO faz da jurisprudência alemã quanto ao ponto – cf. *Interesse contratual...* cit., p. 623 e ss., e notas 1794 e ss. Sublinha o autor que o Tribunal do Reich negava a relevância da causa hipotética com base na ideia de que o nexo causal não pode “ser supervenientemente afectado por um acontecimento posterior, mesmo que ele tivesse conduzido ao mesmo prejuízo”. As únicas excepções seriam encontradas para os casos de perda de rendimentos futuros do lesado, em forma de renda, e para os casos em que existisse “uma predisposição que mesmo sem o evento lesivo por si teria conduzido ao prejuízo”. Mais explica o insigne civilista que no pós segunda guerra, a jurisprudência mostrou mais abertura ao reconhecimento da relevância da causa virtual, não se retirando, ainda hoje, “uma directriz geral de orientação da jurisprudência alemã”, que admite “a relevância de posteriores causas hipotéticas do dano para a indemnização do lucro cessante, a perda de rendimentos ou de vantagens semelhantes” e mantém a mesma posição no tocante às situações de predisposição para o dano.

²⁹⁴² Veja-se a este propósito, novamente, PEDRO ROMANO MARTINEZ, *Direito das obrigações, ...* cit., p. 115; LEMHÖFER, “Die überholende Kausalität...”, ... cit., p. 340; PESSOA JORGE, *Ensaio sobre os pressupostos...* cit., p. 416 e ss.; HECK, *Grundriss des Schuldrecht...* cit., p. 48; VON CAEMMERER, “Das Problem der überholenden Kausalität...”, ... cit., p. 426 e ss.; HERMANN LANGE/GOTTFRIED SCHIEMANN, *Handbuch des Schulrechts...* cit., p. 184 e ss.

²⁹⁴³ Cf. MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações...* cit., I, p. 364 e ss.

²⁹⁴⁴ Cf. MENEZES CORDEIRO, *Direito das obrigações...* cit., II, p. 418 e ss.

²⁹⁴⁵ Cf., novamente, ANTUNES VARELA, *Das obrigações...* cit., I, p. 934/935; VAZ SERRA, “Obrigação de indemnização...”, ... cit., p. 124; HERMANN LANGE, “Zum Problem...”, ... cit., p. 166 e ss.; KNAPPE, *Das Problem der überholenden Kausalität...* cit., p. 99 e ss.

responsabilidade objectiva, sem que se colha, aí e uma vez mais, unanimidade²⁹⁴⁶. Repare-se que alguns autores (como PEREIRA COELHO) encontram na interpretação desses preceitos um sustentáculo importante para a defesa da tese da irrelevância da causa virtual. Do ponto de vista do direito positivo, é também o recurso a uma dada hermenêutica do artigo 566º CC que permite a afirmação da não relevância negativa contra o que seria a decorrência mais simples da teoria da diferença, com base na qual se apura o dano indemnizável²⁹⁴⁷.

Do que ficou dito podemos concluir, no seio da doutrina tradicional^{2948 2949}, que, uma vez dicotomizados os termos da causalidade e da avaliação do dano a indemnizar,

²⁹⁴⁶ Cf. ANTUNES VARELA, *Das obrigações...* cit., I, p. 933 e ss.; ALMEIDA COSTA, *Direito das obrigações...* cit., p. 781; PEREIRA COELHO, *O problema da causa virtual...* cit., p. 174. Sobre os preceitos, v., ainda, HENRIQUE SOUSA ANTUNES, *Responsabilidade civil dos obrigados...* cit., p. 271 e ss.; PEDRO ROMANO MARTINEZ, *Direito das obrigações...* cit., p. 116.

Especificamente sobre os artigos 491º, 492º e 493º CC, veja-se a posição particular de MENEZES CORDEIRO, *Da responsabilidade civil dos administradores...* cit., p. 469. Vide, igualmente, a posição de MENEZES LEITÃO, *Direito das obrigações...* cit., I, p. 364

²⁹⁴⁷ Cf., uma vez mais, ANTUNES VARELA, *Das obrigações...* cit., I, p. 935; JORGE FONSECA, “A relevância negativa...”, ... cit., p. 58. Repare-se que para ANTUNES VARELA, os termos do artigo 566º CC impediriam mesmo a relevância da causa virtual, ao afastarem apenas aos danos sofridos.

²⁹⁴⁸ Outra das conclusões inerentes a tudo o que tem sido dito é a ideia da falta de consenso entre os autores no tratamento do tema. Para outras posições, cf. o que ficou dito *supra* (cap. X) e rememore-se novamente a posição de SCHMIDT, „Rechtsmängelhaftung und überholende Kausalität“, ... cit., p. 125 e ss., cindindo as hipóteses em que a causa virtual é adequada, situação em que relevaria, das hipóteses em que, mostrando-se inadequada, seria irrelevante; NIEDERLÄNDER, „Schadensersatz bei hypothetischen Schadensereignissen“, ... cit., p. 41 e ss.; ID., „Hypothetische Schadensereignisse“, ... cit., p. 617 e ss.; KNAPPE, *Das Problem der überholenden Kausalität...* cit. O autor, entre outros ensinamentos importantes, considera que qualquer proprietário suporta um risco de perecimento da própria coisa que é transferido para o lesante sempre que um terceiro dê causa àquela destruição e possa por isso ser responsabilizado. O primitivo risco transmutar-se-ia, então, para um outro, de índole obrigacional – o risco de não cumprimento da obrigação por parte do devedor constituído –, ao que se alia uma panóplia de outros riscos, que o acompanham no seu dia-a-dia. Considerar relevante a causa virtual implicaria duplicar o risco que impende sobre aquele crédito, voltando a recair sobre o lesado o risco de perecimento hipotético da coisa caso ela não tivesse sido lesada. Cf. o que ficou dito a este propósito e os outros desenvolvimentos acerca da posição do autor. Em sentido convergente com a ideia de duplicação de risco, vide, ainda, TRIMARCHI, *Causalità...* cit., p. 165 e ss. e GUIDO ALPA, *Istituzioni di diritto privato*, 3ª edição, UTET, 2001, p. 1126 e ss.

Cf., porém, PAULO MOTA PINTO, *Interesse contratual...* cit., p. 631 e nota 1811, dando conta das situações em que, no seio da doutrina germânica, se teria alcançado consenso relativamente à irrelevância da causa virtual: casos legalmente previstos de avaliação objectiva ou abstracta do dano; casos em que a causa virtual é posterior ao cumprimento da obrigação de indemnização, que teria eficácia estabilizadora, „não tendo o lesante direito à restituição do que prestou“; casos em que a causa hipotética é um comportamento imputável a um terceiro (pois, caso ela relevasse, o lesado ficaria sem qualquer indemnização). Haveria também consenso, agora no que tange à relevância da causa virtual, em todas as hipóteses em que havia já uma predisposição do lesado para o dano, embora divirjam os termos em que tal predisposição releva – cf. p. 633.

PAULO MOTA PINTO propende para conceder relevância à causa virtual. Aproximando a *compensatio lucri cum damnum* daquele primeiro problema, o autor aduz que essa confluência mostra que, “em certos casos de causas virtuais provenientes de acontecimentos naturais, ou que constituíam riscos normalmente a cargo do lesado, a sua irrelevância, não afectando a obrigação de indemnização do autor do primeiro facto, teria como consequência deixar um verdadeiro lucro ao lesado – um resultado que não só vai além do que é exigido pelo princípio da reparação total como pode limitar injustificadamente o do não enriquecimento do lesado com o facto danoso e a sua indemnização” – cf. *Interesse contratual...* cit., p.

ainda que não se reconheça relevância negativa à causa virtual, a sua problemática é convocada pela própria necessidade de construir a situação hipotética a que somos conduzidos pela fórmula da diferença.

Explica PEREIRA COELHO como se deve conceber, de acordo com a doutrina tradicional na matéria, a situação hipotética. Sustenta a esse propósito que se deve partir da situação real do lesado e, depois, considerar, “dentre todas as circunstâncias efectivamente verificadas que influíram nesta situação desde o momento do facto”, as circunstâncias independentes do facto (“que nem o facto mesmo condicionou”). Mais acrescenta que “devem também considerar-se (...) aquelas circunstâncias que foram consequências inadequadas do facto, pois não é aqui fundada a suposição de que elas não se teriam verificado se o facto não tivesse sido praticado”, já que só é legítima tal

707. O autor ilustra as suas conclusões com base num exemplo (nota 2011): “A colide culposamente com o carro de B, que valia 20000, provocando um prejuízo de 5000; nessa noite, um incêndio destrói inteiramente a garagem de B, incluindo o carro, que valia agora 15000, podendo formular-se como hipóteses: a) que o incêndio foi ateadado por C, que por ele é responsável; b) que o incêndio resultou de causas naturais, não tendo B seguro contra incêndios; c) que o incêndio resultou de causas naturais e a seguradora D, por força de um seguro contra incêndios contratado por B, está obrigada a ressarcir os prejuízos até ao valor de 4000” (...). Se C é responsável pelo incêndio, pensamos que A responde por todos os 5000 correspondentes ao prejuízo que causou, não lhe podendo ser oposta a eventual insolvência de C, nem um eventual limite legal máximo da responsabilidade do autor da causa virtual. Se o incêndio que destruiu ou teria destruído o veículo resultou de causas naturais (...) o primeiro lesante deve poder opor a perda que este sofreria e (...) invocar que uma indemnização paga por ele, A, viria a beneficiar B em relação à situação em que estaria sem o evento, efectivamente atribuindo-lhe um seguro pelos respectivos riscos. Todavia, se, sendo a causa virtual natural, os bens afectados estavam seguro, o primeiro lesante deverá responder apenas até ao valor de 4000, pois nessa medida ele causou realmente ao lesado a perda da prestação do seguro.

PAULO MOTA PINTO, *Interesse contratual...* cit., p. 700 e ss. Considera o autor que o problema da relevância negativa da causa virtual há-de ser resolvido procurando uma conciliação prática entre os princípios da reparação total e do não enriquecimento do lesado. Daí que questione: “será justo que quem, por exemplo, danifica o pára-choques de um automóvel alheio que é pouco depois totalmente destruído por uma catástrofe natural (por exemplo, um incêndio ou um terramoto) continue obrigado a indemnizar o seu proprietário pelo custo da reparação?” E “se o automóvel não foi efectivamente destruído, mas seguramente o teria sido na garagem onde estaria guardado se não tivesse ido para a oficina por causa da reparação do pára-choques?”

Para PAULO MOTA PINTO, os substractos valorativos do problema da relevância negativa da causa virtual e da *compensatio lucri cum damno*, ou desconto de vantagens que o evento lesivo trouxe ao lesado, são idênticos – cf. *Interesse contratual...* cit., p. 701. Mais acrescenta o autor que, “em muitas hipóteses de *compensatio lucri cum damno*, a diferença é apenas um problema de formulação: se a pessoa, ao apagar um incêndio, causa ao proprietário prejuízos superiores aos que o fogo teria causado, tanto pode dizer-se que a consideração destes últimos para diminuir a indemnização resulta da relevância negativa (...) da causa virtual, como de um desconto de vantagens (*compensatio lucri cum damno*) consistentes em ter evitado esses prejuízos (...)” – p. 703/704. Note-se que PAULO MOTA PINTO admite, ainda, que o problema pode ser resolvido com apelo a outras ideias como o concurso de culpas do lesado.

²⁹⁴⁹ Se A não tivesse sido morto pelo comportamento de B, ele teria sido assassinado por C. Nestas hipóteses, há unanimidade na doutrina relativamente à irrelevância da causa virtual, por se entender que, de outro modo, o lesado ficaria em pior situação do que aquela em que estaria se apenas tivesse sido cometido um acto ilícito. De todo o modo, “não haveria qualquer excepção à hipótese da diferença, na medida em que o lesado tivesse podido obter uma indemnização do terceiro, pois o dano da perda da indemnização foi então provocado pela causa real”. Cf. PAULO MOTA PINTO, *Interesse contratual...* cit., p. 698.

conclusão em relação às consequências adequadas do facto (“pelo que só destas circunstâncias deve, pois, abstrair-se”). Mas, por outro lado, “devem acrescentar-se – quando se queira construir a situação hipotética a partir da situação real do lesado – todas as circunstâncias que o facto justamente impediu – quer em si mesmas, na sua própria verificação, quer em determinada forma de actuação, na sua direcção concreta em relação a um certo resultado”. Segundo o jurista pátrio, isto mostra que “toda a hipótese diferencial, para ser correcta, é necessariamente também uma hipótese aditiva e não apenas abstractiva”. Adianta, ainda, PEREIRA COELHO que “dizer tudo isto é mostrar, ao mesmo tempo, como a atendibilidade da causa virtual é logicamente exigida pelo conceito de dano como diferença no património: como a causa virtual deve ser atendida numa justa concepção daquela situação hipotética com que deve ser confrontada na averiguação da diferença a situação real”, ou seja, “a causa virtual será sempre uma daquelas circunstâncias que o juiz deve acrescentar à situação real, ao construir mentalmente, a partir dela, a situação hipotética do património do lesado”²⁹⁵⁰.

Vem isto mostrar que, independentemente da posição de relevância ou irrelevância que se reconheça à causalidade hipotética, sempre se teria de considerar a causa virtual do dano no momento do seu cômputo, já que tal seria reclamado pela própria ideia de diferença entre os patrimónios em que aquela avaliação se consubstanciava.

Ora, o que pensamos ter tornado líquido é que não é imperioso que assim seja. Basta, para o efeito, que, na resolução do problema da extensão do dano a indemnizar, não se olhe para a globalidade do património – actual e hipotético – do lesado, mas para as esferas de utilidades desenhadas em torno do direito subjectivo absoluto. Tornando-se, deste modo, despicienda a convocação do curso causal alternativo hipotético, torna-se, também, não problemática a questão que, só podendo ser solucionada em termos normativos, é, em alguns dos seus desenhos típicos, equacionada a montante. Definidos os termos da imputação, resta-nos esta tarefa avaliativa que está longe de poder ser vista como uma pura operação matemática.

A comparação é agora feita entre o que o direito subjectivo absoluto possibilitaria e o que, de facto, ele possibilita, uma vez lesado. E aqui há um duplo juízo que deve ser levado a cabo. Primeiro, há que saber se a utilidade que o lesado invoca se integra ou não dentro das potencialidades inerentes ao conteúdo do direito preterido; em

²⁹⁵⁰ Cf. PEREIRA COELHO, *O problema da causa virtual...* cit., p. 199 e 201.

segundo lugar, há que estabelecer uma subtracção entre o que o lesado teria, dispendo de tal utilidade, e o que tem agora.

A é proprietário de um automóvel. Pode usá-lo, fruí-lo ou dispor dele livremente²⁹⁵¹. B destrói-o. A ilicitude do seu comportamento é desvelada na violação do direito dotado de eficácia *erga omnes* e vem a significar, então, que B não conformou a sua conduta com o respeito devido à esfera de autonomia alheia, actuando anti-juridicamente. Acresce que B actuou com culpa, tendo, inclusivamente, agido intencionalmente. A esta imputação subjectiva, fundada no carácter culposo do seu comportamento, alia-se uma imputação objectiva, aferida segundo o esquema por nós anteriormente proposto. Mas a imputação não é a imputação do comportamento ilícito a B, porque, bem vistas as coisas, a ilicitude é apenas a marca com que se chancela uma conduta. A imputação de que se cura liga o comportamento tido como ilícito a um resultado, em termos tais que se possa afirmar que este lhe pertence. O resultado é a destruição do automóvel que, em si mesmo, é um dano real, porque traduzido, afinal, na impossibilidade de retirar do bem a utilidade para que o mesmo foi concebido. Essa perda de utilidade refracte-se numa série de pequenas repercussões. Como estabelecer, então, a conexão? Segundo um critério funcional. O direito de propriedade desenha um círculo de interesses que com ele podem ser satisfeitos. Dentro desse círculo encontramos um mais pequeno, homocêntrico, identificando os interesses que, em concreto, aquele proprietário costuma ou quer satisfazer com o seu bem. Deixando de o fazer, sofre um prejuízo. Tendo de os satisfazer por outra via, sofre outro prejuízo. Acresce que o núcleo central agregador das nossas esferas é um ponto determinado, representado pelo objecto do direito que projecta aquelas zonas de utilidade, abstracta e concreta, ao qual é atribuído um determinado valor patrimonial.

Para estabelecer a subtracção comparativa a que se alude, não temos de hipotizar uma qualquer situação, dependente do curso virtual dos acontecimentos, mas antes olhar para o que em concreto o direito potenciaria ao seu titular (fruto da recondução do seu interesse específico ao núcleo de faculdades que compõem o seu conteúdo) e o que ele potencia: a pessoa não consegue satisfazer a necessidade, a pessoa tem de lançar mão de outros mecanismos alternativos para o fazer, tendo com isso despesas, a pessoa tem de reparar o bem objecto do direito, a pessoa deixa de obter uma vantagem que era

²⁹⁵¹ Cf. artigo 1305º CC.

assegurada por aquele direito²⁹⁵². Esta é a situação patrimonial do lesado, que deve ser fixada no último momento processualmente possível. A situação que a vítima teria se

²⁹⁵² Alguns autores preocupam-se em distinguir o lucro cessante das perdas de vantagens resultantes do uso da coisa – nesse sentido, cf. a chamada de atenção de PAULO MOTA PINTO, *Interesse contratual...* cit., p. 1088, nota 3058. Veja-se, a este propósito, a posição de GOMES DA SILVA, *O dever de prestar...* cit., p. 74 e ss., que falava de danos emergentes, de gastos extraordinários, de desaproveitamento de despesas e de lucros cessantes.

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

Para o acompanhamento da distinção operada pelos diversos autores, cf. ANTUNES VARELA, *Das obrigações...* cit., I, p. 599 e ss. (considerando que o dano emergente compreende o prejuízo causado nos bens ou nos direitos já existentes na titularidade do lesado à data da lesão e que o lucro cessante abrange os benefícios que o lesado deixou de obter por causa do facto ilícito, e recusando que o lucro cessante pressuponha já a existência, no momento da lesão, de um direito ao ganho que se frustrou); PEREIRA COELHO, *O problema da causa virtual...* cit., p. 91 e ss., nota 43, e p. 240, nota 19; PESSOA JORGE, *Ensaio...* cit., p. 378 e ss.; RUI DE ALARCÃO, *Direito das obrigações...* cit., p. 229 e ss.; ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações...* cit., p. 546; PAULO MOTA PINTO, *Interesse contratual...* cit., p. 1089 e ss., dando-se preferência a um critério jurídico em detrimento de um critério económico (que levaria “a um alargamento da noção de dano emergente de forma a incluir todas as utilidades futuras e simples expectativas de aquisição”); MENEZES CORDEIRO, *Direito das obrigações...* cit., II, p. 295 e ss.; MENEZES LEITÃO, *Direito das obrigações...* cit., I, p. 345 e ss.; PEDRO ROMANO MARTINEZ, *Direito das obrigações...* cit., p. 102; INOCÊNCIO GALVÃO TELLES, *Direito das Obrigações...* cit., p. 377; RIBEIRO DE FARIA, *Direito das Obrigações...* cit., I, p. 482 e ss.

A questão da indemnizabilidade do lucro cessante não só se mostrou, desde sempre, problemática, como serviu de ponto de apoio para o debate acerca do nexo de causalidade (cf. cap. II). Na verdade, não raro os autores evidenciaram que a regra do ressarcimento de tais danos se mostrava incompatível com o critério da previsibilidade. Houve, ainda, quem, tomando em consideração o sentido com que era assumida a ideia de probabilidade, mostrasse que a incompatibilidade a que se alude se comunicava à própria causalidade adequada. Não deixa de ser, por isso, importante a referência que fazemos a este tipo de danos. Não se confundindo com aquela que nos remete para a existência de danos futuros, traduzem-se nos benefícios que, fruto da titularidade do direito, o sujeito poderia vir a alcançar, e não obteve por causa da lesão. Quer isto dizer que a consideração da sua existência presente (ou futura, desde que previsível, nos termos do artigo 564º, 1 e 2 CC) implica uma construção contrafactual do que poderia existir na esfera do lesado se não tivesse ocorrido o evento lesivo. Tal construção contrafactual faz, como se sabe, apelo a uma ideia de probabilidade, ao curso normal dos acontecimentos, já que a condicionalidade não pode continuar a ser vista em termos absolutamente deterministas. Não obstante, quer isto dizer que, ao considerarmos o problema sob a óptica do dano, vamos aceitar uma ideia condicional que antes tínhamos rejeitado? Não cremos, não só por tudo o que ficou dito, como porque, no plano do direito positivo, o preceito há-de ser interpretado em articulação com o artigo 563º CC, cuja intencionalidade problemática parece afastar uma ideia de necessidade (cf. ponto expositivo subsequente). Mas implicará isto a limitação da indemnização dos lucros cessantes com base numa ideia de probabilidade? Será que por esta via o legislador quis reforçar uma ideia de adequação que, no quadro da causalidade fundamentadora da responsabilidade, quisemos arredar? Se assim for, enfrentar-se-iam, aí, as dificuldades inerentes à delimitação da indemnização com base na causalidade adequada: qual o grau de probabilidade que se exige e qual o índice cognitivo de que se parte? Para quem entenda que o dano consequencial se há-de ligar ao comportamento do agente por meio desse nexo de causalidade, então nada mais restaria do que – a aceitar-se por bom o critério da adequação – considerar que a resposta àquela questão oferecer-nos-ia de imediato o recorte definitório dos lucros cessantes, já que se a perda de benefícios fosse normal e provável aos olhos de um homem médio, colocado na posição do real agente, não haveria outra conclusão que não fosse a de dizer que aquele dano não teria ocorrido se não fosse a lesão. Simplesmente, ao fazê-lo, estamos, no fundo, a correr o mesmo risco que se assume se abrímos as portas à ideia de previsibilidade ainda que aferida segundo um padrão objectivista do *bonus pater familias*. Acresce que a decisão judicativa se torna ambivalente – consoante o que o lesante conheceria, assim se considera ou não que o dano não teria existido na ausência da lesão.

nessa data não existissem danos seria a situação decorrente da plena realização do seu interesse, para o que se deverá atender às circunstâncias concretas detidas pelo titular do direito.

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

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

Simultaneamente, deixa de ser chamada à liça a causalidade adequada. Se A, tendo de ser encaminhado para o hospital por sofrer um ataque cardíaco, se depara com o seu automóvel destruído pelo comportamento doloso de B, vindo a morrer pela falta de transporte, não se pode considerar que, entre os danos computados, se inclui o dano da morte, já que entre as finalidades prosseguidas pela titularidade do direito de propriedade não se integra a salvaguarda da vida²⁹⁵³. Não é a adequação do

Esta não é, contudo, a única possibilidade discursiva: em alternativa, podemos entender que a probabilidade de que se fala é aferida tendo em conta o núcleo de possibilidades aberto pela titularidade do direito subjectivo. Nessa medida, o apelo a uma probabilidade quase certa de que nos falam os juristas deve ser interpretada nesse sentido, não se opondo à proposta por nós avançada ao nível do preenchimento da indemnização.

Pense-se no seguinte exemplo: A é proprietário de um táxi. B destrói o veículo de A que, assim, fica impossibilitado de trabalhar e perde rendimentos. O táxi não está identificado como tal, sendo um mero carro preto. De acordo com o critério da causalidade adequada, é normal e adequado que, da danificação de um veículo automóvel, resulte a incapacidade para trabalhar por parte do lesado? Se, porém, resolvermos o problema imputacional e considerarmos que a danificação do automóvel pertence à esfera de risco/responsabilidade de B, então, a indemnização da frustração de rendimentos não ficará dependente da probabilidade própria da causalidade adequada, mas de uma ideia probabilística que se converte numa ideia de normalidade, de regularidade. Ora, esta deve ser estribada, exactamente, nas utilidades que o bem objecto do direito potenciava, entre as quais está a sua utilização como transporte profissional, sendo, portanto, fonte de rendimentos.

Conexa com esta problemática é a questão de saber se os lucros cessantes só se verificam (ou não) se o lesado, no momento da lesão, for titular de uma expectativa jurídica que lhe permitisse a aquisição de um benefício. Nesse sentido, cf. MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações...* cit. I, p. 346 (mostrando, ainda, que essa probabilidade tem de existir em termos de quase certeza de que a aquisição ocorreria); PESSOA JORGE, *Ensaio...* cit., p. 378 (para que se possa falar de lucro cessante indemnizável, é necessário que, no momento da lesão, houvesse a titularidade de uma situação jurídica que daria lugar a esse ganho); em sentido oposto, cf. ANTUNES VARELA, *Das obrigações...* cit., I, p. 599, nota 2; PEREIRA COELHO, *O problema da causa virtual...* cit., p. 91 e ss., nota 43.

Cf., a propósito das expectativas jurídicas, JOÃO DE OLIVEIRA GERALDES, *Expectativa Jurídica*, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2003 (policopiado).

A propósito dos lucros cessantes no seu diálogo com os problemas tradicionalmente patenteados pela causalidade, cf., ainda, o que ficou impresso na nota 2249, cap. X, relativamente à relevância da causalidade hipotética.

²⁹⁵³ Claro que aqui, havendo a lesão de outro direito absoluto, a vida, poder-se-ia colocar a questão de saber em que medida devia B responder também por esse dano. Mas, tratar-se-ia aí de um problema de imputação, que destrinçámos e de que curámos num primeiro momento.

comportamento para causar um dano daquele tipo que é tida em conta, mas sim o facto de aquele dano não resultar da preterição das utilidades viabilizadas pelo bem objecto do direito de propriedade²⁹⁵⁴.

Se, no entanto, quisermos marcar novamente a diferença, podemos pensar na hipótese de destruição de uma ambulância, em virtude do que C deixa de ser socorrido e vem a falecer. A eventual indemnização devida aos familiares de C não se alicerça na violação do direito de propriedade sobre a ambulância, não tendo como pólo de referência para o seu cálculo aquele direito, mas o direito à vida. O problema que se coloca será, então, o de saber em que medida a morte pode ou não ser imputada ao lesante. Repare-se que, no quadro da doutrina tradicional, o que se questionaria era se era normal e adequado que da danificação do veículo prioritário resultasse a morte de uma pessoa. Sabemos, neste momento do nosso percurso dialógico, que a resposta ficaria dependente da própria descrição dos eventos, tornando-se ambivalente o critério e transformando-se no que outros denunciaram ser uma fórmula vazia. De acordo com o modelo imputacional que tentámos erigir, teríamos de analisar a esfera de risco/responsabilidade do sujeito que resolve cortar as rodas e cotejá-la com a esfera de risco/responsabilidade da entidade prestadora do serviço de transporte de doentes urgentes e do próprio lesado.

Ora, assim sendo, e já no domínio da dita causalidade fundamentadora da responsabilidade, mesmo que seja inequívoca a violação do direito de propriedade – no caso da ambulância –, e mesmo que entre as finalidades do bem objecto do direito esteja o transporte de urgência para o hospital, nunca a morte pode ser reconduzida àquela lesão por se tratar de um direito cuja titularidade pertence a um sujeito diverso, percebendo-se, aqui, com clareza uma das mais-valias da perspectiva que defendemos. A haver responsabilidade, ela repousaria numa autónoma lesão, a do direito à vida.

²⁹⁵⁴ E se A, uma vez destruído o seu automóvel, perder com isso uma importante reunião na qual ia concluir um negócio que, desta feita, se frustrou, o prejuízo eventualmente advindo não pode ser contabilizado para efeitos de cálculo do ressarcimento. Porque, sendo certo que entre as utilidades potenciadas pela propriedade do veículo está a celeridade e tempestividade das deslocações, não se inclui no círculo de utilidades abstractamente desenhado o sucesso empresarial. Dir-se-á, de outro modo, que ele não é instrumento de prossecução daquela finalidade. Há que, contudo, ser cautelosos na afirmação. Na verdade, podemos estar, noutros circunstancialismos de facto, diante de uma situação em que uma determinada actividade profissional se frustra por causa da inutilização de um automóvel. Se o veículo se destinar, especificamente, ao exercício da actividade profissional, entre as utilidades potenciadas pelo objecto do direito encontramos a prossecução dos interesses laborais do titular do direito. Do mesmo modo, se o comportamento do lesante tiver sido doloso – isto é, se com a danificação do automóvel tiver pretendido atrasar A para que este perdesse a possibilidade de concluir o negócio –, poderá haver lugar à indemnização, não porque os danos passem a ser prováveis, tendo em conta o grau de cognição do agente, mas porque ou o direito absoluto violado que se considera é a liberdade de exercício de profissão (que assim é coarctada), ou porque pode ser mobilizada uma outra via de desvelação da ilicitude (v.g. o abuso do direito).

Com isto encontramos uma fundamentação mais consistente para uma resposta que poderia também ser encontrada, embora não com afastamento de toda a ambivalência discursiva, no quadro da causalidade adequada. Pois, traduzindo-se esta num juízo de prognose póstuma colimado na probabilidade, em que medida se poderia dizer que, e já que se deveria ter em conta aquilo que o agente efectivamente conhecia, não é normal e adequado que da inutilização de um veículo resulte a impossibilidade de conclusão do dito negócio?

Pense-se ainda numa situação que chama à colação a responsabilidade médica. A é submetido a uma operação cirúrgica, finda a qual, fruto de complicações que lhe eram próprias, vem a ficar paraplégico. Não se consegue, em concreto, dilucidar a ilicitude do comportamento do médico quando dirigido à sua integridade física. Na verdade, a situação gerada resultou de um processo natural inexorável, não tendo havido qualquer violação das *leges artis*. Verifica-se, porém, que o médico omitiu o esclarecimento devido acerca dos riscos inerentes à intervenção, pelo que se pode considerar que, por via da falta de consentimento que aqui se quer informado, ocorreu uma violação do direito à autodeterminação sobre o próprio corpo. Enquanto direito absoluto que é, este reserva ao seu titular um círculo de utilidade que, embora aqui se afaste claramente de uma dimensão economicamente cunhada, se traduz nos interesses que imediatamente se prosseguem através daquela titularidade. Ao sujeito, cuja dimensão da personalidade é posta em causa, é reservada a possibilidade de decidir se permite qualquer actuação sobre o seu corpo e que tipo de intervenção, assumindo com isso o risco que ela acarrete. Não sendo informado acerca do âmbito e conteúdo da mesma, deixa de ter possibilidade de fundar a sua escolha. Ou seja, em concreto, o défice cognitivo implica que a determinação volitiva ficou arredada. Há violação do direito.

Em todo este percurso, deparamo-nos, portanto, com dois momentos judicativos diversos. Por um lado, lidamos com a questão do preenchimento da responsabilidade, ou, de acordo com a linguagem mais tradicional, com o problema da causalidade

Mas ele não integra entre os interesses por si tutelados unicamente a capacidade de autodeterminação do sujeito, mas outrossim a possibilidade de *gestão* da sua corporeidade (Há mesmo autores que entendem que, uma vez violado o dever de obter o consentimento informado por parte do médico, haveria direito à indemnização por todos os danos sobrevindos, exactamente porque em causa estaria a salvaguarda da possibilidade deste poder, inclusivamente, consultar outro médico). Ao círculo desenhado pelo direito absoluto alia-se, concentricamente, um outro, mais pequeno, que nele se inclui, e que é preenchido pelos interesses que em concreto eram prosseguidos pelo sujeito, ou seja, a dimensão material da vida que através da plenitude da sua integridade física era concretizada. Todos esses danos serão então indemnizáveis. Mas não o seriam do ponto de vista da causalidade adequada porque não se pode considerar normal e adequado que da omissão de informação resulte um dano na integridade física e consequente repercussão patrimonial da perda experimentada. Claro está que se a operação se mostrasse imprescindível para a salvaguarda da saúde do paciente não se apuraria o dano pelo simples motivo que nem sequer era possível falar da violação do direito. Acerca da responsabilidade decorrente de uma operação médica não consentida, cf. o que ficou dito *supra*.

Note-se que o problema poderia ser equacionado do prisma da violação do direito à integridade física. Aí o que se questiona é em que medida a falta da informação devida pode ou não ser entendida como causa da lesão corporal. Várias soluções têm sido avançadas pela doutrina e pela jurisprudência. No quadro da COMMON LAW, tem-se defendido quer um direito à indemnização independentemente da prova dos danos actuais, com base no *tort of battery*, entendido como um *tort per se* (cf., dando nota disso, ANDRÉ DIAS PEREIRA, “Responsabilidade médica e consentimento informado. O ónus da prova e o nexos de causalidade”... cit., p. 23. Para uma crítica da noção de *tort per se*, v. CHRISTIAN VON BAR, *The European Common Law*... cit., loc. cit.), quer a ideia de que a causalidade se pode afirmar quando o lesado venha provar que, na posse das informações omitidas ou deficientemente transmitidas, não teria consentido na intervenção ou tratamento médico, com todas as dificuldades que isso acarreta. Próxima desta solução está aquela que, no âmbito do direito continental, considera que a falta de consentimento deve ser entendida como causa adequada dos danos, o que não impede, contudo, a invocação de um comportamento lícito alternativo. Exige-se, ademais, que a possibilidade de recusa do paciente seja considerada razoável. O recurso à doutrina da perda de chance é, também, como sublinhado anteriormente, um expediente de que se tem lançado mão para fazer face à problemática.

Sobre o ponto, cf., com amplo desenvolvimento, DIETER GIESEN, *International Medical Malpractice Law*... cit., p. 340 e ss.

Creemos que, ao inviabilizar a opção por parte do paciente, o médico chamou a si a esfera de risco que era titulada por aquele, nessa medida se justificando a responsabilidade pelos danos resultantes da lesão do direito à integridade física. Nesse sentido, cf. ANDRÉ DIAS PEREIRA, *O consentimento informado na relação médico-paciente*. ... cit., p. 73. Por isso, compreende-se que a solução seja diversa consoante o tipo de intervenção com que temos de lidar, sendo, então, aceitável a posição de autores como PENNEAU (*La responsabilité du médecin*... cit., p. 34), que distinguem as intervenções imprescindíveis, das intervenções não necessárias. Na verdade, compatibiliza-se isto com a nossa posição – de cotejo de esferas de risco/responsabilidade. É que, se para salvaguarda da saúde de uma pessoa for imprescindível a actuação do médico, a intervenção, ilícita do ponto de vista do direito à autodeterminação sobre o próprio corpo, passa a ser considerada lícita na óptica da integridade física por não haver nexos de imputação entre a lesão verificada na corporeidade e a omissão do profissional de saúde, já que o dano é apenas o resultado dos riscos inerentes à situação de doença em que o paciente se encontrava – a reclamar a intervenção médica – e o comportamento daquele deve ser encarado sob a óptica da diminuição do risco (uma vez que a imprescindibilidade da operação/tratamento/método de diagnóstico implica, exactamente, que a não realização dele acarretaria um agravamento do estado já existente).

Uma última nota para sublinhar que, consoante a opção discursiva encabeçada, isto é, consoante nos centremos na violação do direito à integridade física ou na violação do direito à autodeterminação sobre o próprio corpo, assim será diferente a nossa perspectiva : ou nos preocupamos com a questão imputacional ou nos quedamos na análise dos danos que são indemnizáveis (o preenchimento da causalidade). Só que a imposição de uma obrigação de indemnizar relativamente às consequências da lesão da integridade física implicará sempre o juízo imputacional a que aludimos. Não tendo ele lugar, a demanda não pode estender-se às consequências de um eventual agravamento do estado de saúde do paciente.

preenchedora da responsabilidade. Por outro lado, com o cálculo da indemnização. Embora intimamente ligados, eles podem distinguir-se.

Assim, há que, em primeiro lugar, saber se os prejuízos experimentados – os danos consequenciais que se verificam – podem ou não ser reconduzidos à violação do direito subjectivo absoluto. Cremos que a compreensão deste sob a óptica do interesse, ainda que em termos definitórios se não adira à concepção de IHERING, nos dota de um importante expediente categorial no sentido de cumprir o nosso desiderato²⁹⁵⁵. Há que ser, contudo, cautelosos. Na verdade, não podemos com isto correr o risco de funcionalização do direito, pelo que o juízo a encetar há-de basear-se em duas grandezas: por um lado, olhamos para as faculdades inerentes ao tipo subjectivo em causa; por outro lado, olhamos para o concreto interesse do lesado, para depois concluir se a utilidade perdida se integra ou não no círculo de utilidades potenciadas pelo direito²⁹⁵⁶. Neste jogo comparatístico, pode acontecer que haja, da parte do titular da

²⁹⁵⁵ Quanto ao ponto, veja-se, ainda, STEPHEN PERRY, “Tort Law”, *A companion to philosophy of law and legal theory...* cit., p. 74. O autor dialoga com a teoria de WEINRIB, segundo o qual a justiça comutativa se explicaria com base na concepção de direitos subjectivos herdeira da filosofia kantiana. Aqueles seriam vistos como formas de manifestação da autonomia da vontade, não podendo, por isso, ser submetidos a interferências de terceiros. Para WEINRIB, o direito subjectivo surgiria, pois, como meio de actualização da capacidade do ser humano e não como mecanismo de satisfação de interesses. Ora, PERRY acaba por contestar o entendimento, sustentando que “a loss is compensated precisely because, and to extent that, it constitutes na interference with a particular interest”, concluindo, portanto, que a posição de WEINRIB não logra explicar por que razão é a compensação a sanção regra em matéria delitual.

²⁹⁵⁶ Maiores dificuldades podem, ainda, ser experimentadas quando lidamos com a violação de direitos de personalidade ou, em geral, de direitos de natureza pessoal. Elas resultam dessa reconhecida natureza, de representarem tais direitos aquilo que ORLANDO DE CARVALHO considerou ser uma subjectivação do próprio poder de autodeterminação do ser humano ou, e mergulhando agora no patamar dialógico em que nos temos vindo a enredar, de não possuírem eles um conteúdo de destinação patrimonial perfeitamente desenhado, ainda que apresentem uma refração patrimonial. Mas, ao mesmo tempo que se salva o critério, não podemos deixar de ser induzidos a outro tipo de esclarecimentos. Que valem por referência a qualquer direito e que se galvanizam no cotejo com os direitos de personalidade. Na verdade, há que lembrar o que ficou dito no início deste capítulo. Não se esgotam os direitos subjectivos – quer absolutos, quer relativos – nesta nota de utilidade. Há uma dimensão axiológica fundamentante que é inapagável. Inultrapassável no que tange aos direitos de natureza pessoal, não fosse o seu reconhecimento pelo ordenamento jurídico determinado pela dignidade do ser humano; inolvidável ainda no que concerne aos direitos matricialmente patrimoniais, fruto do alicerce que ostentam. Por isso, é natural que da sua lesão resultem consequências que não se esgotam na repercussão negativa da não satisfação do interesse que lhe subjaz. Ultrapassando-as em muito, há toda uma panóplia de danos que, não tendo tradução monetária, se produzem. Falamos dos danos não patrimoniais, aqueles que, não sendo susceptíveis, pela sua natureza, de reparação, podem ainda ser compensados. Não se aplicando a estes danos a chamada teoria da diferença, ou fórmula da diferença, não podemos deixar de perceber que a ligação entre a titularidade do direito e a dignidade da pessoa humana em nome da qual ela é reconhecida ou atribuída nos permite estabelecer, não por via da utilidade, mas por via da dimensão valorativa da componente jus-subjectiva, a ligação entre a violação do direito e o sofrimento, a angústia, o medo, as dores, o padecimento que a pessoa venha a sofrer. Repare-se que a compensação dos danos não patrimoniais é determinada segundo critérios de equidade e que o que aqui estamos a questionar é tão-só o modo de serem reconduzidos ao núcleo de influência do direito absoluto violado. Não pode essa recondução ser estabelecida de acordo com as utilidades do objecto do direito, pelo que haverá de considerar-se que qualquer direito, porque instrumento de realização da personalidade de cada um, quando violado, potencia o aparecimento de danos de tipo não patrimonial. Parte-se, pois, de uma noção de homem médio

para perceber se o impacto que se invoca é ou não razoável atento aquele padrão ou se é o resultado de uma especial debilidade psicológica da vítima.

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

Mais se refira que a referência à dimensão axiológica – e não meramente utilitarista – do direito subjectivo é incontornável. E, adequadamente compreendida, permitirá uma resposta fundada para alguns dos problemas que hodiernamente têm ocupado os juristas, dentro das fronteiras da responsabilidade civil. Na verdade, falamos da questão dos *wrongful births* ou *wrongful lifes* ou, na tradução portuguesa, da *vida enquanto dano*.

O traçado comum das questões discutidas sob esta égide pode, sucintamente, ser descrito com apelo à pretensão indemnizatória baseada num nascimento que ocorre por os pais não terem decidido abortar, apesar de o filho sofrer de mal formações congénitas que comprometem aquilo que, no entendimento comum, é uma vida normal e digna de ser vivida. Sobre o ponto, com amplas referências bibliográficas, cf. o que ficou dito *supra* (cap. XVIII). A simplicidade enunciativa não deixa, contudo, de esconder uma profusão de hipóteses práticas cuja diversa estrutura não pode ser escamoteada, posto que condicionante das soluções normativas que se almejam.

Assim, tentando traçar, ainda que perfunctória e não exaustivamente, uma taxonomia orientadora do discurso, pensamos em alguns exemplo padrão: 1) os pais, não tendo sido alertados, por negligência do médico, para a mal formação do embrião, não tiveram oportunidade de decidir se abortariam ou não a criança por nascer e hoje pretendem reagir contra o clínico, distinguindo-se a hipótese da existência ou não de uma relação contratual firmada entre as parte; 2) o filho, inconformado com a sua situação, pretende reagir contra o médico, fundando a sua demanda nos mesmos dados enunciados no número anterior; 3) o filho pretende reagir contra os próprios pais que não optaram pelo seu não nascimento.

Várias são as dúvidas concitadas no plano dogmático por estes *Tatbestände* factuais, a que se alia um sentimento de repulsa pela ideia de indignidade de vidas vividas. Em todos os escritos citados e, independentemente das posições finais assumidas, são claras as dificuldades com que os autores se debatem.

De um lado, a desvelação da ilicitude. Do outro a conformação do próprio dano. A mediá-las, a sempre premente problemática causal.

Neste momento da nossa dissertação, estamos já em condições de olhar para ela de um prisma normativo por nós encabeçado. Não cuidaremos, portanto, do nexa causal no sentido tradicional da adequação, no âmbito do qual idênticas perplexidades se suscitariam, porque a deficiência física em que aqueles se baseiam para demandar o clínico não é consequência adequada e normal da omissão de informação do médico acerca das condições do feto.

Efectivamente, é a própria ideia de ilicitude que parece não ser desvelável em concreto. Se a pretensão se dirigir do filho contra os pais, teríamos que aventar a possibilidade de invocação de um direito à não existência, que, tal como o próprio, inexistente em concreto. Ele radica, aliás, numa insuperável antinomia normativa. Se o direito subjectivo é pensado enquanto categoria dogmática que bebe as suas raízes na personalidade, é paradoxal forjar um direito que ponha em causa a própria pessoa. Ademais, ele contrariaria toda a eticidade que informa a juridicidade, posto que, ao ser exercitável, implicaria a conversão do aborto num dever por parte dos pais.

Mas também os pais não titulam nenhum direito invocável na situação concreta. Não se nega a liberdade de autodeterminação da maternidade, enquanto dimensão do direito à autodeterminação e, em geral, do direito de personalidade, mas também não se pode esquecer qual o momento exacto do seu exercício efectivo – o momento da prática de uma relação sexual consentida, esgotando-se aí. Pelo que, contra o que podia resultar do traçado actual da lei que entre nós veio alargar as condições de não punibilidade do aborto, inexistente um direito que o tenha por objecto enquanto dimensão daquela autodeterminação, quedando-se o artigo do C. Penal num elenco de situações em que o direito penal se retrai. Esta é, aliás, a única solução defensável em nome da unidade do sistema jurídico. Admitir que a mãe tem um direito a abortar contrariaria a extensão da tutela aquiliana ao embrião, isto é, à pessoa numa fase anterior ao seu nascimento. [Para uma análise do problema em face do artigo 66º CC, cf. CAPELO DE SOUSA, *O direito geral de personalidade*, ... cit., p. 619 e ss. e *Teoria Geral do Direito Civil*, cit., p. 268 e ss., que, a partir

posição jus-subjectiva vantajosa, um interesse específico que ultrapasse a comum utilização que se faz do bem. Desde que não extrapole as faculdades inerentes ao conteúdo do direito, a não realização do interesse não pode deixar de ser vista como um

da distinção entre a personalidade jurídica e a personalidade humana, considera ser esta protegida mesmo na fase embrionária e fetal; e CARNEIRO DA FRADA, “A vida humana como dano”, ... cit., no mesmo sentido, embora com outra fundamentação, ao falar de lacuna de regulamentação a ser preenchida com recurso a um imperativo de protecção no tráfico jurídico, à natureza das coisas e ao valor do ser humano perante o Direito. Quanto ao ponto, veja-se, ainda, DIOGO COSTA GONÇALVES, “Pessoa e ontologia...”, ... cit., p. 152 e nota 62. Considerando que o homem é pessoa só pelo facto de o ser, salienta que “[é] esta a primeira e principal razão que um jurista deve invocar para não ceder ante os *gradualismos personalistas* que, invocando uma pretensa diferenciação ontológica no homem, pretendem retirar consequências jurídicas diversas. De facto, e isto é importantíssimo para o Direito, não é possível afirmar momentos ontológicos diversos na realidade humana que fundamentem valorações jurídicas distintas. A realidade humana, sejam quais forem as suas perfeições actuais, é sempre ontologicamente a mesma (...).” A afirmação transcrita não só obsta à procedência de qualquer pretensão indemnizatória ancorada na invocação do direito à não existência, como permite colher um importante argumento no sentido da não existência de um direito ao aborto num ordenamento jurídico que o queira verdadeiramente ser. Veja-se, ainda, OLIVEIRA ASCENSÃO, “O início da vida”, *Estudos de Direito da Bioética*, vol. 2, Almedina, Coimbra, 2008, p. 26-27].

Por outro lado, olhando já não para o dano evento, mas para o dano consequência, dir-se-á que ele inexistente igualmente. A integridade física tomada como ponto de referência de determinação do *quantum indemnizatório* sempre foi aquela, não sofrendo uma diminuição considerável por virtude de uma qualquer acção humana. E a vida, em si mesma, não pode ser vista como um desvalor. Tal afigurar-se-ia inconsonante com a axiologia determinante de toda a juridicidade, conflituaria com a inviolabilidade que se lhe reconhece – e que em termos civilísticos se representa pela nulidade da disposição sobre esse bem jurídico – e legitimaria um eventual suicídio a pedido, contra a proibição penalista do comportamento, pela possibilidade fáctica de reconstituição natural. CARNEIRO DA FRADA, pertinentemente, faz notar a antinomia valorativa a que uma solução favorável a uma demanda em sede de uma *wrongful birth action* poderia fazer chegar: como considerar que a vida pode ser um dano e negar a morte como forma de reparação? [Cf. CARNEIRO DA FRADA, “A vida própria como um dano”, ... cit. Do autor, veja-se, ainda, “A vida própria como dano. Perspectivas civis e constitucionais de uma questão-limite”, *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 68, vol. I, 2008 (http://www.oa.pt/Conteudos/Artigos/detalhe_artigo.aspx?idc=30777&idsc=71981&ida=72382); e ID., “A protecção juscivil da vida pré-natal – sobre o estatuto jurídico do embrião”, *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 70, vol. I/IV, 2010 (http://www.oa.pt/Conteudos/Artigos/detalhe_artigo.aspx?idc=30777&idsc=112472&ida=112751)]

Quer isto dizer que não só a utilidade a que se faz referência há-de ser entendida em concreto, como ela não apaga o referente axiológico sempre presente no quadro de um juízo normativamente conformado. No fundo, o que aqui fizemos foi intervir como correctivo de pretensas soluções mecânicas e logicistas a intencionalidade predicativa da juridicidade, intuída nos princípios normativos. A depor no sentido da não imputação e, bem assim e previamente, da inexistência dos direitos invocados.

Repare-se que, contra o que podia ser pensável, denota-se aqui a mais-valia da perspectiva que encabeçamos.

Uma última nota para sublinhar que as reflexões expendidas são úteis na compreensão de um outro dado sistémico que tem sido objecto de confusão aparente no tratamento que se lhe dirige. Na verdade, opom-nos terminantemente a respostas de tipo positivo na matéria. Mas não nos opoemos, se assim se justificar em face das condições do agregado familiar, a uma solução de tipo securitário que ampare a vida do filho deficiente nascido. É que aqui, ao contrário dali, não há necessidade de cancelar uma conduta humana como desvaliosa, sequer de discernir um dano. Aqui, ao contrário dali, o montante patrimonial atribuído ou atribuível não pretende apagar uma vida tida por indigna mas a garantir, face à debilidade, uma real igualdade de oportunidades na vida societária e, ademais, o desenvolvimento da própria vida e da personalidade que lhe está subjacente. O sinal mais de um lado; o sinal menos do outro. O primeiro axiologicamente valioso, eticamente meritório, embora assente numa relação que transcende a bipolaridade da estrutura civilística. A distinguir, então, uma perspectiva jurisprudencialista de base axiológica e uma perspectiva consequencialista enquanto formas de racionalidade. Cf., no mesmo sentido, e novamente, CARNEIRO DA FRADA, “A vida própria como um dano”, ... cit., bem como a demais bibliografia citada.

dano reconduzível ao evento lesivo. No fundo, o que se pretende dizer é que a ponderação probabilística típica do critério da adequação cede lugar a um juízo funcional de pertinência à esfera de influência do direito.

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

Tradicionalmente, distingue-se uma avaliação do dano em concreto e a avaliação em abstracto, cisão que diz respeito ao dano patrimonial, diverso do dano real, aquele que verdadeiramente interessava ao apuramento do nexos causal. O que aqui queremos dizer é, sem nos imiscuirmos nesse binómio a que aludimos *supra*, que a própria determinação da existência do dano deve fazer apelo ao impacto que a preterição de uma utilidade tem na esfera do lesado. Ou seja, não basta saber se o dano se integra, ou não, na esfera de potencialidades abertas pela titularidade do direito, havendo de aferir qual a efectiva utilização que o lesado lhe tinha destinado. É esta intersecção de interesses – objectivamente considerado e subjectivamente titulado – que nos oferecerá os contornos do dano indemnizável.

Isto pressupõe resolvido o problema imputacional²⁹⁵⁷. E prescinde da ponderação da condicionalidade, bem como de eventuais causas hipotéticas²⁹⁵⁸. Mas não obsta a que outras ponderações sejam levadas a cabo, designadamente aquelas que se prendem com a aplicação do concurso de culpas do lesado e do regime da *compensatio lucri cum damno*²⁹⁵⁹.

²⁹⁵⁷ Repare-se que lidamos aqui, exclusivamente, com a responsabilidade baseada na primeira modalidade de ilicitude delitual. Se estivermos diante da preterição de normas legais de protecção de interesses alheios – identificada com a segunda modalidade de ilicitude – a determinação do dano indemnizável pode fazer-se, dependendo da estrutura da norma, paredes meias com a questão imputacional, exactamente por ser o dano experimentado que se reconduz à violação normativa. Sobre o ponto, veja-se o que ficou dito *supra*.

²⁹⁵⁸ Tal não obsta, contudo, a que questões como a predisposição do lesado para o dano não sejam tidas em consideração. Na verdade, cremos que o problema agora chamado à liça pode ser analisado sob um duplo olhar. A par da questão imputacional que envolve, resolvida a montante, lida-se com a valoração do dano que pode implicar a consideração do menor valor de um determinado bem ou da menor aptidão dele para a satisfação de determinadas necessidades.

²⁹⁵⁹ Sobre o problema da *compensatio lucri cum damno*, cf., *inter alia*, ANTUNES VARELA, *Das obrigações...* cit., I, p. 910, nota 2, e 937 e ss.; MENEZES CORDEIRO, *Direito das obrigações...* cit., II, p. 407 e ss.; ALMEIDA COSTA, *Direito das obrigações...* cit., p. 778 e ss.; FISCHER, *A reparação dos danos*

O que assim fica dito requer algumas explicações, sobretudo pela consciência de que alguns autores reclamam para este último problema um substracto em tudo análogo à causalidade virtual²⁹⁶⁰. Note-se, ainda e preliminarmente, que o encadeamento discursivo não implica, sem mais, a adesão a uma visão que reconduza exclusivamente o problema da *compensatio lucri cum damno* (ou compensação de vantagens) à ideia de avaliação concreta do dano²⁹⁶¹. De facto, muitas são as perspectivas de abordagem do fenómeno para podermos, mais ou menos aporematicamente, dar por assumida a sua índole e intencionalidade^{2962 2963}.

no direito civil, ... cit., p. 192 e ss.; MARIA DA NAZARETH LOBATO GUIMARÃES, “Compensação de lucros com danos (Compensatio lucri cum damno)”, *Revista de Direito e Estudos Sociais*, 1946/1947, p. 79 e ss.; VAZ SERRA, “Obrigação de indemnização...”, ... cit., p. 183 e ss.; PAULO MOTA PINTO, *Interesse contratual...* cit., p. 710 e ss.; PEREIRA COELHO, *O problema da causa virtual...* cit., p. 150 e ss.; GOMES DA SILVA, *O dever de prestar...* cit., p. 121 e ss.; J. GONZÁLEZ, *Responsabilidade civil...* cit., p. 34; MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações...* cit., I, p. 421; WILBURG, “Zur Lehre von der Vorteilsausgleichung”, ... cit., p. 51 e ss.; ESSER, «Zur Entwicklung der Lehre von der Vorteilsausgleichung», *Monatschrift für deutsches Recht*, 1957, p. 522 e ss.; PIER GIUSEPPE MONATERI, «Gli usi e la ratio della dottrina della compensatio lucri cum damno. È possibile trovarne un senso?», *Quadrimestre*, 1990, p. 377 e ss.; CANTZLER, “Die Vorteilsausgleichung beim Schadensersatzanspruch”, *Archiv für die civilistische Praxis*, 156, 1957, p. 29-59; GRUNSKY, “Hypothetische Kausalität und Vorteilsausgleichung”, ... cit., p. 469 e ss.; HERMANN LANGE, “Die Vorteilsausgleichung”, *Juristische Schulung*, 1978, p. 649 e ss.; DEUTSCH, *Allgemeines Haftungsrecht...* cit., p. 534 e ss.; LARENZ, *Lehrbuch...* cit., I, p. 530 e ss.; BRÜGGEMEIER, *Haftungsrecht...* cit., p. 556 e ss.; HERMANN LANGE/GOTTFRIED SCHIEMANN, *Handbuch des Schuldrechts...* cit., p. 486 e ss.; HART/HONORÉ, *Causation...* cit., p. 160 e ss.; MASSIMILIANA BATTAGLIESE, „La detratazione dei vantaggi in fattispecie di danno: compensatio lucri cum damno“, www.judicium.it. V., ainda, JOHN GOLDBERG, “Comment: rethinking injury...”, ... cit., falando de *annulling harms*

²⁹⁶⁰ Nesse sentido, cf. PAULO MOTA PINTO, *Interesse contratual...* cit., p. 701; em sentido crítico, v. CANTZLER, “Die Vorteilsausgleichung beim Schadensersatzanspruch”, ... cit., p. 29-59; BRÜGGEMEIER, *Haftungsrecht...* cit., p. 558.

Veja-se, igualmente, GRUNSKY, “Hypothetische Kausalität und Vorteilsausgleichung”, ... cit., p. 469 e ss.

²⁹⁶¹ Cf. HERMANN LANGE/GOTTFRIED SCHIEMANN, *Handbuch...* cit. 498, embora os autores afirmem contundentemente que o problema da *c.l.c.d.* deve ser entendido em termos valorativos, não se esgotando numa mera aplicação da teoria da diferença. V., no mesmo sentido, PAULO MOTA PINTO, *Interesse contratual...* p. 727, afirmando que “não é sustentável resolver o problema da compensação de vantagens pro mera remissão para a diferença patrimonial”.

A este propósito, cf., ainda, MENEZES CORDEIRO, *Direito das obrigações...* cit., II, p. 407 e ss. (para o autor, o dano seria, fruto da verificação dos ganhos, menor do que à primeira vista parecia). Note-se, ainda, que a inexistência de uma disposição legal relativa ao problema da compensação de vantagens no nosso Código Civil se explica historicamente pela ideia de que a questão se resolveria, à partida, pela mobilização das regras referentes ao cálculo do dano. Cf. VAZ SERRA, *Direito das obrigações – Anteprojecto (parte resumida)*, *Boletim do Ministério da Justiça*, vol. 98, 1960, p. 13-128; vol. 99, 1960, p. 27-265; vol.100, 1960, p. 17-159; vol. 101, 1960, p. 15-161., p. 134 e nota 275. Dando conta disso mesmo, cf. PAULO MOTA PINTO, *Interesse contratual...* cit., p. 713 e ss., considerando que a *c.l.c.d.* se tem fundado “nas regras gerais de avaliação do dano (designadamente, nos artigos 562º, 564º, nº1, 566º, nº2) como corolário da concepção do dano como diferença” e que existem “alguns afloramentos daquela [disciplina] no nosso Código Civil, como nos artigos 803º, nº2 (...) e 894º, nº2 (...)”.

²⁹⁶² Para além do que ficou dito, cf. PAULO MOTA PINTO, *Interesse contratual...* cit., p. 702 e ss. *Vide*, igualmente, nota 2054, dando conta da tendência de aproximação da *c.l.c.d.* do enriquecimento sem causa, e nota 2058, referindo-se à posição de STOLL, que liga a *Vorteilsausgleichung* ao *commodum* de representação.

²⁹⁶³ Considerando os pressupostos da compensação de vantagens, PAULO MOTA PINTO, *Interesse contratual...* cit., p. 765 e ss., ensina que “a realização da compensação ou desconto da vantagem tem de corresponder à finalidade dessa vantagem e à função da indemnização. Saber se é assim é, porém, algo

Interessante a este propósito é também pensar que a aceitação da *compensatio lucri cum damno* não nos leva, insofismavelmente, a aderir a uma ideia de adequação rejeitada até então. Na verdade, mesmo autores que aceitam a doutrina da causalidade adequada como critério de imputação de danos não se mostram unânimes na sua transposição para o problema da compensação de vantagens. Questiona-se, na verdade, quais os termos da conexão que se exige entre o evento lesivo e o ganho que o lesado obteve. Na doutrina, as respostas dos autores não se têm mostrado coincidentes. Enquanto alguns exigem um verdadeiro nexo de causalidade, que afaste as meras coincidências fortuitas²⁹⁶⁴, outros negam tal exigência²⁹⁶⁵, falando, em alternativa, de uma conexão intrínseca e essencial.

que não é possível apenas com o balanço global das situações patrimoniais, e antes tem de ser avaliado para cada elemento do dano. A compensação de vantagens apenas pode realizar-se ponto por ponto, e não pelo confronto de grandezas patrimoniais globalmente consideradas, pois só assim se pode dar conta da exigência, para a realização da compensação de vantagens, de que o benefício em causa corresponda, pelo seu tipo, a determinado prejuízo, isto é, que seja congruente com este, estando ligado numa *unidade de contabilização com o prejuízo*". Outro pressuposto elencado pelo autor é o da "*identidade subjectiva do lesado e do beneficiado*, sendo em regra de excluir a compensação com vantagens de terceiro (cf., porém, HERMANN LANGE/GOTTFRIED SCHIEMANN, *Handbuch des Schuldrechts...* cit., p. 500, considerando o problema da vantagem ter sido adquirida por uma pessoa próxima, como por exemplo um filho e colocando a hipótese de ser compensada com a indemnização, também citado pelo civilista português – cf. nota 2133).

Problemático é, ainda, saber se o dano e a vantagem têm de resultar do mesmo facto. Cf. PEREIRA COELHO, *Obrigações. Sumários...* cit., p. 180

²⁹⁶⁴ Cf. MARIA NAZARETH LOBATO GUIMARÃES exigia a causalidade adequada – cf. "Compensação de lucros...", ... cit., p. 85; PEREIRA COELHO, *Obrigações, sumários...* cit., p. 180, exigindo que o ganho resulte do mesmo facto e que seja uma consequência adequada; ID., *O problema da causa virtual...* cit., p. 153 e ss.; PAULO MOTA PINTO, *Interesse contratual...* cit., p. 772 e ss., mas admitindo que o resultado possa ser corrigido pelo recurso ao fim da norma; CESARE SALVI, *Il danno extracontrattuale...* cit., p. 43, nota 1, onde o autor explicita que o instituto da *compensatio*, inspirado na ideia de que do ressarcimento não pode sobrevir nenhum ganho para o lesado, se torna operante mediante as regras que disciplinam a causalidade jurídica.

²⁹⁶⁵ Cf. ANTUNES VARELA, *Das obrigações...* cit., I, p. 938, nota 2, que fala de uma conexão intrínseca ou substancial que justificaria, em última instância, que a vantagem aproveitasse ao lesante e não ao lesado. O autor começa por considerar que tem de existir, entre o facto danoso e a vantagem obtida pelo lesado, um verdadeiro nexo de causalidade e não uma simples coincidência accidental, fortuita ou casual, mas admite, em nota, que "nada repugna aceitar (...) que não seja essencial à *compensatio* uma relação de causalidade adequada entre o facto e a vantagem, uma vez que a adequação exerce em relação à responsabilidade uma função selectiva que não tem inteiro cabimento quanto às condições de redução da indemnização"; VAZ SERRA, "Obrigações de indemnização...", ... cit., p. 190 e ss.; HERMANN LANGE/GOTTFRIED SCHIEMANN, *Handbuch des Schuldrechts...* cit., p. 493 e ss.; CANTZLER, "Die Vorteilsausgleichung...", ... cit., p. 45, explicando que o critério da adequação não seria sequer apropriado para resolver o problema, até porque isso implicaria que o lesante deveria poder prever os benefícios do seu comportamento lesivo, o que, em última instância, seria contrário ao ideal preventivo, argumento que não seria, no entanto, totalmente procedente para quem olhe para a causalidade adequada do ponto de vista da pura probabilidade; LARENZ, *Lehrbuch...* cit., I, p. 531, falando de um nexo intrínseco e incindível entre a vantagem e o dano.

Cf., ainda, MASSIMILIANA BATTAGLIESE, „La detrazione dei vantaggi in fattispecie di danno: *compensatio lucri cum damno*“... cit., que distingue as vantagens externas e as vantagens internas à área do ilícito.

Em termos analíticos, são três os grupos de casos aptos a, em abstracto, assimilar a relevância problemática do regime da compensação de vantagens²⁹⁶⁶: vantagens directas (aquelas que ocorrem sem que haja a intervenção do lesado ou de um terceiro); benefícios resultantes da conduta do lesado; vantagens decorrentes do comportamento de um terceiro.

Entre as primeiras, contam-se, de acordo com o testemunho de PAULO MOTA PINTO, as situações próximas aos casos de recuperação ou diminuição do lucro cessante²⁹⁶⁷; os casos de “golpe de sorte”²⁹⁶⁸; casos em que o evento lesivo evita a diminuição patrimonial²⁹⁶⁹; vantagens fiscais.

No que a algumas respeita, pondera-se se estaremos diante de verdadeiras hipóteses de *compensatio lucri cum damno* ou se elas não relevam de forma autónoma relativamente ao simples cálculo indemnizatório. Com efeito, é intenso o debate em torno de situações como aquela em que A é lesado na sua integridade física, ficando internado durante dois meses numa unidade hospitalar, período durante o qual poupa nas despesas de sustento²⁹⁷⁰, bem como daquelas em que se verifica uma recuperação do

²⁹⁶⁶ A sistematização é colhida em PAULO MOTA PINTO, *Interesse contratual...* cit., p. 775 e ss. Podemos, ainda, encontrá-la em DEUTSCH, *Allgemeines Haftungsrecht...* cit., p. 537 e ss., autor em quem o civilista português também se inspira.

²⁹⁶⁷ Cf. PAULO MOTA PINTO, *Interesse contratual...* cit., p. 775 e ss., apresentando, entre outras, como exemplo a seguinte situação: “a empresa A sofre sérios prejuízos por não lhe terem sido fornecidas as matérias-primas com que tinha de acabar um bem que comercializa, mas acaba por gerar lucros com o aumento das vendas de outro bem também produzido por si”. V., ainda, p. 732 e nota 2077.

²⁹⁶⁸ Cf. PAULO MOTA PINTO, *op. cit., loc. cit.* Cf., também, HERMANN LANGE/GOTTFRIED SCHIEMANN, *Handbuch des Schuldrechts...* cit., p. 510, falando de uma esfera de sorte ao lado da esfera de risco geral da vida. Também PAULO MOTA PINTO faz referência ao critério: tal como o lesado deve suportar o risco geral da vida, assim também a “genérica boa fortuna deve beneficiá-lo”.

Veja-se, ainda, JOHN GOLDBERG, “Comment: rethinking injury...”, ... cit., p. 29. Um condutor negligente causa um acidente quando transporta B, que fica, em virtude disso, com uma perna partida. Tal impediu que apanhasse o avião, que se viria a despenhar. Será que o condutor vai ver a sua responsabilidade excluída por ter evitado, ainda que de modo fortuito, a morte do passageiro?

Invoca-se o princípio da simetria: do mesmo modo que um agente não deve ser responsabilizado pelos danos causados fortuitamente também não deve ver a sua responsabilidade excluída pelos benefícios gerados de modo análogo.

²⁹⁶⁹ Isto é, previne perdas, o lesado poupa despesas em que teria incorrido se não fosse o evento lesivo.

Cf. PAULO MOTA PINTO, *Interesse contratual...* cit., p. 780 e ss.

²⁹⁷⁰ Cf. HERMANN LANGE/GOTTFRIED SCHIEMANN, *Handbuch des Schuldrechts...* cit., p. 487. Veja-se, novamente, PAULO MOTA PINTO, *Interesse contratual...* cit., p. 780 e ss. Mais delicadas parecem ser, a este ensejo, as situações em que despesas com alimentos ou com o sustento de familiares (exemplo: vantagem no desaparecimento do dever de sustento do cônjuge, pela sua morte, a imputar na renda devida pelo lesado pelo dano da falta de quem conduza a vida doméstica). Como PAULO MOTA PINTO (p. 780) salienta, trata-se, neste último ponto, de hipóteses controvertidas, “não só porque pode ser uma vantagem apenas eventual, como por ter subjacente uma visão como que transaccional da relação familiar, em que o sustento de um membro é como uma contraprestação”. Tenha-se, igualmente, em atenção o problema da existência de restos da coisa (como, por exemplo, os destroços de um objecto gravemente danificado que podem ser vendidos, diminuindo-se, assim, o dano), que PAULO MOTA PINTO (*Interesse contratual negativo...* cit., p. 729) e FISCHER (*A reparação...* cit., p. 197), contrariamente a PESSOA JORGE

lucro perdido, v.g., nas situações em que a pessoa perde a possibilidade de trabalhar durante um tempo e depois faz horas extraordinárias para conseguir compensar²⁹⁷¹. Trata-se, aí, de uma vantagem enquadrável no segundo grupo anunciado, ou seja, decorrente da actividade do próprio lesado, que, como ensina tradicionalmente a doutrina, deve ser analisada à luz da disciplina do concurso de culpas do lesado²⁹⁷².

Em relação a todas elas, tem-se entendido, embora de forma não unânime, que só se pode falar de *compensatio lucri cum damno* em sentido próprio se a vantagem for autónoma²⁹⁷³. Isto quer dizer que ou o que existe é uma pluralidade de fenómenos, ou, em alternativa, o jurista não haverá de fazer mais do que atender à conformação do dano em concreto. Ao falarmos de vantagens que devem manter com o evento lesivo uma conexão estreita estamos a pensar nas externalidades positivas que o comportamento do agente gerou. Se ela ainda se puder reconduzir à esfera de utilidades do bem objecto do direito subjectivo absoluto, então a nossa conclusão é que não haverá independência das figuras e a compensação de vantagens mais não é do que um momento inerente à avaliação do dano. Se, pelo contrário, a utilização ou não daquele bem, por si só, não se

(*Ensaio... cit.*, p. 416) e MENEZES CORDEIRO (*Direito das obrigações... cit.*, II, p. 136), não consideram como verdadeiros casos de compensação de vantagens.

Para um confronto com outras hipóteses, cf., igualmente, PAULO MOTA PINTO, *Interesse contratual... cit.*, p. 753/754, onde se pondera a questão da substituição do velho pelo novo (o lesado não pode ou não lhe é exigível que aceite ser indemnizado pela entrega de uma coisa idêntica à danificada, e fica, por isso, beneficiado com uma outra, mais recente ou em melhor estado, que lhe é entregue ou que pode comprar com o montante que lhe é entregue), que PAULO MOTA PINTO distingue da *c.l.c.d.* por se tratar ali de “benefícios resultantes da (forma ou montante) da reparação efectuada ou a efectuar, que não podem ser prevenidos, (...) sob pena de não se reparar totalmente o prejuízo ao lesado”.

²⁹⁷¹ V. para uma ponderação destes casos, PAULO MOTA PINTO, *Interesse contratual... cit.*, p. 732 e nota 2077

²⁹⁷² Entre nós a lição é antiga – cf., *inter alia*, ANTUNES VARELA, *Das obrigações... cit.*, I, p. 938. Recentemente, PAULO MOTA PINTO, *Interesse contratual... cit.*, p. 782, retomou-a: “estas vantagens (...) são de aferir segundo o ónus que sobre ele impende de não agravamento (...) dos danos, nos termos do artigo 570º CC. A este propósito estabelece-se, embora não unanimemente, a distinção entre as vantagens que resultam do cumprimento do dever de mitigar o dano (que devem ser compensadas com os danos) e aquelas que decorrem de um esforço que supera aquilo a que o lesado estava obrigado (que devem beneficiar a vítima. Note-se que enquanto os custos das primeiras devem ser suportadas pelo lesante, neste caso os custos ficam exclusivamente a cargo do lesado). Explica o autor que “a compensação de vantagens resultantes da conduta do lesado está, pois, sujeita a um critério específico, prevalecente sobre a adequação ou a probabilidade da vantagem, que resulta dos ónus que impendem sobre o lesado de não contribuir para a produção ou agravamento dos danos” (p. 784). Mais adianta que “este critério aplica-se não só às vantagens resultantes de actividades apenas do lesado, como às resultantes de negócios celebrados pelo lesado com terceiros – designadamente, benefícios derivados de negócios de suprimento ou de cobertura do não cumprimento pelo inadimplente”. Haverá que determinar se a celebração de tal contrato de cobertura era ou não possível e se era ou não exigível.

²⁹⁷³ E em causa está aqui, para PAULO MOTA PINTO, *Interesse contratual... cit.*, p. 733, a separação entre a unidade e a pluralidade de fenómenos juridicamente relevantes. Admite, contudo, o autor que a diferença não acarreta consequências práticas gigantescas, antes relevando, sobretudo, em matéria de distribuição do ónus da prova.

mostrar apta a explicar a emergência do benefício, então lidaremos com uma autónoma questão.

Em qualquer dos casos, não é um juízo de tipo lógico e causalista que nos oferece a solução do problema com que nos vemos confrontados. Ao invés, nos múltiplos exemplos, percebemos que são valorações de outra índole que encaminham o jurista para a solução tida por justa²⁹⁷⁴. O apelo a uma ideia de exigibilidade – por mobilização da disciplina do artigo 570º CC – ou a ponderação do beneficiário da vantagem atribuída são espelho fiel disso, ao que se alia a preocupação eticamente conformada com os valores que, ora com a solução negativa, ora com a solução positiva, possam ser postos em causa²⁹⁷⁵.

²⁹⁷⁴ Pense-se, ainda, nos benefícios resultantes da actuação de um terceiro. O critério mais comum de aferição da viabilidade ou não da compensação de vantagens neste quadro é o da intencionalidade com que a prestação do terceiro foi realizada. Ela foi ou não realizada em benefício do lesado ou para exonerar o lesante? Cf. ANTUNES VARELA, *Das obrigações...* cit., I, p. 938; MARIA NAZARETH LOBATO GUIMARÃES, “A compensação...”, ... cit., p. 97 e ss.; HERMANN LANGE/GOTTFRIED SCHIEMANN, *Handbuch des Schuldrechts...* cit., p. 519; LARENZ, *Lehrbuch...* cit. I, p. 534

Veja-se, também, WILBURG, “Zur Lehre von der Vorteilsausgleichung”,... cit., p. 55, considerando que no caso de haver uma deslocação do dano para uma esfera diferente da do lesado, em virtude de uma prestação efectuada por um terceiro (exemplo, uma doação ou o prémio de um seguro), não deve ser permitida a compensação de vantagens.

Sublinhe-se, contudo, que o dano pode ser apagado exactamente por outra via, isto é, pela cobertura de um prémio de seguro. Nessa medida, não se poderia falar de um prejuízo a ser ressarcido, excepto se aquela transferência do risco implicar um agravamento da apólice, determinando, assim, a permanência do dano.

Cf., ainda, a este propósito, PAULO MOTA PINTO, *Interesse contratual...* cit., p. 786, apresentando um elenco de possíveis critérios que visam dar resposta à questão de saber se há ou não lugar à compensação de vantagens: „distinção entre benefícios obtidos por sorte e vantagens obtidas com esforço“: se a vantagem é alcançada por sorte, então deveria haver lugar à c.l.c.d.; se resultou de um esforço do lesado ou de terceiros, „ela deveria pertencer a quem investiu para ele tempo, dinheiro e esforço“; distinção consoante o tipo de dano; princípio da estática das vantagens e perdas restantes.

Sobre o ponto, veja-se, ainda, CHRISTIAN VON BAR, *The Common European Law...* cit., p. 428 e ss., salientando que, no que respeita à doutrina da *conditio sine qua non*, ela fica totalmente de fora da problematização da categoria, e oferecendo um importante exemplo colhido em França: no campeonato de futebol de 1998, um polícia ficou seriamente ferido por hooligans e inúmeras doações foram feitas por instituições de solidariedade à sua família. Poderemos, ou não, lançar mão do instituto da *compensatio lucri cum damnum*? Imagine-se, ainda, num outro problema suscitado pelo autor, que A e o irmão têm um acidente, do qual resultam ferimentos para o primeiro e a morte do segundo. Se, passado um tempo, a mãe de A vem a morrer, como o seu irmão já tinha falecido, A herda mais do que herdaria se não tivesse havido o primeiro acidente. Não podemos, não obstante, lançar mão de uma ideia de *compensação de vantagens*.

²⁹⁷⁵ Assim, por exemplo, o debate em torno da possível compensação da poupança de despesas domésticas por morte de um dos membros do agregado familiar.

Relacionado com esta temática, veja-se a questão relativa às prestações de alimentos e, particularmente, PAULO MOTA PINTO, *Interesse contratual...* cit., p. 794 e ss.: A morre; a viúva tem direito a uma indemnização pela perda do direito a ser sustentado; depois casa novamente. Divide-se a doutrina no sentido de saber se o segundo casamento deve ou não relevar para efeitos de aplicação da regra da *c.l.c.d.* Muitos entendem que não existe uma conexão substancial entre o acto ilícito e a vantagem (e que tal se pode perceber claramente se tivermos em conta que a solução altera consoante o casamento tivesse sido ou não celebrado antes do julgamento da acção). Cf., com amplas referências bibliográficas cf. p., 795.

Se em todos os casos a conexão íntinseca, e não meramente fortuita, esporádica ou acidental, entre o dano e o benefício não pode ser obtida por via de uma prognose probabilística, o certo é que, diante de hipóteses em que o problema imputacional ficou resolvido a montante, a complexidade atenua-se. Nas situações em que – como ao nível da responsabilidade contratual a que muitos dos exemplos dos autores fazem apelo – coincidem os dois segmentos imputacionais a que temos vindo a fazer referência, a problematidade agiganta-se. Naquela, do que se trata é, não de resolver essa delicada questão de saber sobre quem deve impender um determinado dano, mas de, tida por segura a autonomia da *compensatio lucri cum damno*²⁹⁷⁶, corrigir algumas soluções, actuando ao nível da indemnização e diminuindo-a.

A correcção a que aqui fazemos referência mostra-se idêntica, não nos pressupostos ou nas consequências, mas na intencionalidade a qualquer outro expediente que funcione nesse domínio. Pense-se, especificamente, no regime do concurso de culpas do lesado e na redução da indemnização por via do artigo 494º CC.

Não cremos, pois, que haja similitude bastante entre os problemas que fomos abordando e a causalidade virtual. Contrariamos, por isso, a posição de Paulo MOTA PINTO, para quem, como sabemos, os substracto valorativos do problema da relevância negativa da causa virtual e da *compensatio lucri cum damno*, ou desconto de vantagens que o evento lesivo trouxe ao lesado, são idênticos²⁹⁷⁷. Para o autor, “em muitas hipóteses de *compensatio lucri cum damno*, a diferença é apenas um problema de formulação: se a pessoa, ao apagar um incêndio, causa ao proprietário prejuízos superiores aos que o fogo teria causado, tanto pode dizer-se que a consideração destes últimos para diminuir a indemnização resulta da relevância negativa (...) da causa virtual, como de um descontar de vantagens (*compensatio lucri cum damno*) consistentes em ter evitado esses prejuízos (...)”²⁹⁷⁸. Só que, em rigor, no exemplo oferecido pelo autor como expediente argumentativo, pensamos não ser possível falar de compensação de vantagens pela ausência de autonomia do benefício relativamente ao evento lesivo. Na verdade, o pretense benefício a que se alude confunde-se com a própria actuação do lesante, a suscitar o problema de uma eventual intervenção lícita do agente e a convocar, como único mecanismo apto a resolver a questão imputacional, o cotejo de esferas de risco/responsabilidade. Concluindo-se pela violação do direito de

²⁹⁷⁶ Nas hipóteses em que esta autonomia não se revela, do que se trata é, afinal, de determinar o dano de acordo com o jogo comparatístico a que fizemos referência.

²⁹⁷⁷ Cf., novamente, PAULO MOTA PINTO, *Interesse contratual...* cit., p. 701

²⁹⁷⁸ PAULO MOTA PINTO, *Interesse contratual...* cit., p. 703/704.

propriedade, pela edificação de um nexo de imputação objectiva entre a conduta do sujeito que resolve apagar o incêndio e a lesão daquele, e integrando-se as utilidades perdidas no círculo de faculdades que compõem o conteúdo do referido direito, então não só aquele que teve a actuação benemérita é responsável, como se obriga ao pagamento dos prejuízos experimentados. No cômputo destes, haverá de ter-se em conta o valor do bem e o impacto que a sua destruição/danificação teve na esfera de interesses da vítima. O efeito destrutivo do incêndio – isto é, a desvalorização da propriedade fruto da ameaça iminente do fogo e da sua verificação – determina um menor valor daquele objecto e, portanto, uma perda de utilidades. Não estamos, aqui, portanto, quer a compensar vantagens com benefícios, quer a ponderar um eventual curso hipotético dos acontecimentos.

A determinação do dano indemnizável com base na esfera de possibilidades aberta pelo direito positivo, ainda que corrigido valorativamente com apelo múltiplas ideias, tem, entre outras, a vantagem de garantir a coerência intrassistemática. De facto, sabemos que a titularidade do direito à indemnização coincide com a titularidade do direito subjectivo violado, sem que, contudo, a doutrina da causalidade adequada – chamada à liça, tradicionalmente, com uma função selectiva dos prejuízos indemnizáveis – consiga explicar cabalmente a limitação²⁹⁷⁹. A viola o direito de propriedade de B sobre o seu automóvel. O filho de B, a quem este dava boleia todos os dias, passa a despende quotidianamente de uma quantia em dinheiro para pagar um táxi

²⁹⁷⁹ A limitação é, normalmente, analisada sob a óptica da ilicitude, levando, no domínio patrimonial, à tematização da categoria dos danos puramente patrimoniais. Ou seja, só há direito à indemnização quando haja violação de um direito subjectivo absoluto e, por isso, obviamente que a titularidade daquele há-de tender a coincidir com a titularidade desta posição jus-subjectiva. Seria, contudo, possível configurar uma situação em que, havendo lesão do direito, os danos se projectariam na esfera de terceiros. Estes danos reflexos, sendo excluídos do montante indemnizatório por diversas ordens de razões (cf. MAFALDA MIRANDA BARBOSA, *Liberdade versus responsabilidade...* cit., p. 221 e ss., para um elenco dos possíveis argumentos contrários à indemnização dos danos puramente patrimoniais), são-no, num outro plano – o dogmático –, não por via da ilicitude se compreendida em termos absolutos (o comportamento é ilícito porque houve violação de um direito subjectivo dotado de eficácia *erga omnes*), mas por via de uma ilicitude entendida em termos relativos (a conduta pode chancelar-se de ilícita porque, de facto, aquela esfera de risco/responsabilidade se concretizou na lesão do direito absoluto e é ilícita em relação ao titular dessa mesma posição de favor). Quer isto dizer que, no plano dogmático, e se nos ativermos a um modelo formalista que olha para a lesão do direito e a qualifica como ilícita independentemente da edificação de um nexo de imputação e independentemente de saber em relação a quem o é, há-de ser outro expediente que não a ilicitude a justificar a operacionalidade do limite. Ora, cremos que não pode ser a causalidade, captada sob a malha de cota da adequação, a fazê-lo. Donde podemos concluir – independentemente do plano da fundamentação que não esquecemos – que o juízo imputacional nos leva a qualificar um comportamento como ilícito, porque ligado à violação do direito, e que, uma vez desvelada essa ilicitude, ela será o ponto charneira a partir do qual se fará a delimitação do dano indemnizável. No fundo, o que pretendemos explicar é que, se o nosso modelo delitual se baseia na violação de direitos absolutos, há-de ser esse ponto fulcral a justificar a solução. Só que ela só se compreende verdadeiramente de acordo com a perspectiva por nós encabeçada e não se olhada de forma puramente formalista.

que antes não tinha de contratar. Sofre, portanto, um prejuízo que é consequência adequada do ilícito perpetrado, sem que aquela teoria seja capaz de explicar a polarização da indemnização devida na pessoa cuja titularidade do direito ancora a pretensão ressarcitória^{2980 2981 2982 2983 2984}.

²⁹⁸⁰ Sobre o ponto, cf. ANTUNES VARELA, *Das obrigações...* cit., I, p. 620 e ss.; VAZ SERRA, “O dever de indemnizar e o interesse de terceiros”, ... cit., p. 103 e ss.; MENEZES LEITÃO, *Direito das obrigações...* cit., I, p. 422 e ss.; ZEUNER, “Schadensbegriff und Ersatz von Vermögensschäden”, ... cit., p. 380 e ss.; Veja-se, ainda, conforme citado no cap. I, AMÉRICO MARCELINO, *Acidentes de viação* ... cit., p. 380; ANTÓNIO ABRANTES GERALDES, “Ressarcibilidade dos danos não patrimoniais de terceiros em caso de lesão corporal”, ... cit., p. 263 e ss., a propósito da questão dos danos morais reflexos. Cf., igualmente, AMAYUELAS, Esther Arroyo I – “Spanish Case note on Hoge Raad, Judgmente of 22 February 2002 – On compensation for psychiatric injury and emotional distress suffered by close relatives”, *European Review of Private Law*, 3/2003, p. 465-471

²⁹⁸¹ Para um elenco das excepções a esta regra, cf. MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações...* cit., I, p. 422 e ss.: a) nos termos do artigo 496º, nº2 e 3, outras pessoas além da vítima podem considerar-se titulares do direito à indemnização por danos não patrimoniais próprios, em caso de morte; b) também em situações em que ocorre a morte de uma pessoa, o artigo 495º/1 estabelece outros titulares do direito à indemnização para além da vítima; c) no caso de morte e de lesão corporal, prevê-se, ainda, o direito à indemnização a favor daqueles que socorrem o lesado, bem como dos estabelecimentos hospitalares, médicos ou outras pessoas ou entidades que tenham contribuído para o tratamento ou assistência da vítima, nos termos do artigo 495º/2; d) titularidade do direito à indemnização por parte dos que podiam exigir alimentos ao lesado ou por parte daqueles a quem o lesado os prestava no cumprimento de uma obrigação natural.

Veja-se, ainda, ANTUNES VARELA, *Das obrigações...* cit., I, p. 622 e ss.

²⁹⁸² Repare-se como, numa outra óptica e por referência a circunstancialismos práticos precisos, está em causa a recusa de uma eficácia externa das obrigações. Assim, no caso em que A agride B, lesando a sua integridade física e gerando incapacidade para trabalhar. A terá de indemnizar B, mas não terá de ressarcir a empresa X, onde B é trabalhador, pelos prejuízos que sofra ao não ter possibilidade de usufruir da capacidade laboral do seu empregado. Dando o mesmo exemplo, embora inserido num outro contexto discursivo, cf. ANTUNES VARELA, *Das obrigações...* cit., I, p. 621.

A propósito da eficácia externa das obrigações, tema relativamente ao qual a unanimidade não é palavra de ordem, algumas considerações. Entre nós defendem a teoria do efeito externo das obrigações FERRER CORREIA, “Da responsabilidade do terceiro que coopera com o devedor na violação de um pacto de preferência”, *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, 98º, p. 355 e ss. (note-se que o autor parece inclinar-se mais para a tutela dos direitos de crédito em sede extracontratual através do expediente do abuso de direito, neste sentido, não se afastando grandemente dos autores que propugnam a inexistência do referido efeito externo, mas admitem que em determinados casos se deve tutelar o credor exactamente por a conduta do terceiro ser atentatória dos bons costumes); DIOGO LEITE CAMPOS, “A responsabilidade do banqueiro pela concessão ou não concessão do crédito”, *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 46, Lisboa, 1986, p. 51; ALBERTO LUÍS, “O problema da responsabilidade civil dos bancos por prejuízos que causem a direitos de crédito”, *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 59, Lisboa, 1999, p. 895 a 914; PESSOA JORGE, *Ensaio...* cit., p. 79; PESSOA VAZ, *Do efeito externo das obrigações (algumas perspectivas da mais recente doutrina portuguesa e alemã)*, ed. policopiada, 1977; KARL NATCHERADETZ, “A responsabilidade civil do terceiro cúmplice”, *Revista Jurídica da Associação Académica da Faculdade de Lisboa*, nº5, 1986, p. 36 a 39 (neste estudo podemos encontrar algumas formas, no plano do direito já constituído, de repor a situação material existente antes da actuação do terceiro. Embora não concordemos com elas, cf. p. 46-47); RITA AMARAL CABRAL, “A tutela delitual do direito de crédito”, ... cit., p. 1025 a 1053.

Em sentido contrário, também na doutrina nacional, veja-se RUI DE ALARCÃO, *Direito das obrigações...* cit., p. 77 e ss., em especial p. 84-85; PEREIRA COELHO, *Obrigações. Sumários...* cit., p. 70; ÁLVARO DIAS, *Dano corporal. Quadro epistemológico e aspectos ressarcitórios*, Almedina, Coimbra, 2001, p. 291; MENEZES CORDEIRO, *Da responsabilidade civil dos administradores...* cit., p. 490 e ss. (o último autor citado revê a sua posição quanto ao ponto, afirmando que não existe uma relação de especialidade entre a responsabilidade contratual e a responsabilidade aquiliana, depois de ter defendido o efeito externo das obrigações. A alteração de posição parece seguir a linha de evolução do pensamento do civilista que altera igualmente a sua visão acerca da querela dualismo/monismo em sede de modalidades de

responsabilidade civil. Note-se, porém, que o autor, ao contrário do que sucede quanto a esta última questão, não se mostra tão explícito quanto a propósito do primeiro problema. Talvez por isso MARGARIDA AZEVEDO DE ALMEIDA afirme que o autor continua fiel à possibilidade de tutela dos direitos de crédito pelo artigo 483º CC – *A responsabilidade civil do banqueiro perante os credores da empresa financiada*, Dissertação de mestrado em ciências jurídico-empresariais, Coimbra 2000. De facto, a diferenciação entre duas modalidades de responsabilidade civil não obsta a que se considere pertinente a teoria do efeito externo das obrigações. As duas temáticas são conexas, mas não se confundem. No entanto, a remissão que MENEZES CORDEIRO faz para o pensamento de MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA e para a crítica que este faz à ideia de relação de especialidade entre o artigo 483º e o artigo 798º CC deixa antever uma crítica à própria ideia de eficácia externa das obrigações); VAZ SERRA, “Responsabilidade de terceiros no não cumprimento das obrigações”, ... cit., p. 345-360; ID., “Anotação ao acórdão de 17 de Junho de 1969”, ... cit., p. 458 a 463; CARNEIRO DA FRADA, *Contrato*...cit., p. 162; ID. *Teoria da confiança*...cit., p. 238 e ss.; MARGARIDA AZEVEDO DE ALMEIDA, *A responsabilidade*...cit., p. 107-108; MANUEL DE ANDRADE, *Teoria Geral das Obrigações*, ... cit., p. 51-53; ANTUNES VARELA, *Das obrigações*...cit., I, p. 175 e ss.; ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações*...cit., p. 71 e ss; SINDE MONTEIRO, *Responsabilidade por conselhos*...cit., p. 185-188, 194, 523.

Para outros desenvolvimentos, e para o acompanhamento da problemática no quadro da doutrina estrangeira, cf. MAFALDA MIRANDA BARBOSA, *Liberdade versus responsabilidade*... cit., p.

²⁹⁸³ Sobre a tentativa de resolução dos problemas com que a causalidade é chamada a lidar sob a óptima da limitação do círculo de pessoas que têm direito a uma indemnização, cf. ANDRÉ TUNC, « Les récents développements des droits anglais et américain... », ... cit., p. 25. Referindo-se à *Common Law*, dá conta de uma tendência aí denotada para cumprir um desiderato limitador da obrigação ressarcitória. A restrição não resultaria já propriamente de um enfoque causal, mas outrossim da consideração de que “la faute ne serait telle qu’à l’égard d’une personne ou d’un nombre déterminé des personnes, parce qu’un devoir de diligence et de prudence n’existerait qu’à leur égard”.

Questionando a bondade da impositação no que tange à substituição de uma teoria da causalidade, TUNC acaba por considerar que a lição, tal como vem exposta, se reporta a um momento anterior ao dessa mesma causalidade. A partir do momento em que se desvela a *faute*, o problema central passa a ser o da delimitação das consequências que o responsável por ela deve suportar.

No fundo, se pudermos interpretar o que o autor nos comunica diremos que o jurista francês, reportando-se ao estado da questão, à época do seu escrito, nos sistemas anglo-saxónicos, denota a distinção entre dois momentos imputacionalmente relevantes. Um primeiro momento, também por nós autonomizado, atinente à recondução de uma lesão ao comportamento do agente e que vem, afinal, concretizar o conteúdo da nossa ilicitude; um segundo momento, com que agora lidamos, em que se cura de saber quais as consequências a indemnizar.

O que aqui pretendemos, não sincopadamente, salientar é que esse segmento último há-de vir a ser determinado tendo em conta o foco de irradiação a partir do qual todo o instituto da responsabilidade civil gravita.

Continuando a acompanhar a exposição de TUNC, poderemos constatar que a impositação a que fizemos, por meio dele, referência não logra solucionar as dúvidas que temos enfrentado. Pois que, se é certo que limita o círculo de potenciais credores da pretensão indemnizatória, mais não autoriza, não indo ao ponto de, sem hesitações, comunicar qual a causa juridicamente relevante da lesão primária, e nem sequer quais as consequências que, a partir dela, deveremos indemnizar.

Urge, antes de tudo mais, salientar alguns pontos. No que à primeira inquirição apontada por TUNC diz respeito, ela foi por nós tratada a montante, recusando um enfoque causal para a matizarmos com a intencionalidade especificamente jurídica, a apontar para uma ideia de imputação. No que ao ulterior segmento problemático concerne, aquele de que agora curamos, torna-se paradigmática a forma como, embora não explicitamente, a exposição do autor parece apontar no sentido da predicação da solução que se procura no conceito de *faute*, o que, transposto para o nosso ordenamento jurídico, não pode deixar de ser interpretado no sentido da ilicitude.

Simplesmente, o carácter menos conceptualista do direito anglo-saxónico esvazia as certezas que, a partir daquela, nos são comunicadas. Do mesmo modo que o sentido da *faute* não logra extrair do modelo proposto as conclusões a que neste ponto do nosso percurso dialógico pudemos chegar.

Por isso se assiste à perplexidade do autor. Orientando-se pela pergunta « Peut-on supprimer le problème de la causalité ? », TUNC vem considerar que a adopção do prisma das pessoas contra quem a *faute* é cometida para limitar o ressarcimento nos impõe a definição prévia do critério de eleição desse círculo de credores, para o que aponta, como patamar heurístico de solução da questão, a ideia de previsibilidade, ou dito de outro modo, e usando a expressão oferecida pelo autor, da “*prévision raisonnable*”: “les personnes qui peuvent demander réparation sont celles dont on pouvait raisonnablement prévoir qu’elles seraient des

68. A obrigação de indemnização à luz do direito positivo português. O debate em torno do artigo 563º CC

Dispõe o artigo 563º CC, sob a epígrafe *nexo de causalidade*, que “a obrigação de indemnização só existe em relação aos danos que o lesado provavelmente não teria sofrido se não fosse a lesão”.

A partir de uma enunciação aparentemente simples, suscita-se um intenso debate na doutrina nacional, a gerar evidentes clivagens entre os autores. A justificá-las,

victimes possibles si la faute était commise”. Com o que, e tendo em conta o que designa por *irradiation du dommage*, se chega, afinal, a um critério vazio, incapaz de oferecer uma base de sustentação segura para o desiderato limitador almejado (cf. p. 26-27, na última das quais encontramos exemplos paradigmáticos do que se pretende sublinhar). Estendendo o seu raciocínio, TUNC aporta à conclusão que a noção de *personne à l'égard de qui la faute a été commise* cobre a noção de *personne qui a subi un dommage*, pelo que se terá de proceder a uma distinção – injusta, porquanto fictícia – entre as diversas vítimas (cf. p. 28). Ao que acresce, como galvanizador da improcedência do critério, a aliança entre uma dimensão de irradiação imaterial e aquela outra já identificada de irradiação física do dano (p. 28).

Uma explicitação importa, por agora, aduzir. Na verdade, embora não deixe de ser perfunctória a análise de que aqui demos conta, já porque o aprofundamento da mesma reclamaria uma apurada consideração dos restantes critérios predispostos pelos autores acompanhados por TUNC, já porque a mesma só pode ser cabalmente inteligida à luz do sistema em que se insere, sempre relevará – para o que nos interessa – por a nú alguns dados de não pequena monta. Assim, e em primeiro lugar, importa notar que, curiosamente, o mesmo motivo que determina, aos olhos do jurista francófono, a improcedência da doutrina em questão fere de morte a causalidade adequada, sem que os autores verdadeiramente se tenham apercebido do facto. É que se a proposta de CARDOZO deixa sem justificação a eleição das vítimas de um dano, também a adequação não logra cumprir a missão explicativa no que concerne à titularidade da indemnização por parte do já titular do direito. Mais precisamente, a restrição do ressarcimento pelo círculo de incidência daquele colhe a razão de ser, entre nós, no conceito de ilicitude em que se vem a traduzir a lesão da jus-subjectividade absoluta. Só que, se assim é, a um tempo, conseguimos quer encontrar um critério seguro que erradique o carácter aporético da impostação a que fazemos referência, posto esvanecer-se o efeito irradiador no que concerne à identificação dos lesados juridicamente relevantes, quer evidenciar que, no quadro de um sistema como o nosso, conhecedor desse *plus* de sindicância da responsabilidade, a delimitação das consequências a indemnizar deve ser feita tendo em conta o ponto de ancoragem de que se parte. O que, por seu turno, mostra que, ainda que a este segundo momento tenhamos de dar a devida atenção, há uma questão prévia que urge ser solucionada. Aquela mesma questão para a qual, no quadro da *Common Law*, tantas respostas se têm apresentado.

Isto é, e agora de uma forma mais directa, se bem que esquemática. Temos por resolvido, a partir do momento em que nos orientamos pela violação de um direito absoluto, o problema da identificação do titular de uma pretensão indemnizatória, restando-nos um antes e um depois dialógico. Um antes dialógico de redefinição não formalista dessa ilicitude, a clamar por um nexo de imputação objectiva, já por nós tratado. Um depois que cuida das consequências prejudiciais subsequentes, com que agora lidamos. Este tem sido aprisionado pelo magma da adequação probabilística. E se outra virtude não tem a referência que aqui fazemos, ela serve, contudo, para reforçar o que inscrevemos em texto: a improcedência deste critério para justificar a restrição de que se não duvida. Exemplificativamente, se A viola o direito de propriedade de B sobre o seu automóvel, não pode C invocar o aumento de despesa com meios de transporte públicos para fazer face à falta de boleia que B lhe costumava dar. E não obstante é normal e previsível que tal dano pudesse ocorrer (especialmente se A conhecia perfeitamente aquela circunstância, com o que, aliás, novamente resvalamos para a introdução de elementos de contaminação subjectiva no seio de um critério que se pretende acima de tudo objectivo).

²⁹⁸⁴ Note-se que, se A sofre um abalo nervoso ao assistir à morte de um familiar próximo, agredido por B, pode este terceiro ter direito a uma indemnização, mas trata-se aí de um dano na própria pessoa que se poderá, eventualmente, questionar a partir da violação do direito de personalidade de A. Acerca dos casos de choque nervoso, v. o que se disse *supra*.

encontramos a complexidade do problema que o preceito trata e a própria formulação legal com que somos confrontados²⁹⁸⁵.

Desde logo, e atenta que seja a divisão entre uma causalidade fundamentadora e uma causalidade preenchedora da responsabilidade, pergunta-se se – e a ser verdadeira a interpretação proposta pela maioria da doutrina portuguesa – isso imporá ao decidente a “aplicação” da doutrina da causalidade adequada aos dois segmentos problemáticos ou, tão-só, ao segundo, já que a inserção sistemática do artigo nos conduz insofismavelmente para a questão da determinação da obrigação de indemnizar²⁹⁸⁶.

Depois é a própria consagração legal de uma doutrina que não colhe unanimidade. ANTUNES VARELA²⁹⁸⁷ e MENEZES CORDEIRO²⁹⁸⁸ explicam que a teoria da causalidade adequada teria sido consagrada nos trabalhos preparatórios do Código Civil²⁹⁸⁹, mas não explicitamente no corpo normativo em que aqueles, posteriormente, foram vertidos. Assim, e desde que não aderíssemos cegamente a uma interpretação histórica de tipo subjectivista, abrir-se-ia um leque de possibilidades hermenêuticas ao jurista. Tanto mais que aquela interpretação há-de ser vista como um problema prático-normativo e não orientado pela pressuposição de uma racionalidade do primeiro tipo. Talvez por isso, partindo da mesma constatação de base, os autores cheguem a conclusões diversas. Enquanto ANTUNES VARELA – não obstante a introdução de elementos correctores do critério – permanece fiel à teoria; MENEZES CORDEIRO, como, aliás, já tivemos oportunidade de referir, mostra-se muito crítico da mesma.

²⁹⁸⁵ A este propósito, cf. ANTUNES VARELA, *Das obrigações...* cit., I, p. 899 e ss.; ID., “Rasgos Inovadores do Código Civil Português em matéria de responsabilidade civil”, *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, vol. XLVIII, 1972, p. 98; ALMEIDA COSTA, “Reflexões...”, ... cit., p. 291; PESSOA JORGE, *Ensaio...* cit., 410 e ss.; PAULO MOTA PINTO, *Interesse contratual...* cit., p. 641 e nota 1839 e ss.

²⁹⁸⁶ Cf., não enfrentando o problema, mas dando eco, ainda que tímido, dele, Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 11-7-2006 (www.dgsi.pt)

²⁹⁸⁷ ANTUNES VARELA, *Das obrigações...* cit., I, p. 916. Consideram, igualmente, que o artigo 563º CC consagra a doutrina da causalidade adequada, *inter alia*, autores como PEREIRA COELHO, *Obrigações, sumários das lições...* cit., p. 163 e ss.; CALVÃO DA SILVA, *Responsabilidade civil do produtor...* cit., p. 712; RUI DE ALARCÃO, *Direito das obrigações...* cit., p. 280; ALMEIDA COSTA, “Reflexões...”, ... cit., p. 291; PESSOA JORGE, *Ensaio...* cit., p. 412; PAULO MOTA PINTO, *Interesse contratual...* cit., p. 641 e ss.; MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações...* cit. I, p. 343; SINDE MONTEIRO, “Rudimentos...”, ... cit., p. 379; JOSÉ ALBERTO GONZÁLEZ, *Responsabilidade civil...* cit., p. 79; RIBEIRO DE FARIA, *Direito das obrigações...* cit., p. 505 e ss.

Trata-se, pois, notoriamente da posição maioritária entre nós.

²⁹⁸⁸ MENEZES CORDEIRO, *Da responsabilidade dos administradores...* cit., p. 533, nota 225.

²⁹⁸⁹ VAZ SERRA, “Obrigação de indemnização”, ... cit., p. 22, 123, 284. Veja-se, também, PEREIRA COELHO, “O nexo de causalidade... cit.”. As formulações dos dois autores não são, porém, coincidentes. O teor literal do preceito em análise corresponde à proposta de PEREIRA COELHO, tendo VAZ SERRA admitido, como texto alternativo, embora ligeiramente alterado, a formulação do primeiro. Cf. “Direito das obrigações – Anteprojecto (parte resumida)”, *Boletim do Ministério da Justiça*, vol. 100, p. 127, nota 269.

O último autor citado chega mesmo a defender que, “ao contrário do que se entende em decisões jurisdicionais”, o artigo 563º CC “não impõe a causalidade adequada como direito vigente. De resto, nem faria sentido prescrever teorias obrigatórias. O artigo 563º em causa, como compete, aliás, a uma acção legislativa, apenas afasta, como princípio, a causalidade virtual, como fonte de imputação²⁹⁹⁰ (...) e, tão-só, arreda, como regra, a necessidade da absoluta confirmação do decurso causal: não há que provar tal decurso mas, simplesmente, a probabilidade razoável da sua existência”²⁹⁹¹.

²⁹⁹⁰ Em causa, nas palavras de MENEZES CORDEIRO, parece estar mais a questão da relevância positiva da causa virtual: “não se responde, civilmente, por condutas que, embora ilícitas e culposas, não chegaram a provocar danos”.

No cotejo com algumas das questões abordadas na *Common Law*, pense-se a este propósito no problema que co-envolve os chamados *torts actionable per se*. Trata-se, com efeito, de uma categoria autónoma de ilícitos que, no quadro do sistema tipológico ali vigente, não exigem, para se lançar mão da acção, a prova do chamado *actual damage*. Sustenta, por isso, PETER BIRKS, “The concept of civil wrong”, *Philosophical foundations of tort law* (DAVID G. OWEN ed.), Clarendon Press, Oxford, 1996, p. 40-41, que, no que a eles dizem respeito, não há uma conexão entre a ilicitude e o dano. Diferente entendimento apresenta a este ensejo VON BAR (*The Common ... cit.*, p. 6 e p. 14, nota 58). Entende o autor que não há qualquer coerência na tese que defende a admissibilidade da inexistência de um dano no quadro de um instituto jurídico que visa tornar *indemne* o sujeito que sofre um prejuízo. Tratar-se-ia, nessa medida, não da constatação da prescindibilidade daquele mas da consagração de uma presunção de danosidade.

Note-se, porém, em abono do rigor, que BIRKS centra o seu discurso na escarpelização do conceito de *wrong*: Ou seja, o propósito do autor não é perceber a interpenetração entre os diversos requisitos ou pressupostos de uma pretensão indemnizatória, mas o de, focalizando-se exclusivamente no carácter ilícito ou anti-jurídico de um acto – na medida em que o delito é visto, desde o direito romano, como uma das possíveis fontes das obrigações –, trazer a lume a sua anatomia. E essa, com efeito, não contende com a exigência do dano, embora, ao nível do direito civil, pelas finalidades primárias da responsabilidade civil, nele se projecte.

Não há, portanto, uma verdadeira contradição entre o pensamento dos dois juristas, mas um diverso enfoque de abordagem da realidade.

Um último aspecto merece ser sublinhado. BIRKS mostra claramente a cisão entre ilícito e dano. E fá-lo porque matiza o primeiro com a violação de um dever. Ora, ainda que não queiramos entrar na discussão de qual a natureza de tal dever – e sobretudo qual o seu fundamento último –, evidencia-se aqui que, ainda para quem se atenha à protecção de determinados interesses – e por isso se oriente no sentido do desvalor do resultado –, a mesma realidade (e agora voltando ao mundo animado pela concepção iheringiana das modalidades de ilicitude) deve ser percebida segundo diferentes perspectivas. Algo próximo, portanto, ao que aqui trouxemos a lume na nossa exposição.

Saliente-se, ainda, que na apurada preocupação com o balizamento dos contornos dos *civil wrongs*, BIRKS tem a oportunidade de afastar a centralidade do conceito da *conduct* e da *blameworthiness*. No que ao primeiro vector diz respeito, tivemos já oportunidade, *supra*, para explicitar a impossibilidade – em coerência com a materialidade informadora da juridicidade a que apelamos – de conceber a ilicitude apartada de uma conduta efectiva do agente. A voluntariedade do comportamento – seja ele activo, seja ele omissivo – parece ser o requisito mínimo indispensável para a desvelação daquela. Sem que isso nos conduza, *mutatis mutandi*, à assunção dedutiva da ilicitude da conduta como o modelo dogmático de projecção dela em termos de direito já constituído. É que, aí, não se trata de questionar a conexão entre uma conduta e a ilicitude, mas sim a de saber se em termos de imputação a culpa deve ou não ser valorada logo ao nível da imputação objectiva, sem a qual ela não ocorreria em concreto.

²⁹⁹¹ A propósito do artigo 562º CC, cf. ANTUNES VARELA, *Das obrigações...* cit., I, p. 878, nota 3; PAULO MOTA PINTO, *Interesse contratual...* cit., p. 643, nota 1843. Segundo a posição dos autores, o artigo citado também não depõe em matéria de causalidade, estabelecendo, apenas, um princípio geral, nos termos do qual ressalta a finalidade essencialmente compensatória da responsabilidade civil. Nas palavras de ANTUNES VARELA, “visa apenas definir a função genérica do dever de indemnizar”. PAULO MOTA PINTO adianta que o artigo 562º CC remete, ainda, para a primazia da reconstituição natural, “pois esta é

Torna-se, assim, problemática a própria relação entre a causalidade adequada e a doutrina da *conditio sine qua non*. PAULO MOTA PINTO, a este propósito, considera que da formulação do artigo, “ao exigir a conclusão contrafactual (...) no sentido da provável falta de verificação dos danos, não resulta (...) o afastamento da exigência de uma (segura, e não apenas provável) condição *sine qua non* e a consequente possibilidade de resolução do problema da causalidade da causa virtual logo por esta via – até porque o critério da probabilidade não seria adequado para tanto”²⁹⁹².

Com isto, parece ser a própria segurança da consagração da doutrina da causalidade adequada a este nível que é posta em causa. Na verdade, encontramos autores que, ora de forma assertiva, ora em jeito de possibilidade, nos alertam para a viabilidade de, numa dada interpretação da norma, podermos encontrar ali a consagração da doutrina da *conditio sine qua non*²⁹⁹³. Acresce que, atentas as múltiplas explicitações da fórmula da causalidade adequada, emergem novas dificuldades quando ponderados os termos da putativa consagração da doutrina. Ou seja, e de modo mais directo, questiona-se, para quem aceite de forma inequívoca o dado, se o artigo 563º CC adoptaria a formulação negativa ou positiva da teoria probabilística²⁹⁹⁴.

que melhor (ou, mesmo, muitas vezes unicamente) corresponde a reconstituição da situação em que o lesado estaria se não se tivesse verificado o evento que obriga à reparação”. Nas palavras do insigne civilista, há que sublinhar, também, que “deste artigo 562º não resulta (...) qualquer disposição relativa ao critério de causalidade entre o evento lesivo e os danos, nem quanto à exigência de adequação causal (o que é óbvio logo no plano literal, não existindo na disposição qualquer elemento que o inculque), nem quanto à exigência de condicionalidade, nos termos das doutrinas da equivalência das condições ou da *conditio sine qua non* (condição necessária) (...)”.

²⁹⁹² PAULO MOTA PINTO, *Interesse contratual...* cit., p. 641. Mais acrescenta o autor em nota (1839) que “não parece que o legislador tenha querido com tal formulação nem simplesmente consagrar a teoria da *conditio sine qua non*, nem, pelo contrário, afastar a exigência de uma relação de necessidade entre a lesão e os danos, como a que seria claramente exigida se se referisse simplesmente apenas “aos danos que o lesado não teria sofrido se não fosse a lesão – isto é, afastar a exigência de uma absolutamente segura *conditio sine qua non*, prevendo que basta uma condição *sine qua* provavelmente (e não com inteira certeza) *non*, podendo, pois, acontecer que sem se verificar a condição os danos tivessem igualmente ocorrido. Pela limitação à exigência de uma condição necessária, a ser procedente tal interpretação, ela poderia, aliás, ser aproveitada no sentido de se afirmar a irrelevância da causa virtual, nos casos em que a produção de danos pela causa real fosse de todo o modo provável”.

²⁹⁹³ Cf., a este propósito, ANTUNES VARELA, *Das obrigações...* cit., I, p. 899. Veja-se, também, RIBEIRO DE FARIA, *Direito das obrigações...* cit., p. 505, considerando que o teor literal do preceito viabiliza a sua interpretação no sentido do acolhimento da doutrina da *conditio sine qua non*, embora resolvendo o problema hermenêutico no sentido da consagração da causalidade adequada, com fundamento no argumento histórico.

²⁹⁹⁴ Cf., novamente, PAULO MOTA PINTO, *Interesse contratual...* cit., p. 642 e nota 1840. Conclui, também, o autor que não se pode inferir do preceito qualquer solução em matéria de prova da causalidade virtual, sobretudo porque, mesmo se se aceitar a formulação negativa da adequação, esta só terá impacto em sede de prova da causalidade e não em matéria de prova dos danos.

Para o autor, “a boa compreensão do artigo 563º é facilitada pela relação, que se deve fazer, entre o seu teor e a parte final do preceito anterior – isto é, a reconstituição da situação que existiria, se não se tivesse verificado o evento que obriga à reparação”. Diz-nos, portanto, que “a intenção do legislador foi a de

Para lá de toda a controvérsia, a jurisprudência nacional parece aderir sem grande margem para dúvida à ideia de que o nosso Código Civil consagra *expressis verbis* a doutrina da causalidade adequada, da qual não se afasta sobremaneira²⁹⁹⁵.

Temos, porém, as maiores dúvidas que esta corresponda à melhor posição sobre a matéria e a justificá-lo podemos convocar uma série de argumentos mais ou menos concludentes.

Desde logo, e fazendo eco do que já foi dito acerca da posição – nesse ponto convergente – de ANTUNES VARELA e MENEZES CORDEIRO, é dubitativo que o legislador tenha querido cristalizar normativamente uma solução que deve ser encontrada pela doutrina. Se tivermos em conta a distância que separa a decisão judicativa da prescrição legislativa, percebemos que não é tarefa da segunda, personificada pelo legislador, a cristalização de conceitos, quadros operatórios ou categorias normativas que só poderão ser radicalmente compreendidas quando reportadas aos casos concretos e aos princípios informadores do sistema em que se louvam. O seu preenchimento compete, sobretudo e conjuntamente, à jurisprudência judicial e dogmática.

Claro que isso não obsta a que a norma legal não funcione como um arrimo mobilizável na orientação da solução materialmente justa e normativamente adequada dos diversos casos *sub iudice*. Até porque, verdadeiramente, não só o legislador não está impedido de assumir o papel referido, como o fornecimento de dados operativos não se traduz na conceptualização em sentido estrito. Mas, se assim é, há que compreender que, afinal, a interpretação que se faça do preceito há-de resultar não só da remissão para os casos concretos, mas ainda para os fundamentos supra-positivos e transsistemáticos que informam o sistema, e que o desenho concreto de uma doutrina ou categoria dogmática há-de ir para além da mera imposição legiferante.

limitar os danos relevantes para a (...) construção da situação hipotética em que o lesado se encontraria sem a lesão àqueles para os quais a lesão era causa adequada (...)” – cf. p. 644/645.

²⁹⁹⁵ Não é possível apresentar um elenco exaustivo dos acórdãos que se pronunciam favoravelmente sobre a questão da consagração, ao nível do artigo 563º CC, da doutrina da causalidade adequada. A título meramente exemplificativo, cf. Acórdão do STJ 17-4-2007 (www.dgsi.pt); Acórdão STJ 21-09-2006 (www.dgsi.pt); Acórdão do STJ de 6-3-2007 (www.dgsi.pt); Acórdão do STJ de 15-6-89 (*Boletim do Ministério da Justiça*, nº 388, p. 495 e ss.); Acórdão do STJ de 10-3-98 (*Boletim do Ministério da Justiça* nº 475, p. 635 ss.); Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 31-10-2006 (www.dgsi.pt); Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 30-11-2006 (www.dgsi.pt); Acórdão Tribunal da Relação de Lisboa de 21-9-2006 (www.dgsi.pt).

Dos diversos acórdãos consultados, resulta que a formulação negativa da doutrina da causalidade adequada é acolhida pela generalidade da jurisprudência pátria. Estando em causa uma hipótese de responsabilidade pelo risco, o predomínio é dado à formulação positiva da doutrina da adequação.

Talvez por isso se afigure, também, extremamente frágil o argumento histórico que, fazendo apelo aos trabalhos preparatórios do Código Civil e aos estudos que, directa ou indirectamente, os inspiraram, encontra ali o sustentáculo mais seguro para a defesa da tese da consagração da doutrina da causalidade adequada ao nível do artigo 563º CC.

A fragilidade a que se alude resulta, ademais, da impossibilidade de, em termos metodológicos, continuarmos a olhar para a norma como se de um simples enunciado linguístico se tratasse. A outrora norma-texto deu lugar, nos nossos dias, à norma-problema, com todas as consequências que a transformação acarreta, designadamente ao nível dos objectivos da interpretação: já não procuramos colher do texto a vontade subjectiva do legislador histórico ou o sentido objectivo incorporado pela norma, mas complementamos uma perspectiva dogmática e teleológica, o que não pode deixar de legitimar um desvio ao apego histórico se ulteriores argumentos concorrerem para a clivagem.

O artigo 563º CC limita a indemnização aos danos que o “lesado provavelmente não teria sofrido se não fosse a lesão”. Ao defender-se o acolhimento do critério da adequação a este nível estamos a pressupor que o lesado não teria sofrido aqueles danos que eram consequências adequadas ou prováveis do facto. Se o dano resulta de uma circunstância extraordinária, não é possível supor razoavelmente que o lesado não teria sofrido o dano se não fosse a lesão²⁹⁹⁶.

No entanto, como salienta PAULO MOTA PINTO, pese embora dê aval à posição dominante na doutrina e jurisprudência acerca do preceito, “apesar da aparente ligação prática entre a previsível evolução hipotética sem o evento lesivo e o critério da causalidade adequada, pode duvidar-se da força lógica da correspondente inferência, bem como da ideia, que lhe está subjacente, de que são todas, e apenas, as consequências adequadas do evento lesivo aquelas que não deixariam igualmente de verificar-se não fora esse evento”, tudo dependendo, embora não exclusivamente, da amplitude da formulação adoptada em sede de causalidade adequada. Na verdade, mesmo se se aderir à formulação negativa da teoria, não se pode sem mais afirmar que se o evento era indiferente para a verificação das desvantagens patrimoniais e se estas ainda assim se verificaram, em princípio não teriam igualmente deixado de verificar-se sem aquele evento lesivo. É que tal não será necessariamente assim, tal como esclarece

²⁹⁹⁶ Cf. PEREIRA COELHO, *O problema da causa virtual...* cit., p. 198 e ss.

o jurista, quando tenha sido concretamente *conditio sine qua non* do dano. Do mesmo modo, conclui PAULO MOTA PINTO que, “quando se afirma a adequação causal entre o evento lesivo e tais desvantagens – logo porque o evento não foi indiferente (...) – não pode, sem mais, concluir-se que tais desvantagens, que realmente ocorreram, se não teriam verificado sem o evento lesivo – justamente porque este apenas aumentou o risco da sua verificação, e não pode excluir-se que se verificassem igualmente sem aquele evento”²⁹⁹⁷.

Quer isto dizer que, como bem esclarece o autor, não podem ser meros argumentos lógicos a sustentar a posição de acolhimento da doutrina da causalidade adequada ao nível do artigo 563º CC. O que PAULO MOTA PINTO nos vem mostrar, com apelo a uma reflexão situada ao nível da filosofia da linguagem, que, contudo e confessadamente, não aprofunda, é que a conclusão que se procura extrair do teor literal do preceito em análise não pode ser consentida senão no quadro de uma *perspectiva dos*

²⁹⁹⁷ PAULO MOTA PINTO, *Interesse contratual...* cit., p. 646. V., ainda, p. 647 e nota 1852, com amplo desenvolvimento acerca da possibilidade de inferências lógicas a partir da formulação contida no artigo 563º CC (“está em causa a correcção de inferências a partir de uma frase condicional contrafactual – “se não fosse a lesão” – probabilística – “não se teriam provavelmente produzido os danos” – para uma frase condicional probabilística, que liga a lesão, como antecedente, e os danos, como consequente e vice-versa. As primeiras inferências, a partir da verificação, ou não, da hipótese do artigo 563º seriam as seguintes: 1º) como se não fosse a lesão não se teriam provavelmente produzido os danos (verificação da hipótese do artigo 563º), com a lesão ter-se-iam provavelmente produzido os danos (...); 2º) como se não fosse a lesão se teriam provavelmente produzido também os danos (não verificação da hipótese do artigo 563º), com a lesão não se teriam provavelmente produzido os danos (...). Pode (...) duvidar-se da correcção lógica destas inferências. Note-se que o falhanço da possibilidade de contraposição na lógica de proposições contrafactuais faz com que não se possa concluir de 1) se não tivesse ocorrido a lesão não se teriam produzido os danos, para 2) se a lesão ocorresse ter-se-iam produzido os danos. Na verdade, em 1) a lesão é condição necessária dos danos, enquanto para 2) teria de ser condição suficiente. A intervenção da ideia de probabilidade torna a questão menos clara. Subjacente à passagem da formulação da causalidade adequada para a do artigo 563º (...) está a inferência de 3) se a lesão ocorresse provavelmente não se teriam produzido os danos, para 4) se não tivesse ocorrido a lesão provavelmente ter-se-iam igualmente produzido os danos. (...) O que está em causa na obtenção do critério da causalidade a partir do artigo 563º parece, porém, ser diferente, sendo antes a inferência de 5) se não tivesse ocorrido a lesão provavelmente não se teriam produzido os danos para 6) se a lesão ocorresse provavelmente ter-se-iam produzido os danos. Esta inferência já não parece, porém, correcta, pois podem existir outras condições necessárias para os danos. Em termos puramente lógicos, de uma relação de provável necessidade do antecedente para o consequente (...) não pode inferir-se uma relação de provável suficiência do primeiro para o segundo (...). E portanto da afirmação que o lesado provavelmente sem a lesão não teria sofrido os danos não pode inferir-se que a lesão provavelmente os causou”.

PAULO MOTA PINTO acrescenta que se pode duvidar de que “em relação aos consequentes danos extraordinários, improváveis, devido a uma ligação accidental ou fortuíta com o antecedente, se possa apenas supor que, se não fosse este antecedente lesivo, se teriam igualmente verificado”. Também se pode duvidar, de acordo com a sua posição, “da conclusão de que não são consequências prováveis deste antecedente aqueles prejuízos em relação aos quais se não sabe que, se não fosse o antecedente lesivo, se não teriam provavelmente verificado”, cf. nota 1847.

*desinatários das normas*²⁹⁹⁸, “que se orienta normalmente por séries causais típicas, prováveis e é com base nisso que decide ou não agir”²⁹⁹⁹.

No fundo, seria a linguagem de um leigo que garantiria o correcto entendimento da norma relativa à causalidade. Não nos parece, porém, procedente a posição. Por um lado, a conclusão do civilista português evidencia que não é a partir do artigo 563º CC que se chega à formulação do critério da adequação causal, mas, ao invés, o que se procura é saber se este é ou não compatível com a formulação legal. Tal, por si só, não obsta ao acerto doutrinal. Contudo, essa compatibilidade obtém-se partindo da permissão de que a norma comunica um sentido pré-jurídico ao qual se aliará, posteriormente, um sentido jurídico, já que é à perspectiva do homem comum que se recorre. Só que aí falha, porque cada expressão linguística adquire um sentido próprio dependendo do contexto da sua inserção e, portanto, aquela visão comum da causalidade pode não ser suficiente para justificar o acerto da solução. Será, antes, na dupla transcendência das exigências de sentido comunicadas pelo caso concreto e da intencionalidade problemática dos princípios em que a norma se louva que deveremos procurar discernir o sentido normativo dela.

Donde, se algumas conclusões podem ser extraídas do artigo 563º CC, elas são, por um lado, a primazia da função ressarcitória da responsabilidade civil (a implicar a exigência de um nexo de causalidade) e, por outro, o afastamento da relação de necessidade, pela substituição por uma relação de probabilidade, entre a lesão e os danos. Ora, se partirmos do princípio que o direito subjectivo absoluto define uma área de autonomia orientada para a prossecução de interesses definidores do seu conteúdo, a lesão daquele permite com toda a probabilidade considerar como dano a repercussão que a frustração das utilidades por ele asseguradas acarrete. Ou seja, também a nossa perspectiva, é compatível com as instruções que são fornecidas ao nível da lei. Em favor dela, podemos, no entanto, invocar todos os argumentos que, ao longo da nossa dissertação, fomos mobilizando e que viabilizam, não só soluções materialmente mais justas, como normativamente – se com o vocábulo entendermos não só o direito positivo, mas todos os princípios normativos em que este se funda – mais adequadas³⁰⁰⁰.

²⁹⁹⁸ Cf. PAULO MOTA PINTO, *Interesse contratual...* cit., p. 650 e nota 1855.

²⁹⁹⁹ Cf. PAULO MOTA PINTO, *Interesse contratual...* cit., nota 1855.

³⁰⁰⁰ O artigo 563º está integrado na secção relativa à obrigação de indemnização. Importa, por isso, ainda que não se pretenda proceder a uma hermenêutica baseada preferencialmente num elemento sistemático, olhar para os preceitos envolventes. Assim, diz-nos o artigo 562º CC que “quem estiver obrigado a reparar um dano deve reconstituir a situação que existiria, se não se tivesse verificado o evento que obriga à reparação”. Trata-se, segundo posição abalizada da doutrina, de uma norma que, não dispondo acerca da

causalidade ou do ressarcimento, apenas vem consagrar a função da obrigação de indemnização. Cf., nesse sentido, novamente, ANTUNES VARELA, *Das obrigações...* cit., I, p. 878, nota 3; PAULO MOTA PINTO, *Interesse contratual...* cit., p. 643, nota 1843. Já o artigo 566º CC dispõe, no que ao cálculo da indemnização em dinheiro concerne, que “a indemnização em dinheiro tem como medida a diferença entre a situação patrimonial do lesado, na data mais recente que puder ser atendida pelo tribunal, e a que teria nessa data se não existissem danos”, determinando o seu nº3 que “o tribunal julgará equitativamente dentro dos limites que tiver por provados”, sempre que não “puder ser averiguado o valor exacto dos danos”. Há, já na formulação dos preceitos, uma diferença assinalável: enquanto o artigo 562º refere a não existência do evento lesivo, o artigo 566º menciona a putativa inexistência de danos. Também o artigo 563º, central na economia da nossa dissertação, fala, expressamente, de “danos que o lesado provavelmente não teria sofrido se não fosse a lesão”. Vem isto mostrar, logo no plano mais superficial da formulação normativa, que o critério da diferença – consagrado, segundo a posição maioritária na doutrina, no artigo 566º CC – não serve para delimitar o dano, mas apenas para exprimi-lo monetariamente. Mais serve para evidenciar que, ao nível do cálculo da indemnização, o relevo é dado não ao comportamento lesivo ao qual a lesão deve ser imputada, mas aos danos que concretamente se experimentaram, sendo a partir deles que o cômputo se exprime.

O artigo 563º CC limita a indemnização ao montante dos danos e, ao fazê-lo, estabelece como pólo de referência a lesão. Ora, isto vem-nos mostrar, exactamente, que é o nexó entre o primeiro dano – dano evento ou dano lesão – e os segundos danos – os danos consequenciais ou subsequentes – que vai intencionado na norma. Perde-se, dessa feita, um sentido imputacional a que seríamos conduzidos pelo artigo 483º CC, quando consagra que “aquele que, como dolo ou mera culpa, violar ilicitamente o direito de outrem ou qualquer disposição legal destinada a proteger interesses alheios fica obrigado a indemnizar o lesado pelos danos resultantes da violação”. Cf., a este propósito, ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações...* cit., p. 605.

A posição dual por nós expandida vem, afinal, a encontrar eco no direito positivo português, expressa na tripartição que aqui se traz a lume “danos resultantes da violação”, “evento que obriga à reparação”, situação que o lesado teria “se não existissem danos”. O artigo 483º CC, respeitante ao fundamento da responsabilidade civil, assume como protagonista a violação e impõe a obrigação de indemnizar àquele que lesar direitos ou disposições de protecção de interesses alheios, tornando, assim, imperiosa a descoberta de quem violou tais direitos. O artigo 563º estabelece que a indemnização só existe em relação aos danos que “provavelmente” não teria sofrido se não fosse a lesão. Ou seja, enquanto o primeiro se centra na imposição da obrigação de indemnização, o segundo delimita-a aos danos que possam ser reconduzidos à primitiva lesão.

Já o artigo 566º impõe a comparação entre a situação que existiria se não houvesse tais danos e a situação actual do lesado. O que nós defendemos é que essa comparação não tem de ser feita em termos globais, devendo antes ser estabelecida atento o centro nevrálgico da imputação, ou seja, o direito absoluto. A indemnização será o resultado aditivo das perdas e despesas que, atento o cotejo mencionado, se há-de apurar.

SÍNTESE

1. A questão do nexó de causalidade ao nível da responsabilidade extracontratual envolve uma dupla problemática. Se ela era pressentida no quadro da doutrina tradicional – falando-se de duas inquirições: foi aquele dano causado pelo comportamento ilícito e culposo?; por que danos deve o lesante responder? –, verdadeiramente a dualidade a que se alude só mais recentemente se assume de forma transparente. Remontando à dicotomia germânica entre a *haftungsbegründende Kausalität* e a *haftungsausfüllende Kausalität*, diremos que, para se impor uma obrigação de indemnização a um sujeito, há que tratar, não só do problema do preenchimento da responsabilidade (intimamente relacionado com o cálculo da indemnização, embora dele se distinga), como, e previamente, da questão da sua fundamentação. Ou seja, e dito de um modo mais directo, importa, antes de mais, saber se a lesão do direito pode ou não ser reconduzida ao comportamento do putativo lesante, só depois se indagando se os danos consequenciais podem ou não ser reconduzidos, por sua vez, à violação constatada. A cisão entre a causalidade fundamentadora da responsabilidade e a causalidade preenchedora da responsabilidade – sendo corrente em muitos ordenamentos jurídicos, como o alemão – é contestada por múltiplos autores. Entre as razões de tal crítica encontram-se a dificuldade de operacionalização prática da dicotomia (suscitando-se, as mais das vezes, dúvidas acerca da integração da questão num ou noutro âmbito) e a falta de relevância dogmática do tratamento do primeiro segmento, especialmente quando a responsabilidade se baseie na culpa. Noutros ordenamentos jurídicos, serão puras razões dogmáticas – atinentes ao modo como se constrói o delito civil – a depor negativamente contra a bifurcação. Não cremos, contudo, que sejam procedentes as críticas apontadas. Pelo contrário, cingindo o nosso âmbito de análise à primeira modalidade de ilicitude extracontratual – a violação de direitos dotados de uma eficácia erga *omnes* –, teremos de concluir que a separação entre os dois problemas causais é reclamada pela estrutura do ilícito com que lidamos. Na ausência de uma protecção geral do património, o artigo 483º CC desenha como centro nevrálgico da responsabilidade a violação de direitos. Ademais, a ilicitude é – para salvaguarda da separação entre o ilícito e a culpa – desvelada por via do resultado. Isto faz com que, do ponto de vista dogmático, seja imperioso saber se a lesão do direito pode ou não ser reconduzida ao comportamento do pretensu lesante. Em determinadas situações, será, aliás, esta a única via para se extrair uma conclusão acerca da própria ilicitude. É que, como bem se compreenderá, não é possível dizer que há ilicitude quando a morte, podendo estar relacionada com o comportamento do sujeito x, é o resultado das forças da natureza. Não obstante, a eleição destas forças como “autoras” da lesão não deriva, exclusivamente ou sequer, do apego a um pensamento naturalista, de tipo determinista ou não. Só os critérios forjados com base na intencionalidade predicativa da juridicidade são aptos a encontrar uma resposta que se pretende normativamente justa e materialmente adequada.
2. Com a causalidade procura-se, por um lado, garantir a pertinência ao real, numa lógica explicativa que permita a reconstituição do iter que conduziu ao dano, e, por outro lado, resolver uma questão imputacional, a partir da qual já não se indaga o que lhe deu causa, em sentido naturalístico, mas sim quem o deve suportar. Ademais, do ponto de vista teleonomológico, ela cumpre dois desideratos: garantir que o dano seja imputado àquele que juridicamente é tido como o seu autor, salvaguardar o desenho comutativo do instituto ressarcitório.
3. Uma análise da jurisprudência nacional e estrangeira torna evidente a urgência do tratamento do problema que se autonomizou, já pela importância prático-dogmática dele, já pela recorrência com que os tribunais têm de lidar com os seus contornos, já pela improcedência dos tradicionais critérios dogmáticos para solucionar de modo sistematicamente coerente e materialmente justo as situações em que o tópico da causalidade avulta em toda a sua complexidade. Dois vectores antagónicos são, portanto, postos em confronto: por um lado, torna-se urgente lidar com a problemática; por outro lado, é mister superar as aporias das doutrinas tradicionais, mormente da teoria da *conditio sine qua non* e da teoria da causalidade adequada que ainda fazem escola entre nós.
4. Se o primeiro embate que a condicionalidade necessária sofre ocorre no plano científico com o reconhecimento da admissibilidade de excepções para todas as leis da natureza, e, conseqüentemente, da existência de fenómenos submetidos a meras probabilidades, a causalidade adequada caracteriza-se pela tentativa de ser uma doutrina generalizante que parte da análise de um factor individual, o comportamento do lesante, ao mesmo tempo que atende à mera previsão do efeito que uma conduta terá sobre a vontade de outro sujeito. O que poderia ter sido uma tentativa lograda de relevar a intencionalidade da acção humana, simultaneamente livre e responsável, vem afinal a mostrar-se também ela falha na missão a que se propunha. É que, independentemente das concretas aporias com que somos confrontados, qualquer das cambiantes com que macroscopicamente podemos olhar para a adequação concita dúvidas: ou ela se

orienta pelo objectivismo consentâneo com a indagação causal e acaba por resvalar num juízo estatístico-probabilístico que não dista verdadeiramente do sentido probabilístico com que a condicionalidade *sine qua non* pode ser olhada; ou ela se deixa contaminar com notas de subjectivismo mas não consegue ultrapassar as dificuldades com que o modelo ressarcitório sempre se confrontou. Em tudo isto vai implícita a dualidade com que o fenómeno probabilístico pode ser pensado. Reduzida a um jogo de probabilidades, a adequação pode, de facto, exprimir ou a frequência de aparecimento de um acontecimento, aproximando-se de uma formulação matemática e estatística, ou pode transpirar “um grau de crença racional”, não traduzindo esta graduação outra coisa senão as diversas soluções em matéria de índice de cognição para aferição daquela. Paralelamente, somos instados a percorrer uma escala no modo como entendemos a categoria. De um extremo, encontramos uma veste lógica e científica, que se assume como uma explicação verdadeiramente causal e apenas vem substituir a condicionalidade *sine qua non* no carácter aporético de que padece; do outro extremo, deparamo-nos com um meio de identificação do responsável jurídico, numa clara aproximação ao sentido imputacional que é vincado pelos defensores da teoria do escopo da norma violada. Só que nem a correcção almejada se mostra lograda, como se constata pelas deficiências criteriológicas denotadas, nem se cumpre o desiderato imputacional pretendido por alguns autores. O sentido da responsabilidade que deve estar vertido no pressuposto dito causal não pode ser relevado por um mero jogo de prognose probabilística, que não dista sobremaneira do juízo operado pela condicionalidade sem a qual; e a acentuação do aspecto atributivo não se pode ater ao que o agente concretamente conhecia ou devia conhecer, porquanto somos conduzidos a uma confusão com a culpa, deixando sem resposta a preocupação que leva a forjar a categoria. A crítica aqui inscrita não nos leva, de forma automática, a abraçar a teoria do fim da norma. Se o fizéssemos, aproblematicamente, estaríamos a obnubilar as insuficiências de que também padece. Há, pois, de tentar encontrar uma resposta séria para a imputação delitual.

5. Impõe-se, nessa investigação do sentido da causalidade, uma incursão pela evolução histórica do conceito. Recuando ao direito romano, somos confrontados com a ausência de uma verdadeira tematização da categoria. Como ensina ZIMMERMANN, “mesmo a frase *causam mortis praestare* foi usada mais no sentido da linguagem comum do que como veículo de recepção do debate grego acerca da causalidade. E a ideia de *conditio sine qua non*, embora conhecida e mobilizada para estabelecer a causalidade, não surge nos textos sobre a *lex aquilia*”. O que era discutido era “em que medida o específico modo como a lesão surgiu justificava ou não a aplicação da *lex* ou apenas de uma *actio in factum*” e a resposta a esta questão não depende de considerações atinentes à causalidade, não se ficando a dever a estreiteza aquiliana à incapacidade de os juristas romanos conceberem o conceito indirectamente. A *causalidade* era pressuposto da *actio legis aquiliae*, mas não era decidida com base numa concepção causalista sendo antes remetida para o plano hermenêutico da interpretação das expressões textuais da *Lex*. O nexó causal, não ascendendo à categoria de conceito abstracto, vinha pensado em termos de conexão suficiente e matizada com as notas predicativas da materialidade que eram comunicadas pelos *verba* utilizados no texto da *Lex Aquilia*. Esta emerge com um sentido marcadamente penal e repressivo. A sua função era reprimir determinados comportamentos e tutelar, por essa via, a propriedade. Para tanto, a tarefa judicativa centrar-se-ia na recondução das situações concretas a um dos tipos sancionados nas previsões normativas. *Occidere* avultava como verbo central, a identificar qualquer comportamento que pudesse causar a morte. E por isso levava ínsita uma ideia de causa material. O mesmo se passava com os *verba* elencados no capítulo III da *lex*. À medida que essa estrutura tipológica da *Lex Aquilia* fosse paulatinamente dando lugar à atipicidade do ilícito (primeiro por via da *interpretatio*, depois por via das *actiones in factum*), os problemas que enervariam a causalidade passariam a ser outros. A análise do papel que a causalidade desempenha no quadro do direito romano permite-nos concluir, preliminarmente, que há uma íntima relação entre o modo como vai pensada a solução em matéria de causalidade e a concepção de acção de que se parte. Do mesmo modo, mostra ser imprescindível a consideração da teleologia da previsão ressarcitória. Se o modelo a que nos referimos fica empobrecido se não nos apercebermos da evolução que vai da pura penalidade para o ressarcimento, são os resquícios da primitiva origem que levam o jurisprudente a valorar a acção, olhando primeiro para ela, e não para o resultado, que não é assim atomisticamente considerado. A intensificação da componente ressarcitória, com o conseqüente apagamento da dimensão penal, não irá deixar incólume o juízo causal. Não obstante, durante a Idade Média continuar-se-ia a não dar o devido relevo à categoria. Para tanto terá contribuído quer a fidelidade ao direito romano, que não tinha ido além disso, quer a centralidade da culpa, chamada a resolver a ligação do resultado danoso ao comportamento do agente e a estrutura do real, eivada por alguma linearidade que descomplexifica as hipóteses de surgimento dos danos, não forçando o jurista a procurar novas formas de com elas lidar. Apesar disso, há que sublinhar alguns aspectos não despididos: a partir da década de 90 do século XIII, passa a ser concedida, embora com carácter de excepcionalidade, uma pretensão aquiliana diante de uma perda económica que não tenha sido causada

corpore ad corpori; no que aos danos indirectos concerne, há um aumento significativo das indemnizações concedidas para cobrir os danos que ali se inscrevam; na explicitação interpretativa que se faz do *Corpus Iuris Civilis* e na procura de coerência por parte, primeiro, dos Glosadores, e depois, dos Comentadores, os fundamentos convocados as pretensões indemnizatórias podem divergir nesta época medieval, relativamente àqueles que eram avançados na Roma Antiga, designadamente em matéria de causalidade alternativa, que não foi, contudo, aproveitada para rever os quadros globais da categoria causal.

6. Um sistema unitário de responsabilidade civil só viria a surgir fruto do labor dos autores jusracionalistas. Com eles, é toda a compreensão da juridicidade que se transmuta, abrindo as portas à passagem do período pré-positivista, em que o direito surgia incluído no âmbito da filosofia prática, para aqueloutro positivista em que se perde a referência ao plano de fundamentação extralegal. A obrigação de indemnizar os danos causados a terceiros é, então, repensada. Aquela já não é vista como um mecanismo de reintegração patrimonial, como o fora depois de extirpados os segmentos de *vindicta* que a predicavam *ab initio*, mas passa a ser compreendida sob o prisma da salvaguarda de direitos naturais do ser humano. GRÓCIO define o delito, considerando que *maleficium hic appellamus culpam annem, sive un faciendo sive in non faciendo, pugantem cum eo quod...homines...facere debaut. Ex tali culpa obligatio naturaliter oritur, si damnum datum est, rempe ut id resarciatur*. A culpa é erigida, pelo autor, em fundamento da imputação delitual, mas não aparece desacompanhada. Por influência do tomismo, o sistema delitual por si delineado é pensado na óptica da violação dos direitos absolutos, tendo uma finalidade essencialmente reipersecutória. Daí a importância da causalidade, embora surgissem casos complexos em que se admitia a responsabilização sem que aquele pressuposto estivesse preenchido. Mas, se no centro da sua doutrina GRÓCIO colocou o direito subjectivo absoluto, entendido como mecanismo de protecção da liberdade dos indivíduos, então torna-se clara a predicção da responsabilidade por meio do resultado e, portanto, a necessidade de recondução daquele à conduta de um sujeito, tanto mais que, neste sistema, a culpa surge separada da *iniuria*. Com PUFENDORF o conceito de imputação, que tem subjacente a si a vontade e o discernimento, torna-se evidente. Mas curiosamente, o autor vem admitir a existência, embora excepcional, de casos de responsabilidade sem culpa, designadamente nas situações de danos provocados pelos escravos ou pelos animais. A imputação de que se cura implicaria que o sujeito estivesse apto a prever as consequências do seu acto e que pudesse reconhecer a antijuridicidade do seu comportamento, envolvendo a *imputatio* um juízo de reprovação próximo da culpabilidade, ao mesmo tempo que se estribaria na constatação de um desvio relativamente ao que era exigido. Para THOMASIIUS, não se justificaria em determinados casos a exigência da culpabilidade, bastando, para que aquele juízo imputacional pudesse ter lugar, que uma pessoa tivesse causado o dano. A imputação, para o autor, mais não significa do que a atribuição das próprias acções e das suas consequências aos seus autores, prescindindo-se da culpa no que concerne à obrigação de indemnizar. Normativamente, o autor parece encontrar uma justificação e um critério para a imposição de uma obrigação ressarcitória: a criação de um risco impende sobre aquele que o gerou no seu próprio interesse, dado que não deixa de ser problemático em termos de fronteiras, fazendo apelo a uma ideia de *Handelns auf eigene Gefahr*. À atomística individualização romanística, convertida dogmáticamente em tipicidade, sucede-se a generalização acompanhada da tendencial atipicidade do ilícito cujos contornos se vinham delineando progressivamente. Neste período, ou o acento tónico é colocado nos direitos a salvaguardar e se parte da responsabilidade compensatória para a limitação da mesma, em nome da preservação, identicamente válida, dos direitos de acção do outro; ou o acento tónico se fixa na liberdade exercitável e (in)compreendida em termos negativos e a regra é a restrição, buscando-se passo a passo um fundamento específico para a responsabilidade. A amplitude das cláusulas delituais passa a ser a regra, concebendo-se de forma também ampla o dano e reservando-se um papel central para a culpa. Em tudo o resto, a conceptualização mostrava-se ainda incipiente, não se tendo arredado o legado do direito romano, nem se tendo logrado obter uma visão da causalidade que se apartasse da busca da causa material.
7. O Código Napoleónico previa, no tocante ao ressarcimento, que todo o facto humano que cause a outrem um dano, por culpa sua, fizesse impedir sobre o lesante a obrigação de o reparar. A abertura é plena e consentânea, como vimos, com a matriz jusracionalista em que o preceito é forjado. E se o pensamento exegeta ulterior haveria de estabelecer restrições a essa amplitude originária, o certo é que o único critério de imputação ali consagrado é a *faute*. É neste contexto que se recupera a lição romanística da distinção entre danos directos e imediatos e danos indirectos e mediatos para a consagrar positivamente no Código de Napoleão. A inspiração vem de DOMAT e POTHIER e visa, ao erigir-lo em critério guia do julgador, com assento normativo, coarctar a possibilidade de serem ressarcidos os danos em cascata e em ricochete. No tocante ao que viria ser o requisito causal, DOMAT aponta como critério a previsão. A forma como vai pensada a imputação anda, pela convocação da *faute* como suporte do juízo delitual, longe de uma estrita

quantificação do dano. Pelo contrário, a lição do jusracionalista cristão mostra-se necessária para o preenchimento do próprio conteúdo daquela *faute*. A duplicidade funcional do requisito torna-se, neste seu embrião, evidente. POTHIER diz-nos que a indemnização dos danos resultante da não execução do pactuado não tem de cobrir todos as perdas que resultem do não cumprimento. Não havendo dolo e havendo apenas uma *faute* ligeira, ele só terá de indemnizar os danos que haja previsto ou que pudesse prever; havendo dolo, devem ser todos indemnizados. Adianta o autor que, “normalmente, as partes previram apenas os danos que o credor, pelo não cumprimento da obrigação, pode sofrer por referência à coisa que é objecto do acordo e não têm em conta que ele pode ocasionar ulteriores danos nos seus outros bens”. Nessa medida, a responsabilidade não abrangerá toda e qualquer perda, mas tão-só as que directamente atinjam a coisa objecto da obrigação. A indemnização circunscreve-se aos danos *propter rem ipsam*. Se A vende uma vaca doente com dolo e ela contagia todos os outros animais do comprador, o ressarcimento estende-se à perda de todo o gado, para depois questionar qual será o limite a partir do qual devemos reputar de demasiado longínqua e indirecta a consequência do dolo do devedor. Imagine-se que a vaca doente não só contagiou os outros animais, como impediu o cultivo das terras: deverá por este dano ser compensado o comprador da vaca doente? E se com isso o credor ficar impossibilitado de pagar as suas dívidas e abrir falência? Nestas sub-hipóteses, considera POTHIER que não se devem indemnizar tais danos, porque eles são uma consequência demasiado longínqua. O mesmo é dizer que eles não são uma consequência necessária da *faute*, podendo ter tido outras causas. Designadamente, explicita o autor, o credor poderia ter obtido à perda das terras ou à sua ruína económica por outras vias. POTHIER expõe o problema a propósito da responsabilidade contratual. Duas razões tornam perceptível a opção dialógica. Por um lado, o autor remonta ao direito romano, onde o critério da distinção entre os danos *circa rem* e os danos *extra rem* foi cristalizado no âmbito negocial. Por outro lado, a amplitude comunicada pela noção de ilícito do autor viabiliza o tratamento conjunto dos dois hemisférios em que, no nosso mundo e no nosso tempo, cindimos a responsabilidade civil. Na Alemanha, perspectivada a ilicitude na pureza do resultado – descontados os casos de interferência de uma causa de justificação –, o prejuízo patrimonial que consubstanciava o dano teria de ser unido por alguma via ao sujeito. As duas vias de afirmação do positivismo jurídico – Escola da Exegese e a Escola Histórica do Direito, na sua degenerescência na Jurisprudência dos Conceitos, estavam, ainda, ligadas, no que ao mundo extracontratual respeita, pela necessidade de reconstituir o *iter* conducente à produção do dano e conter a indemnização dentro de determinados parâmetros.

8. No primitivo positivismo, o que se buscava era a sintonia entre o termo causa e o conceito homólogo da natureza, permitindo-se, deste modo, operar o silogismo judiciário. Seria, então, em MILL e na sua noção de causa como “soma das condições positivas e negativas postas em conjunto que, uma vez realizadas, levam invariavelmente a uma consequência” que os autores se baseariam para defender a indivisibilidade do efeito e a indistinção do poder causal das condições postas ao serviço de um resultado e para edificar a teoria da *conditio sine qua non*. VON BURI sustenta que toda a condição sem a qual de um dano é causa dele, segundo um raciocínio de tipo contrafactual. Em face das inconcludências da doutrina, procura-se um arrimo criteriológico que permitisse uma abertura às preocupações atinentes ao justo. Não é outra coisa que se busca com a fórmula da adequação, entretanto popularizada por TRAEGER e RÜMELIN.
9. A importância da causalidade é directamente proporcional ao tendencial alargamento da responsabilidade (e muito particularmente ao paulatino surgimento de uma ampla cláusula geral delitual ou de pequenas cláusulas que, de todo o modo, afastam o decidente de um sistema tipológico assente na decrição dos *verbos* legais); ao relevo dado ao resultado como pólo de sindicância daquela responsabilidade; e ao peso que a função reparatória ou compensatória assume na economia aquiliana. A conformação do requisito fica, então, dependente da estrutura do ilícito e da teleologia do instituto, o que justifica a sua diferente evolução em França e na Alemanha. E é ainda determinada – embora não logico-silogisticamente – pelo tipo de racionalidade que se mobiliza.
10. Resulta da análise histórica que o entendimento acerca da causalidade estaria intimamente ligado ao modo como se perspectiva a questão das finalidades da responsabilidade civil. Se a teleologia primária do instituto nos aponta para a reparação ou o ressarcimento, então torna-se inegável que algo terá de garantir que o lesante apenas suporta o dano por si efectivamente gerado. Esta missão é tradicionalmente reservada ao nexos de causalidade e implica que, desde há muito, algumas soluções sejam determinadas pela necessidade de garantir o equilíbrio entre as partes em confronto. A ideia de troca ou de comutação marca a sua presença e contamina a modelação teleológica da responsabilidade delitual. Contudo, a finalidade primária da responsabilidade aquiliana é acompanhada pela intencionalidade predicativa da juridicidade, que, configurando a teleonomia do instituto, aponta para a necessidade de reafirmar a pessoal dignidade do ser humano por via do chamamento à liça da sua liberdade. Ora, se assim é, o que

assoma aos olhos do jurista não é tanto a determinação da sequência causal que, estendendo-se desde o comportamento do agente, nos leva até ao dano, mas a formulação de um juízo de imputação.

11. Assumida a necessidade de se pressupor a intencionalidade especificamente jurídica como meio para aceder à compreensão da causalidade, o jurista não pode deixar de a fazer dialogar com a ideia de liberdade humana e com isso chega-se à conclusão de que a mesma não pode deixar de ser pensada em termos de imputação. Devendo-se ao pensamento filosófico a cisão entre o mundo da natureza e o mundo da interacção subjectiva, ficando o segundo marcado pela nota da finalidade, e não esquecendo que o direito ajuiza condutas, compreende-se que não seja possível olhar para elas de acordo com o prisma imputacional anunciado. A *imputatio* a que fizemos referência surge como a marca de água de qualquer modelo delitual, derramando-se sobre todos os sistemas que se pretendem erigir sem apelo a tal nexa o anátoma da imprestabilidade. É por isso que, não só a culpa há-de figurar como um dos pressupostos do ressarcimento, como as hipóteses de responsabilidade objectiva se hão-de fundar numa qualquer *ratio* que vá para lá da simples causação do dano. Em harmonia com o dado principiológico, encontramos posições doutrinárias que vinculam precisamente o carácter não causalista puro da responsabilidade não subjectiva e que, na estrita articulação dos critérios, buscam vias de compensação do déficit do desvalor culpabilístico ao nível causal. A causalidade continuaria a marcar o seu curso, quer como modo de concretização da obrigação de indemnização assente no risco, quer como via de limitação daquela ao nível da regra. No fundo, o que os autores nos parecem dizer é que, mesmo não esquecendo a dimensão imputacional com que deve ser colorida a responsabilidade civil, nos contentaríamos com a sua projecção em sede de aferição da culpa do agente, convolvando-se o sistema num modelo absolutamente objectivo quando tivéssemos de lidar com a demarcação das consequências que podem ser reconduzidas à actuação do lesante. Só que este ponto de vista não pode ser aceite. Metodologicamente, não ficam satisfeitas as exigências de sentido impostas pela juridicidade com a simples presença do desvalor subjectivo. Prático-dogmaticamente, e relembando que cingimos o âmbito da nossa análise à dita causalidade fundamentadora da responsabilidade, nem sempre os problemas desaparecem com o apelo à culpa: se em muitos casos a questão pode não se colocar, porque aparentemente avulta claro que o autor do acto é aquele que o cometeu, nem sempre as situações são recortadas com idêntica linearidade. Pense-se nas hipóteses em que A gera o dano, mas foi constringido por alguma via a fazê-lo, ou naquelas em que a indeterminação do agente, pela incerteza de causas concorrentes, emerge. A imputação objectiva, distando da imputação subjectiva, deve ser entendida à luz da pressuposição ético-axiológica da juridicidade e das exigências de sentido comunicadas pela intencionalidade problemática de cada caso concreto.
12. Não se confundindo com a culpa, a imputação objectiva partilha com ela uma dimensão de *imputatio*, pelo que se torna necessário confrontarmos-nos com a ideia de imputabilidade. Esta deve ser entendida, não como mero pressuposto da culpa, mas como quadro de referência no interior do qual se afere a obrigação ressarcitória. Em regra, a imputabilidade há-de configurar o mínimo de sentido, que permita à culpa traçar o seu marco. Ao nível da responsabilidade pelo risco, não se aferindo aquela, ela revelar-se-á o referente último balizador da possibilidade de imputação objectiva de um dano ao agente.
13. O excursus sobre o papel da imputabilidade ao nível da responsabilidade objectiva, ao mesmo tempo que nos permite aceder à essência conformadora dessa modalidade excepcional daquela, garante a compreensão da insustentabilidade da tese veneziana ou outras análogas que queiram reconduzir a problemática da imputação delitual a uma mera questão causal. Na verdade, não só o apelo a uma ideia estrita de causalidade concitaria dificuldades ao nível da operacionalidade do sistema, como, em termos de justificação do desvio à regra da subjectividade, seríamos condenados ao vazio. Ao abdicar-se da culpabilidade, algo tem de fundamentar a comutação patrimonial em que, afinal, se vem a traduzir a reparação do dano e a causalidade estrita, saída dos meandros do mundo físico, não logra cumprir tal papel. Identificámos o critério de suprimento reivindicado com a nota da justiça distributiva, adequadamente compreendida. E intuímos que ela dogmaticamente se projecta na definição de uma esfera de risco. Este passa a comungar de uma natureza dúplice. Aliando-se àquela, constitui o fundamento imputacional. Refractando-se no plano do direito já constituído, transmuta-se em critério dogmático de operacionalidade intrassistemático, que, em termos consonantes com os dados metodologicamente tidos por adequados à judicativo-decisória tarefa de realização do direito, é transcendido pela remissão para a pessoalidade informadora de toda a juridicidade. Não é o juízo causal – assente no esquema causa/efeito – que delimita o círculo de danos indemnizáveis, mas a alocação daquele prejuízo constatável ao núcleo de danos que se visaram evitar com a tipificação da esfera de risco a que se alude. O legislador tipifica uma situação de responsabilidade objectiva tendo em conta um determinado perigo. Sabendo que tal não é suficiente para edificar a hipótese ressarcitória, porquanto este perigo há-de andar aliado a um benefício que por meio dele se obtém, é a criação e manutenção de uma fonte de risco que justifica a imputação. O

perigo de que aqui se fala é, ainda, entendido em termos abstractos. Ao jurista decidente cabe, no confronto analógico entre o âmbito de relevância da norma e o âmbito de relevância do caso, determinar se o perigo concreto que se realiza se insere ou não no círculo de perigos que a norma visava obliterar. O juízo não se confunde com aqueloutro a que somos conduzidos pelo critério da adequação. Pense-se na situação em que A provoca um acidente de viação, de onde sai ferido B, que assim deixa de poder prestar os serviços acordados com C. Pelo menos de acordo com uma formulação negativa, poder-se-ia dizer que há adequação entre o dano sofrido por C e a esfera de perigo encabeçada por A. Simplesmente, estes danos puramente patrimoniais não são indemnizáveis. Dir-se-ia que o titular do direito subjectivo violado é B e não C. Só que, não só ficamos sem justificação bastante para a limitação, como temos de chamar à colação a ideia de ilicitude, arredada da operacionalidade da responsabilidade pelo risco, porque, ainda que nos pautemos pela perspectiva do resultado, a inexistência de um comportamento humano dita que não se possa apodar de ilícita a consequência. Donde serão outros expedientes a justificar o abandono da tutela a este ensejo. E isso, por seu turno, vem-nos mostrar, ademais, que o que está em causa é a pertinência do dano – concretização do perigo – ao perigo tipificado na norma. Se alguns tentaram fazer da responsabilidade pelo risco uma *reine kausalhaftung*, mostra-se, pela relação estabelecida entre a imputabilidade e a imputação ao nível da operacionalidade dogmática do *Tatbestand* objectivo, que a própria causalidade acaba por ser despicienda a este ensejo, na medida em que o momento da referida *imputatio* se cumpre pelo juízo analógico de assimilação entre a intencionalidade problemática da hipótese legislativamente consagrada e a intencionalidade problemática do caso: o que o julgador faz é determinar se o dano se integra ou não no círculo de riscos que conduziu à tipificação normativa. O concreto desenho que a obrigação ressarcitória assume, ao ser comunicado pelo âmbito de relevância da modalidade de responsabilidade que, em concreto, assimila a situação *sub iudice*, vai condicionar a extensão dela. Mais acutilantemente, é o próprio fundamento da responsabilidade objectiva que pesa a este ensejo cumprindo a função que outrora era remetida para a causalidade. Há, portanto, uma clara dimensão de imputação objectiva a este nível. No que à limitação da indemnização respeita, há que considerar, no quadro da responsabilidade pelo risco, diversos expedientes aptos a realizar tal escopo. Pense-se, por exemplo, na imposição de tectos de responsabilidade que, no que à responsabilidade objectiva concerne, e em articulação com o regime securitário que genericamente a acompanha, estão presentes na diversa legislação que tipifica aquelas hipóteses. Acresce que a leitura sistemática dos preceitos, ao mesmo tempo que permite a fixação de um *plafond* acima do qual o obrigado à indemnização não tem de responder, nos encaminha para a consideração do tipo de danos susceptíveis de serem imputados àquele. A este nível, a causalidade trasmuta-se num problema normativo, sendo importante perceber se os mesmos resultados são defensáveis no quadro da genérica imputação delitual.

14. A responsabilidade, tal-qualmente a concebemos, é indissociável da liberdade, entendida em termos positivos. Esta concretiza-se, não pelo afastamento dos demais relativamente à nossa esfera de domínio, mas pela possibilidade de autodeterminação, isto é, de, optando entre diversas alternativas de acção, elevarmo-nos ao estatuto de definidores do rumo que seguimos. Não há-de ser qualquer critério optativo que pode ascender ao estatuto de móbil orientador de condutas a ser chancelado pelo direito. Ao admitir-se tal impostação do mundo, facilmente resvalaríamos na afirmação do direito como uma pura forma, desnudada que qualquer intenção material subjacente, e bem assim na afirmação do seu modo-de-ser totalmente dependente da prescrição legislativa. A acção livre não pode, pois, continuar a ser vista na solidão atomizante do homem-vazio que atende à sua vontade no sentido instintivo do seu ser. A escolha livre deve, então, ser vista como a decisão que, na autodeterminação pessoal, não olvida a essência predicativa do ser pessoa. É na dignidade do ser humano, não por derivação de uma qualquer característica ontológica, mas porque as exigências de sentido que lhe são comunicadas inculcam a necessidade do salto para o patamar da axiologia, que encontramos a pressuposição que permitirá preencher o conteúdo de uma liberdade que se quer mais do que pura forma. O plano do ser transmite-nos a impertinência racionalizante dos extremos: a solidão atomizante do individualismo e a sufocante hipertrofia socializante. Mas, se o plano do ser nos permite, logo, afastar determinadas mundividências jus-culturais, ela não logra, só por si, fundar a normatividade. A necessidade do outro não é impreterivelmente, como nos mostrou CASTANHEIRA NEVES, a necessidade do agir ético, podendo cumprir-se na indiferença da sobreposição adjacente de existências que não se abrem ao outro nem actuam no âmago da sua dignidade humana. Sendo o direito uma ordem de validade, há-de convocar uma axiologia fundamentante, sob pena de resvalar num sem sentido ordenador do encontro no mundo. O exercício da liberdade só poderá ser considerado valioso – e portanto coberto pelo manto do direito, sempre que tal for necessário – quando e na medida em que a autodeterminação se colime, a par de razões particulares, num acervo ético. Isto é, ao decidir entre alternativas de acção, o ser pessoa – figura central da juridicidade, sem a qual ela não é, pelo exposto, pensável – deve em última instância pressupor a pessoalidade do outro ou outros a quem se dirige ou atinge. De outro modo, a liberdade não ultrapassa o

nível de uma mera forma, sem correspondência com a materialidade do jurídico que a cobre. Por isso, a liberdade só é pensável na ligação íntima com a responsabilidade.

15. A responsabilidade pode, então, nessa sua indissociável relação com a liberdade, ser perspectivada a montante, traduzindo-se na assunção de certos deveres tendentes a garantir as condições de vida da humanidade ou a evitar a consumação de um dano na esfera alheia (o que, no plano dogmático, se pode traduzir na antecipação de mecanismos de protecção de bens jurídicos); ou a jusante, quedando-se ela, aí, na imposição de uma obrigação ressarcitória, vista, em congruência com tudo o que foi dito, não como uma limitação da liberdade, mas uma actualização dela, segundo os vectores animadores da personalidade e da posição ética que esta ocupa no sistema. Deixa de haver um corte abrupto entre as duas vertentes. Aquele sentido primário da responsabilidade projecta-se no segundo plano, facto que pode ser constatado quer pelo recrudescimento do sentido da culpabilidade no quadro delitual, quer pela adopção de mecanismos de imputação que, apartando-se da constatação fundada da violação de direitos alheios, olha para os padrões de segurança exigíveis no sentido de a facilitar.
16. Metodologicamente, se toda a interpretação da norma faz apelo aos princípios que ela leva pressupostos, então o cumprimento das exigências de princípio comunicadas pelo sentido do direito – desvelável na ideia de liberdade e responsabilidade (no sentido da *role-responsability* colimada na personalidade) – só será logrado se e quando todas as categorias harmonicamente articuladas para fundar a sua procedência forem interpretadas, no cotejo com o caso concreto, tendo em consideração, não só as finalidades primárias desse ressarcimento, mas ainda a intencionalidade normativa dela. Quer isto dizer que, para que o sistema seja congruente, não basta a previsão da culpa e da ilicitude como requisitos do ressarcimento. Na interpretação que se faça deles, há que transcendê-los pela pressuposição da intencionalidade ético-axiológica daquele princípio da responsabilidade assente na personalidade. E o mesmo se há-de dizer em relação à causalidade: mais do que ser vista como um problema normativo, há-de ser recortada, entre outros aspectos, com base na ideia de personalidade livre em que se ancora toda a juridicidade.
17. A leitura ético-axiológica do pressuposto delitual não pode, contudo, apagar do nosso referente dialógico as outras notas que, num nível menos rarefeito de compreensão delitual, concorrem para a caracterização do sistema. Nessa medida, importa não esquecer a ideia de comutação a que somos conduzidos pela análise da teleologia primária da responsabilidade civil. Se a finalidade precípua do instituto é a reparação dos danos, torna-se urgente considerar o resultado lesivo, sem o qual a indemnização não terá razão de ser. É ele que torna a causalidade imprescindível como requisito delitual: permite estabelecer a ponte entre a teleonomia e a teleologia da responsabilidade civil. Ou dito de outro modo, é ela que evita o desenho puramente sancionatório do instituto, impondo que ele apenas assimile a relevância do caso concreto quando e se o comportamento ilícito e culposo se projecte num dano.
18. A proposta de compreensão do requisito causal passa, portanto, por uma específica forma de conceber a relação entre a comutatividade e a dimensão responsabilizante inerente ao instituto ressarcitório. A tentativa de chamada à colação da comutatividade como via explicativa dos remédios normativos, fungindo a uma formalização abstractizante, não é, porém, original. Basta pensar, na verdade, no pensamento de HONORÉ, no quadro da COMMON LAW, ou no de JANSEN, no ordenamento jurídico alemão, de que nos sentimos tributários em tantos aspectos. Para HONORÉ, a pessoa só o é verdadeiramente se assumir os resultados da sua acção – vistos como parte integrante da sua autobiografia individual. Entre aquela e estes intercede um qualquer nexu, uma ligação causal. Mas, como o mesmo esquema pode ser pressuposto no domínio extra-jurídico, requer-se uma explicação que justifique a imposição da *liability*. Esse pressuposto teórico-explicativo pode ou não interferir na concreta conformação da causalidade a que se alude, razão pela qual, pese embora a afirmação contundente da dependência daquela relativamente à prévia *responsibility*, a solução apresentada por HONORÉ conjuntamente com HART a não denotam. Tanto mais que advogam a consideração da causalidade segundo o sentido que a *causa* obtenha ao nível do senso comum. Acresce que – e com isto entramos no segundo dos dados a considerar – a referência aos *outcome responsibility* como quadro explicativo da imposição de uma obrigação ressarcitória funciona apenas como referencial de actuação de um princípio maior. Isto é, em si mesmo a ideia de resultado nada nos comunica. Enquanto HONORÉ fala de *corrective justice* unicamente no sentido de mostrar o carácter alocativo daquele remédio, que faz recair determinadas consequências sobre certas pessoas, pressupondo – para o seu funcionamento – um prévio recurso explicativo à justiça distributiva, embora distinta da distribuição de outros bens, a nossa chamada à colação da distribuição dos riscos operará tão só no quadro de uma relação entre sujeitos particulares. Para JANSEN, a justiça distributiva há-de actuar no âmbito delineado pela ideia de comutatividade. Contudo, não menos podemos ignorar as referidas situações de conflito em que, ponderados os vectores

em jogo, se pode dar primazia à distribuição. É claro que, importa também dizê-lo, podíamos fixar o discurso ao nível da prescrição legislativa e pensar nos casos de responsabilidade pelo risco para assumir que aí a ideia de distribuição supera a ideia de comutação. No entanto, ainda que tal seja verdadeiro – e desde que não apague a dimensão responsabilizatória que fizemos remontar ao momento da assunção do risco –, não interfere no momento da decisão judicativa, pelo que de nada serve explicitar o dado. Cremos, por isso, que a ligação entre uma acção e um dado sujeito deflui da própria ideia de pessoalidade. A pessoa, porque o é, assume diante do outro certos deveres. A preterição deles implica que uma responsabilidade de segunda ordem – reactiva – se desencadeie. Mas, se assim é, a ligação entre o resultado e o sujeito não pode deixar de entroncar no primeiro grau de responsabilidade e a tradicional causalidade não pode deixar de ser entendida em termos normativos, porquanto orientada pela obrigação assumida. E porque ao nível civilístico uma das formas mais directas e imediatas de projecção do princípio da responsabilidade que fundamenta o instituto reside na ilicitude do comportamento, há-de passar por ela a indagação causal e depender da concreta modalidade em causa a conformação exacta que se lhe atribui.

19. O resultado que tanto nos importa ao nível da responsabilidade civil só pode ser valorado na íntima relação com o comportamento do sujeito, pelo que a responsabilidade não se predica num puro desvalor de resultado, mas é informada, outrotanto, por um desvalor de conduta. Torna-se, portanto, imperioso lidar com o binómio que tem separado os defensores da ilicitude da conduta dos sequazes da ilicitude do resultado. Repare-se, contudo, que as categorizações a que aludimos não se confundem nem se determinam apofanticamente: mesmo afastando do nosso espectro dialógico o requisito da culpa, podemos sustentar uma simbiótica combinação entre o desvalor de conduta e de resultado e advogar uma concepção de ilicitude estribada no resultado. A doutrina da ilicitude do resultado (*Lehre von Erfolgsunrecht/ Erfolgsunrechtlehre*) contenta-se com a violação do direito ou bem jurídico para a afirmação, ou pelo menos indicição da ilicitude; para a teoria da ilicitude da conduta (*Lehre von Verhaltensunrecht/ Verhaltensunrechtlehre*) só seria assim nos casos de actuação dolosa, pressupondo-se, nas restantes situações, a violação de um dever objectivo de cuidado. Ainda que a doutrina da ilicitude da conduta não tenha de se confundir com a adesão a uma doutrina finalista da acção – protagonizada por Welzel –, e que a seu tempo rejeitaremos, há boas razões para continuar a perspectivar a ilicitude do ponto de vista do resultado. Isto não quer dizer que se deva olhar para o resultado do ponto de vista formalista. Basta, para tanto, valorá-lo e valorizá-lo perspectivando-o como efeito da preterição de um dever de respeito diante do nosso semelhante. A ideia de ilicitude do resultado justifica-se por uma opção dogmática que não reduz à irrelevância o pináculo sustentador do sistema. A violação de direitos absolutos apresenta-se como um dos pressupostos de uma pretensão indemnizatória procedente não porque eles irradiem uma eficácia *erga omnes*, mas porque, consubstanciando o último reduto da afirmação da pessoalidade, o agente lesivo, com a sua actuação, pretere princípios fundamentais da juridicidade. Do ponto de vista do titular de um direito subjectivo que, com a sua actuação, lesa um terceiro, a ilicitude colima-se no mau uso da sua liberdade e apresenta um figurino eticamente cunhado que nos autoriza a encontrar para a responsabilidade civil um fundamento sancionatório que, não se confundindo com uma função punitiva, visa actualizar a pessoalidade do agente perpetrador do acto. Ora, se assim é, a desvelação da ilicitude por esta via, não ficando dependente da aferição da culpa, fica, contudo, refém de um nexos de imputação. Percebe-se, então, a urgência da conexão por nós identificada como causalidade fundamentadora da responsabilidade. Além disso, se aceitamos fundamentamente que a dita causalidade fundamentadora da responsabilidade se liga insofismavelmente – e é reclamada – por uma dada configuração da ilicitude, então, torna-se compreensível que a mobilização da categoria imputacional fique dependente da concreta modalidade de ilícito em causa, do mesmo modo que a ausência de uma concepção autónoma de ilicitude nos ordenamentos jurídicos de inspiração napoleónica determine uma abordagem díspar da questão. Constata-se, aliás, que ali não só se responde, àquele primeiro vazio, com um estreitamento dos critérios causais, de molde a limitar a amplitude inicial do ressarcimento baseado na *faute*, como os autores vêm afirmar que a questão causal influi no preenchimento do conteúdo desta.
20. Ao nível da segunda modalidade de ilicitude, o apelo à teoria do fim da norma agiganta-se mesmo no quadro da doutrina tradicional. A indagação de qual é o fim da norma presta serviço num momento prévio – o da própria qualificação da norma violada como uma disposição de protecção de interesses alheios. E tal não pode deixar de repercutir-se em sede de determinação dos danos a indemnizar. Ao compreendermos densificadamente a segunda modalidade de ilicitude, percebemos que o desvalor que a informa não se colima exclusivamente no resultado – isto é naqueles interesses – mas igualmente na conduta. A interpretação da norma, à luz das especificidades do caso concreto, há-de possibilitar a resposta ao problema de saber se os interesses lesados por uma determinada conduta figuram entre

aqueles que a norma quis tutelar e se o titular deles consta entre os beneficiários directos de tal protecção. Se toda a imputação fica dependente da prévia mobilização de uma norma inscrita positivamente no ordenamento jurídico pelo legislador, só emergirá uma obrigação de indemnização se e quando o comportamento do agente lesante apresente uma intencionalidade análoga à conduta nela prevista. Donde não são todos os casos lesivos dos interesses tutelados pela norma que suscitam a reacção civilística, mas tão-só aqueles que caíam no âmbito de tipificação da prescrição normativa. Tal comporta consequências ao nível da determinação da causalidade: a própria normal fixa o juízo causal. Ainda que queiramos manter-nos fiéis a uma ideia de probabilidade, pergunta-se: como é possível dizer que o comportamento do lesante não é causa adequada da preterição dos interesses tutelados se o próprio legislador proibiu o comportamento em nome da perigosidade que o mesmo co-envolve para aqueles bens? O problema da causalidade ao nível da segunda modalidade de ilicitude partiria, portanto, não da acção, mas da violação do dever. Devemos, no entanto, esclarecer que o que recebemos da previsão de uma disposição legal de protecção de interesses alheios é uma ideia de imputação de um dano a uma pessoa, que não se queda numa ideia de probabilidade ou adequação do cumprimento conformado com ela à obstaculização do resultado. Ao tentar interpretá-la nesse sentido, obviamente que o jurista se confrontará com aporias e incertezas. As mesmas que, aliás, patenteiam a imprestabilidade do critério ao nível da primeira modalidade de ilicitude. Já assim não será se partirmos não da norma, mas do caso. E, olhando para ele e as exigências que comunica, convocarmos a norma na contextura do instituto da responsabilidade civil, por sua vez animada e informada pelas notas da personalidade livre e responsável, demarcando uma zona de responsabilidade, que é activada sempre que a norma seja violada. Do que se trata, portanto, é de edificar um nexos de ilicitude que torna despiciendo o recurso à causalidade adequada a este nível.

21. Aceite o abuso do direito como terceira modalidade de ilicitude delitual, a simplificação do problema causal a este ensejo colhe justificação na consideração da estrutura da acção ali pressuposta. Ao determos na contemplação do desvalor de conduta somos em certa medida desonerados, já que ele implica que se prevejam – ou devessem prever – determinados danos e se não se conforme o comportamento à obstaculização da emergência dos mesmos.
22. O resultado situa-se a jusante da conduta do agente. Localiza-se fora e para além dele. Mas só será ilícito se e quando estiver incindivelmente ligado àquela, formando uma unidade sincrética sobre a qual o ordenamento derrama a dita mácula de antijuridicidade. Donde resulta que o nexos a estabelecer está longe de se quedar numa conexão factual. Mais do que unir duas realidades díspares, o nexos de ilicitude a que nos referimos transporta o resultado para o centro nevrálgico da actuação do agente e permite predicá-lo como seu. Não do ponto de vista da *adstrição*, que ainda se estriba na exterioridade denunciada, mas segundo a óptica do imbricamento imputacional, ao qual somos conduzidos pela intencionalidade axiológica que informa o jurídico. Ou seja, e dito de uma forma mais explícita, a simbiose que se busca não redundna na afirmação da pertença do resultado à história de vida do sujeito, mas antes resulta do postular de um princípio normativo que, quedando-se na personalidade livre e responsável, nos leva a considerar uma dimensão positiva da responsabilidade, consubstanciada num acervo de deveres que unem o *eu* ao *tu*. A relação de exterioridade que sempre foi associada à causalidade dá lugar a uma relação de imanência predicativa. Não se parte do resultado para o reconduzir ao comportamento do lesante, até porque a ilicitude dele só é concebível na presença de um requisito mínimo sublinhado pelos autores – a voluntariedade do comportamento do agente –, mas olha-se para este para, valorando-o à luz das exigências comunicadas por aquela intencionalidade, se ajuizar em concreto se ele se integra ou não na esfera de efeitos cuja produção o eventual lesante deveria omitir ou evitar. Nesse sentido, pertencendo-lhe.
23. Dois vectores trespassam o desenho da responsabilidade civil – sentido imputacional imposto pela ideia última de responsabilidade; comutação ou equilíbrio de patrimónios –, entre os quais se estabelecerá uma concreta dialéctica. Cada um dos pólos que a entretecem ganhará um peso específico, consoante o momento dialógico em que o jurista decidente se insira, mas nenhum deles poderá estar ausente dos critérios que se erijam como guia do decidente. Importa, por isso, “experimentar” diversos critérios que configuram a causalidade com apelo ao sentido imputacional que deve ser reconhecido ao instituto.
24. Ainda que possa cumprir as notas axiológicas que a consideração da teleologia última da responsabilidade civil exige, a previsibilidade referida ao primeiro dano nada acrescenta em relação à culpa. E a verdade é que um prévio segmento causal se afigura imprescindível. De facto, para além do primeiro evento lesivo, um comportamento pode gerar certos danos que, sendo subsequentes e polarizando-se na preterição de direitos de tipo absoluto, não suscitam apenas uma questão relativa ao *quantum* indemnizatório. Relativamente a eles, a culpa não tem de se lhes referir, mas não pode ser descurado um juízo

imputacional, que permite, inclusivamente, a configuração do resultado como ilícito. Acresce que a culpa não é bastante para determinar se o dano foi ou não causado pelo pretense lesante. A compreensão do que aqui vai dito implica a rememoração de todos aqueles casos que envolvem a interferência de terceiros, do próprio lesado ou de forças da natureza no processo de produção da lesão. A complexidade do real, potenciando situações de sobredeterminação causal, não permite que o jurista se possa contentar com a formulação de um juízo culpabilístico. Referida aos danos consequenciais – e ainda que com esta alusão nos afastemos do núcleo central da nossa dissertação, polarizada na *haftungsbegründende Kausalität* –, a previsibilidade não nos ampara, uma vez que aqueles não têm de ser concretamente previstos pelo lesante, nem têm de ser previsíveis. Basta pensar nos lucros cessantes para ficarmos convencidos da bondade da asserção, podendo adiantar-se que alguns autores estendem a crítica à causalidade adequada e à ideia de probabilidade.

25. No que à causalidade adequada tange, é evidente que, sob a capa de uma designação unitária, se acolhem muitas teorias, não só díspares na formulação criteriológica, como diferentes na intencionalidade com que surgem imbuídas. Em si mesmo, ela antolha-se uma fórmula vazia, sendo imprescindível escalpelizar os contornos exactos do arrimo com que se lida em concreto para podermos tecer sobre ele quaisquer considerações. Na verdade, ao falarmos de causalidade adequada, estamos a referir-nos a realidades tão diversas que vão desde as que, corrigindo a indagação probabilística com os índices cognitivos do agente, se aproximam de uma ideia de previsibilidade assente no homem médio, até às que desembocam num juízo estatístico-indutivo, passando por interpretações que, colocando o acento tónico no risco, nos encaminham, paulatinamente, para uma ideia de escopo de protecção da norma e/ou de incremento do risco. Nesta última versão, a causalidade adequada surge já desvirtuada e pode encarar-se como a confissão envergonhada da sua própria imprestabilidade, se assumida nas formulações mais ortodoxas. No que àquelas duas primeiras opções dialógicas concerne, sempre haverá que reconhecer que, ao potenciar-se a aproximação entre a probabilidade e a previsibilidade, a causalidade adequada há-de passar a ser contaminada pelas fragilidades que anteriormente reconhecemos. Ao invés, se objectivarmos absolutamente o juízo causalista, reduzindo-o a um cálculo matemático de probabilidades, apagamos o referente de sentido da pessoalidade, chegando a uma impositação problemática similar à *conditio sine qua non*, na medida em que se mostra informada pelo mesmo tipo de cálculo logicista.
26. Outros critérios – forjados por diversos autores – mostram-se igualmente falhos na sua missão imputacional. TRIMARCHI propõe a bifurcação criteriológica, prestando homenagem à bipartição imputacional com que somos confrontados no mundo delitual. Risco e culpa condicionariam, pois, o sentido da causalidade, já que são diferentes as finalidades que presidem a cada uma das previsões. Ponto de meridiana evidência é a colagem da solução oferecida em matéria causal à prévia delimitação das funções que a responsabilidade civil é chamada a cumprir. Não só a divisória entre responsabilidade por culpa e pelo risco se justifica por esse prisma, como toda a concretização criteriológica subsequente, estribada em cada um dos domínios previamente delimitados, é tributária de uma óptica teleológica. TRIMARCHI não consegue, com base no modelo por si proposto, resolver todos os problemas que coenvolvem a noção de causalidade. Ou, logrando obter um critério de orientação do decidente nessa resolução, fica aquém do desejável no tocante ao conteúdo de justiça com que as mesmas devem vir pensadas. Em falta está a remissão para o plano teleonomológico, para o sentido último do instituto responsabilizador que há-de contagiar cada um dos seus requisitos e a forma de articulação entre eles. Com FROST, e ainda que limitados a uma ideia de causalidade psicológica, somos remetidos para o diálogo entre dois modelos: o modelo da causalidade mediata ou indirecta (*mittelbaren Verursachung*); e o modelo da causa negligente (*fahrlässing Verursachung*). Enquanto o jurista italiano se centra na teleologia da responsabilidade, perdendo do horizonte de referência a remissão para a dimensão ético-axiológica de fundamentação do ressarcimento, o civilista alemão, sublinhando sobretudo dois princípios – responsabilidade pessoal e controlo do processo causal –, acaba por se mostrar insuficiente em termos criteriológicos. Não será a isso estranho o facto de orientar as suas lucubrações para um nicho temático muito específico. Donde o aproveitamento dos modelos explicitados nunca poderá ser automática, exigindo – na potencialidade de expansão que denotam – uma tarefa de adaptação.
27. Sendo a vigência o modo de ser do direito, importa não esquecer que, além do plano da validade – a fazer apelo ao sentido ético-axiológico da responsabilidade –, qualquer critério jurídico há-de ser perpassado por uma ideia de eficácia. Nessa medida, na busca dos contornos com que deve ser desenhada a causalidade, importa não obnubilar o dado ontológico envolvente. Será ele a chamar-nos a atenção quer para a complexidade causal, quer para o imbricamento condicional. Nesta medida, influenciará, numa dialéctica entretecida com o plano axiológico, a própria modelação da causalidade enquanto requisito do direito delitual. O risco é, assim, chamado para o centro do discurso do decidente. O apelo à conformação

societária como uma comunidade de risco serve menos para evidenciar a perigosidade de cada acto concreto – ou actividade encabeçada – do que para mostrar que, sendo aquele risco imanente ao *modus vivendi*, não será possível ajuizar causalmente abstraído do contexto relacional de esferas que se cruzam. É, aliás, este o único recorte compaginável com a noção de acção em que iremos estruturar o nosso delito.

28. A justa distribuição do risco como critério imputacional está presente em algumas soluções consagradas pelo legislador ao nível do direito civil. É isso que se pode concluir da análise do artigo 570º CC, pelo menos se sobre o preceito derrarmos um determinado entendimento. Este não é, contudo, unânime e implica uma apurada percepção da intencionalidade que lhe preside. Ao olharmos para o artigo 570º CC do ponto de vista objectivo – o único que nos parece consentâneo com a sua relevância hipotética – não pretendemos colimar-nos em nenhuma visão causalista estrita, mas antes numa visão imputacional que parece fazer apelo a um cotejo comparativo entre esferas de risco/responsabilidade. Pensamos, por isso, poder retirar do preceito um apoio firme no sentido da descoberta dos contornos com que há-de ser desenhado o requisito causal. Ao debruçarmo-nos sobre a intencionalidade problemática contida no artigo 570º CC, constatámos que, não sendo fácil derramar o juízo culpabilístico sobre o lesado, e não podendo dar-se por certa a ligação causal entre os dois comportamentos – o do lesante e o do lesado – e o dano, segundo os critérios tradicionais, só no cotejo de esferas de risco é possível saber se a indemnização será excluída, reduzida ou se ficará intangível. Ora, contrariamente ao entendimento de parte da doutrina, é também ao nível da fundamentação da responsabilidade que se jogam os dados da questão, mostrando-se, aí, que o ordenamento jurídico positivado acolhe a intencionalidade com que vimos pensando o problema.
29. Do ponto de vista dogmático e no seio da disciplina delitual, o risco surge a cumprir diversas funções: avulta como fundamento no plano da prescrição legislativa, a justificar hipóteses de responsabilidade objectiva; emerge como perigo alicerçador da assunção de deveres de comportamento, que perpassam todo o modelo ressarcitório; e contamina, pela mobilização do dado ontico, a fazer apelo à complexidade real e social, as soluções em matéria imputacional. Aqui não é unicamente o risco que se convoca, mas o risco dialecticamente compreendido à luz da pressuposição axiológica de que se parte e de que se não abdica. Pelo que, afinal, a categoria deixa de ser entendida, a este ensejo, como sinónimo de perigo para vir mascarado com o sentido de esfera de responsabilidade.
30. Desde o início do séc. XX que a doutrina faz apelo ao risco para solucionar controvérsias em torno da delimitação dos danos indemnizáveis no quadro dos comportamentos negligentes. Pense-se, ao nível da *Common Law*, na chamada *Risk Theory*. Razões várias depõem contra o acerto da perspectiva. Mais densificada parece ser a posição de ROXIN. Pese embora se desenvolva no seio do direito penal, a influência por ela exercida justifica o acompanhamento excursivo do pensamento do autor, ainda que, posteriormente, na avaliação que dele se faça tenhamos de ter em conta as notas diferenciadoras dos dois ramos do direito que assim fazemos dialogar. Defende ROXIN que, para que um resultado possa ser imputado ao agente, este tem de, com a sua conduta, ter criado um perigo para o bem jurídico. Esse perigo deve ultrapassar o que é permitido e, na transposição do limbo de referência da permissividade social, há-de ter-se projectado num resultado concreto. Com o que encontramos o segundo pólo da sua doutrina da imputação objectiva. Não basta, com efeito, a criação do perigo. Há que realizar-se esse perigo naquele resultado. Se a base da imputação objectiva passa pela criação de um risco não permitido, ela é eliminada sempre que se verifique uma das situações descritas pelo autor: casos de diminuição do risco, casos em que falta a criação do perigo, ou de actuação no limiar do risco permitido. De todo o modo, não é bastante a criação do risco. Ela deve surgir acompanhada da realização dele. Ou dito de outra forma, o resultado que se procura imputar à conduta do agente deve vestir a roupagem do risco que aquele criou, não sendo mais do que uma sua projecção ou concretização. Por isso, advoga ROXIN que se exclui a imputação quando o resultado não se produz como efeito desse perigo, mas apenas em conexão causal com ele. Do mesmo modo, reclama igual solução negativa quando falte a realização do risco não permitido. Ponto fulcral na resolução do problema imputacional em torno da ideia de risco é, ainda, o alcance do tipo legal. Porém, não estando nós, no domínio do direito civil, constrangidos pela ideia de tipicidade, perde sentido a investigação de que ele constitui mote. O que não equivale à irrelevância dos problemas ali patenteados que, vindo a refractar-se na questão da cooperação numa autocolocação em perigo, heterocolocação em perigo aceite pelo terceiro, e na atribuição de uma esfera de responsabilidade alheia, mostram o pendor imputacional de muitas das questões com que o civilista também lida. Ao acompanharmos a doutrina da imputação objectiva de ROXIN, podemos concluir que muitos dos casos considerados a propósito da teoria da imputação objectiva são os mesmos que a doutrina civilista aceita como bons para evidenciar a complexidade da tarefa judicativa ao nível da responsabilidade civil extracontratual. A adesão a uma ideia de risco, tal como a protagonizada pelo penalista, importa, no

entanto, que tenhamos em conta as especificidades do direito penal, alicerçado na tipicidade do crime, e que questionemos a sua pertinência do ponto de vista da racionalidade de que se parte. Se boas razões há para negar o finalismo, de que ROXIN se afasta, embora parta de uma concepção finalista de acção, urge, a este propósito, questionar se uma aproximação à doutrina explanada nos encaminha ou não para os meandros do funcionalismo.

31. Duas atitudes do pensamento jurídico são possíveis a propósito da consideração do dado social. Ou se olha para ele como um estímulo de abertura do sistema sem que ele verdadeiramente se altere, já que é pela mobilização dos quadros tradicionais do pensamento que se vão repensar os problemas, numa tentativa de redução da complexidade que deles promana, mais não se fazendo do que reagrupar as categorias com que nos habituámos a pensar, pelo que o risco ou o perigo surgem aí como fundamento explicativo (não contagiante das soluções) de tipificadas hipóteses de surgimento de uma pretensão indemnizatória procedente ou como filão condutor de um *iter* argumentativo ainda preso a uma impostação causalista. Ou, em alternativa, assume-se a mutação na sua radicalidade para congruentemente se passarem a cogitar as soluções que se buscam no quadro de uma nova contextura que o informa. Onde outros dois posicionamentos se antolham, em abstracto, plausíveis, a denotar, afinal, duas perspectivas que tornámos dialogantes a propósito da concreta realização do direito. Pois que, passando agora a considerar outra disjunção, ou se opera um inebriamento sociológico que ofusca o jurista e o afasta da sua específica missão, fazendo-o olhar para o sistema jurídico na pura e empobrecida perspectiva funcionalista que visa a compossibilitação de interesses sociais conflituantes e mascarados pela actuação perigosas daqueles que os titulam, ou não se perde de vista a intencionalidade última que o escora e se recusa a atitude de quem deixa de considerar o dado axiológico de onde se parte. Ora, do nosso ponto de vista, o risco deixa de ser visto como uma categoria onto-antropológica e sociológica para ser encarado de acordo com a profundidade dos seus contornos éticos. No plano dogmático, que daquele não se distancia verdadeiramente, já que metodologicamente é insustentável um esquema decisório que não convoque a intencionalidade predicativa da juridicidade em geral e do nicho temático em que se está mergulhado e vai, assim, pressuposto, o risco convola-se em categoria de imputação a ser lida à luz daquela. Não é factor espúrio, nem elemento de complexificação; não é mero dado sociológico que resulte, uma vez acolhido no seio do discurso do decidente, inalterado. Para ele não olhamos do prisma funcionalista que nos leve a solucionar a questão do ponto de vista da compossibilidade social. Sendo a nossa racionalidade marcada pela nota ética, é na conformação da personalidade que ele é por nós recebido e mobilizado. Pelo que nenhuma contradição se patenteia relevante. Não é o risco, em si mesmo, que nos comunica o caminho. Ele cumpre, tão-só, duas funções. Por um lado, desperta a consciência do jurista para a imprestabilidade de uma solução que aponte para a linearidade e a estanquicidade dos acontecimentos; e permite, por outro lado, pelas características com que surge revestido, delinear, na dialéctica com a dimensão da personalidade, uma ideia de esfera de responsabilidade. É por isso que, no tratamento da questão dita causal, o que interessa verdadeiramente não é o risco em si, mas a sua assunção ou incremento, e bem assim no pólo da negativa responsabilidade, a diminuição do mesmo. Mais concretamente, e de forma expressiva, ainda que simplista, o factor decisivo é a esfera que dialecticamente se desenha a partir dos dois referentes e que traduz, afinal, a montante, a liberdade positiva ou um enfoque preciso da *role responsibility*. É na transcendência do critério e não na imanência subjectiva que se devem procurar as soluções. Isto conduz a um paulatino afastamento relativamente à globalidade do pensamento de ROXIN, ao que se junta a cisão intencionada pela pertença a ramos dogmáticos também eles diversos. Ou seja, se algumas das soluções concretas a que chegaremos se justificarão pela finalidade reparatória do instituto ressarcitório, outras haverá que distarão da proposta do autor, se não no resultado a que chegam, pelo menos no *iter* argumentativo calcorreado para ali nos fixarmos.
32. No modelo imputacional que tentamos forjar, a acção assume importância ímpar. Acedemos à categoria à luz de uma perspectiva que, com base na pressuposição ontológica, inseparável daqueloutra axiológica, adopta densificadamente uma visão dialéctica, eivando o risco com as notas predicativas da própria personalidade. Ou seja, aquele risco – de que nos apercebemos na intelecção da tecitura mundanal que o direito valora e da qual não se pode alienar – não é mais entendido como um factor autónomo. O que releva para a nossa análise não é a predicação da sociedade amorfa como perigosa ou arriscada, mas a percepção exacta de que o homem, na sua personalidade livre, é capaz de controlar, pelo menos em parte, essa perigosidade. Se a nota causal se transfigura, afinal, em nota imputacional, percebe-se que a referência à realidade, sem a qual o direito se alienaria e sem a qual ele não seria vigente, posto que mera expressão de uma validade nefelibata, não faça sentido como uma pura objectivação sociológica com reflexos normativos. A comunidade de risco é transcendida por uma intenção de validade. A noção de risco não deixa de ter o sentido ético-ontológico de toda a juridicidade, uma vez assumido como critério

dela, pelo que a correcta resolução do nosso problema tem de passar pela acentuação do seu imbricamento com o sentido de exigibilidade pessoalmente radicado. Dito de outro modo, a referência ao risco não pode ser só ôntica, impondo-se, como ficou esclarecido anteriormente, o salto axiológico. É por isso possível que se denote, em determinados casos, um imbricamento entre a imputação objectiva e a conduta culposa do agente. Não porque se confundam ou sobreponham, mas porque, traduzindo-se aquele no resultado a que se chegue por virtude do cotejo de esferas de risco e responsabilidade, pode a conduta culposa avultar como ponto de partida do desenho concreto desta. Tal não tem, porém, de ser necessariamente assim, desde que se desvele, em concreto, um outro pilar de ancoragem da categoria prático-normativa. Do que resulta, desde logo, a autonomia das duas sindicâncias. E, se dúvidas houvesse, sempre se diria, em abono da não confusão, que pode existir culpa e, não obstante, ser negativa a resposta imputacional que se busca. Com isto evidenciamos quer o afastamento em relação a algumas das soluções propostas por ROXIN, quer o distanciamento em relação à doutrina da acção final.

33. Chegando à conclusão da centralidade da noção de acção no esquema imputacional, importa olhar para o pensamento de COSSIO, que a cinde em dois momentos: um ôntico, a explicitá-la como um acto de liberdade; outro ontológico, a imbuir a conduta com dados axiológicos. Na análise dos seus ensinamentos, percebemos que distamos da sua essência. A dimensão axiológica do agir intersubjectivo implica, segundo COSSIO, a pressuposição de uma norma, quer na sua estrutura lógica, quer o seu conteúdo. Seria ela a transmitir a vocação coexistencial da vida humana e a sustentar todo o ordenamento. Àquela norma não se chega pela transcendental referência do agir concreto, no momento da opção do sujeito, à dimensão axiológica que a predica, mas ela integra a própria conduta. Com a consequência inadmissível de se reduzir, afinal, a juridicidade à normatividade que antecipa aquelas condutas assim pensadas e de se desconsiderar a dimensão constituenda do direito. Mas, ligando-se intrinsecamente a conduta humana a uma ideia de liberdade, e sendo esta impensável no isolamento solipsista, há que meritariamente reconhecer a bondade da circunscrição da conduta juridicamente relevante àquela que se constitui como uma interferência subjectiva. Matizada com a nota coexistencial, a conduta humana, *de per se*, permite sublinhar a dimensão ontológico-axiológica a que nos temos vindo a referir ao mesmo tempo que nos afasta de uma simples, com contornos individualistas, acção finalista. Não se põe em causa a dimensão teleológica do agir humano, orientado por finalidades precisas. Mas questiona-se o acerto de a arvorar em categoria base da responsabilidade num nicho dogmático onde a intencionalidade pode ficar arredada dos quadros imputacionais e, sobretudo, a omissão se torna para vários efeitos relevante. A conduta relevante não deve ser olhada no isolamento exclusivo do *eu* a projectar-se na alteridade do *tu*, mas na contextura da comunicação intersubjectiva que entre eles, na sua pessoalidade, se estabelece. Posto isto, percebe-se que, na indagação causal, para além da nota axiológica *ab initio* predicativa da concatenação que se há-de estabelecer, a referência sociológica, pensada enquanto referência ontológica dialecticamente dialogante com aquela primeira, não pode deixar de nos conduzir ao cotejo de esferas de actuação ou mais precisamente ao cotejo de esferas de responsabilidade.
34. Há uma íntima conexão entre o conceito de acção de que se parte e a concepção de “causalidade” que se abraça. A *Handlungslehre* (doutrina da acção), sendo embora estudada preferencialmente ao nível do direito penal, tem também fundamental importância no quadro do direito civil. WOLF oferece uma taxonomia dos diversos conceitos de acção com que os autores se confrontam ao longo dos tempos: a *naturalistische Handlungslehre*, protagonizada por BELING, que vê a acção como “um comportamento corporal arbitrário”; a *Lehre vom strafrechtlichen Handlungsbegriff* (doutrina do conceito penal de acção), que, remontando ao pensamento de RADBRUCH, implica que o conceito de acção penal fosse determinado de acordo com a lei, sendo aquela o que o direito vigente determinasse; a *finale Handlungslehre* Welzels (doutrina da acção final de WELZEL), nos termos da qual a acção é vista como supradeterminação final de um processo causal; a *Soziale Handlungslehre* (doutrina da acção social), para a qual era entendida como o comportamento socialmente significante, no qual cada homem assumiria um papel diante do outro homem, sendo que esta relevância social se determinaria pela orientação voluntária (finalidade), pelo resultado (causalidade) e finalmente (no caso das omissões) de acordo com a expectativa de acção; a *reale Handlungslehre*, segundo a qual o conceito de acção não pode ficar dependente das regras jurídicas, porque se trata de um conceito próprio da ontologia e não da ciência jurídica.
35. Olhamos para a acção como uma categoria onto-axiológica. Se a concepção naturalística da acção nos conduz a um entendimento condicionalista do requisito causal; se o entendimento finalista nos reporta para um chamamento à liça da previsibilidade a este ensejo; se a acção social poderia estar em consonância com uma dada perspectiva da causalidade adequada, a compreensão da acção como uma

categoria axiológica da pessoa permite-nos, no diálogo com a pressuposição do risco, inverter alguns dos aspectos tradicionais do problema.

36. O apelo ao sentido ôntico-ontológico e axiológico da acção permitir-nos-á incluir as omissões numa acepção mais densificada e profunda da conduta. Porque no plano do ser a omissão é um nada, a relevância do comportamento omissivo fica dependente de uma pressuposta valoração referida ao concreto caso *decidendum*. Não se trata, pois, de saber se ele pode servir de base à responsabilidade, mas de determinar em que caso é que alguém pode ser obrigado a indemnizar com fundamento numa omissão. Intui-se a presença necessária de um momento valorativo, no âmbito do qual se conclua que um determinado sujeito, em face dos valores que estavam em risco, não podia ter ficado inactivo. Só que, a ser assim, concita-se a dúvida: por que razão se há-de circunscrever tal momento valorativo para as omissões se também a acção, sem a nota da pressuposição intencional, é um nada jurídico e se, muitas vezes, especialmente no que tange aos comportamentos negligentes, é difícil distinguir as ditas omissões das acções? O que vai, então, questionado não é a pura facticidade, nem a presença ôntica da omissão na realidade do ser, mas a assunção de critérios de equiparação entre ela e a acção, já que no plano jurídico é esta que conta. Há que ponderar, sistemática-expositivamente, duas situações distintas na estrutura que lhes vai ínsita. Assim, avulta possível a hipótese de o pretense lesante ter omitido intencionalmente uma determinada conduta de forma a causar um dano. O *non facere* vai aqui visto como um meio ou instrumento ao serviço da violação do direito absoluto ou da produção do dano. Situações há, porém, em que a omissão não é intencional, quedando-se a tarefa do jurista na determinação do grau de exigibilidade da conduta que não chegou a ter lugar. Duas ideias guia avultam. De um lado, a sempre invocada pessoalidade que não se afasta do nosso horizonte discursivo; do outro, a normalidade padronizada do homem médio. Transsistemática e intrassistematicamente confluem nos critérios que, com algumas oscilações, os autores nacionais e estrangeiros têm vindo a erigir para dar resposta à indagação. Intencionalmente, acção e omissão aproximam-se, cumprindo os momentos de analogia problemática e judicativa que se exigem para oferecer a um caso não típico a solução pensada para um caso mais frequente. Estruturalmente, não distam sobremaneira. A compreensão dos problemas que a omissão patenteia mostra-nos que o juízo normativo reclama para o seu núcleo fundamentador o tratamento de questões imputacionais. Sendo possível estabelecer uma analogia problemática e judicativa entre algumas das situações comissivas e aquelas outras omissivas, não será difícil constatar que também ao nível da acção é imperioso o estabelecimento de um nexos de imputação objectiva. Mais do que isso, se ao nível dos comportamentos negativos a solução passa pela análise da esfera de dever que o sujeito titula, então a mesmíssima noção de acção vai-nos permitir seguir um caminho preciso no que tange à definição dos critérios do que anteriormente era tratado como nexos de causalidade.
37. Tempo, pois, de definir alguns dos critérios que o problema da fundamentação da responsabilidade reclama. Assim, e desde logo, podemos afirmar que o filão fundamentador da imputação objectiva não pode deixar de se encontrar numa **esfera de risco que se assume**. Não basta contemplar a esfera de risco assumida pelo agente de uma forma atomística, desenraizada da tecitura antropológico-social e mundanal em que ele está inserido. Dito de outro modo, e relacionando-se isso com o pertinentemente aceite em matéria de definição da conduta juridicamente relevante, salienta-se aqui que, porque o referencial de sentido de que partimos é a pessoa humana, matizada pelo dialéctico encontro entre o *eu*, componente da sua individualidade, e o *tu*, potenciador do desenvolvimento integral da sua personalidade, **há que cotejá-la com a esfera de risco encabeçada pelo lesado, pelos terceiros que compõem teluricamente o horizonte de actuação daquele, e ainda com a esfera de risco geral da vida**. Ao que, aliás, não será também estranho o facto de todo o problema vir enervado pela teleologia primária da responsabilidade delitual, ou seja, pelo escopo eminentemente reparador do instituto.
38. A pessoa, ao agir, porque é livre, assume uma *role responsibility*, tendo de, no encontro com o seu semelhante, cumprir uma série de deveres de cuidado. Duas hipóteses são, então, em teoria, viáveis: ou a pessoa actua investida num especial papel/função ou se integra numa comunidade de perigo concretamente definida e, neste caso, a esfera de risco apta a alicerçar o juízo imputacional fica *a priori* desenhada; ou a esfera de risco/responsabilidade que abraça não é suficientemente definida para garantir o acerto daquele juízo. Exige-se, por isso, que haja um aumento do risco, que pode ser comprovado, exactamente, pela preterição daqueles deveres de cuidado. Estes cumprem uma dupla função. Por um lado, permitem desvelar a culpa (devendo, para tanto, haver previsibilidade da lesão e exigibilidade do comportamento contrário tendo como referente o homem médio); por outro lado, alicerçam o juízo imputacional, ao definirem um círculo de responsabilidade, a partir do qual se tem de determinar, posteriormente, se o dano pertence ou não ao seu núcleo.

39. A culpabilidade não se confunde com a “causalidade”. Pode o epicentro da imputação objectiva residir na imputação subjectiva firmada, sem que, contudo, os dois planos se confundam. Condicionam-se dialecticamente, é certo, não indo ao ponto de se identificar. O condicionamento dialéctico de que se dá conta passa pela repercussão do âmbito de relevância da culpa em sede de imputação objectiva. Isto é, a partir do momento em que o agente actua de forma dolosa, encabeçando uma esfera de risco, as exigências comunicadas em sede do que tradicionalmente era entendido como o nexos de causalidade atenuam-se. Acresce que, ainda que a previsibilidade releve a este nível, o ponto de referência dela será diferente relativamente ao da culpa. Assim, a previsibilidade de que se cura deve ser entendida como cognoscibilidade do potencial lesante da esfera de risco que assume, que gera ou que incrementa. Ela não tem de se referir a todos os danos eventuais. Designadamente, não terá de se referir aos danos subsequentes ou àqueles que resultem do agravamento da primeira lesão. Por isso, quando afirmamos que, ao nível da primeira modalidade de ilicitude, a culpa tem de se referir ao resultado, acompanhamos, entre outros, autores como LINDENMAIER, VON CAEMMERER ou TILL RISTOW, para sustentar que a previsibilidade que enforma a culpa deve recuar, no seu ponto referencial, até ao momento da edificação da esfera de risco que se passa a titular.
40. Para que haja imputação objectiva, tem de verificar-se a *assunção de uma esfera de risco*, donde a primeira tarefa do julgador será a de procurar o germen da sua emergência. São-lhe, por isso, em princípio, imputáveis todos os danos que tenham a sua raiz naquela esfera, donde, *a priori*, podemos fixar dois pólos de desvelação da imputação: um negativo, a excluir a responsabilidade nos casos em que o dano se mostra impossível (*impossibilidade do dano*), ou por falta de objecto, ou por inidoneidade do meio; outro positivo, a afirmá-la diante de situações de *aumento do risco*.
41. Exclui-se a imputação quando o risco não foi criado (*não criação do risco*), quando haja *diminuição do risco* e quando ocorra um *facto fortuito ou de força maior*. Impõe-se, ademais, a ponderação da problemática atinente ao *comportamento lícito alternativo*. Em termos práticos, não há unanimidade no tocante ao significado da invocação de um comportamento lícito alternativo. Se muitos advogam a sua procedência, baseando-se para o efeito na ideia de que, nestes casos, a ilicitude não teria cumprido a sua verdadeira função como elemento crucial de edificação do dever de indemnizar, outros parecem remeter a relevância dele para o âmbito da finalidade de protecção da norma, ficando a solução concreta dependente desse escopo. Seja como for, e independentemente das posições particulares que vão sendo firmadas, descontadas as tentativas de abordagem do tema à lupa da causalidade hipotética, é na ligação ao requisito da ilicitude que se joga o cerne da problemática. E por isso entende-se que, ultrapassada a visão mais ortodoxa dela, a sua mobilização surja com particular acuidade ao nível da segunda modalidade de ilicitude. A descoberta da falta de relevância da norma violada para a emergência do dano vem mostrar, afinal, que a intencionalidade normativa do caso não é assimilada pela intencionalidade normativa daquela. Do que se trata é de saber se o dano teria tido lugar sensivelmente do mesmo modo, no mesmo tempo e nas mesmas condições ainda que a preterição do dever não se tivesse verificado. Ou dito de outro modo, pergunta-se em que medida a conduta conforme ao direito teria diminuído de forma significativa o risco de realização do evento lesivo, quebrando-se, em caso de resposta afirmativa, o nexos de ilicitude que se começava a desenhar com a violação normativa. Se nos afastarmos do quadro da segunda modalidade de ilicitude delitual e nos deixarmos orientar pela ilicitude desvelada por via da lesão de direitos subjectivos absolutos, facilmente nos aperceberemos da dificuldade de mobilização de um comportamento lícito alternativo. Na verdade, se a ilicitude fica confinada à violação do bem jurídico, isto é, ao resultado, não faz sentido falar-se de uma alternativa lícita. Arredado que esteja o formalismo, sabemos que – embora perspectivado na óptica do resultado – o ilícito tem subjacente a si uma conduta, traduzindo-se a ligação entre estes dois elementos no nexos de imputação que estamos a erigir. Adequadamente compreendida a acção, conformada pela liberdade do sujeito, inseparável da correspondente responsabilidade, a conexão de que falamos não é matizada pela nota da exterioridade, mas predica-se na interioridade do dever. E traduz-se, em termos práticos-normativos, na constatação da assunção de uma esfera de risco, indagando-se, posteriormente, acerca da pertinência do dano àquele círculo de responsabilidade que se encabeça. Se a simples possibilidade é bastante para se integrar a lesão na esfera gerada ou incrementada, então é, em teoria, possível conceber que o lesante venha provar que o mesmo dano teria sido causado mesmo que o comportamento tivesse sido outro. Note-se, obviamente, que em rigor não estaria em julgamento um comportamento lícito alternativo, porquanto, ao não se estabelecer a conexão que buscamos, é o próprio nexos de ilicitude que falece e, conseqüentemente, o carácter ilícito do resultado. Não se trata de apurar da relevância negativa de uma causalidade hipotética, mas de saber se o lesante logrará afastar a sua responsabilidade ao provar a irrelevância do

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

42. Na indagação da pertinência funcional da lesão do direito à esfera de responsabilidade que se erige e assume, importa ter sempre presente que esta é mais ampla que o círculo definido pela culpa, como atrás se constatou. Contudo, pese embora a ideia da extrapolação da vontade que acompanha o resultado, há que ter em conta, no juízo imputacional, uma ideia de **controlabilidade** do dado real pelo agente. Esta controlabilidade há-de, pois, ser entendida no sentido da evitabilidade do evento lesivo. Com isto, exclui-se a possibilidade de indemnização dos danos que resultem de acontecimentos fortuitos ou de casos de força maior. No fundo, o que se procura com as categorias é retirar da esfera de risco edificada algumas das consequências que, pertencendo-lhe em regra, pela falta de controlabilidade (inevitabilidade, extraordinariedade, excepcionalidade e invencibilidade), não apresentam uma conexão funcional com o perigo gerado. Note-se, porém, que a judicativa decisão acerca da existência ou não de um facto fortuito ou caso de força maior poderá implicar, em vez de uma estanque análise das características elencadas, um cotejo de esferas de risco. De facto, poderá haver situações em que o pretense lesante não tem controlo efectivo sobre a situação que gera o dano, mas pode e deve minorar os efeitos nefastos dela. Com isto, mostramos que não é ao nível da culpa que as duas categorias derramam a sua eficácia. No entanto, isso não nos leva a optar inexoravelmente por uma perspectiva que as funde no conceito de causalidade. Percebêmo-lo de modo claro se rememorarmos o que ficou dito a propósito da responsabilidade objectiva. O mesmo é dizer que, neste trajecto, somos remetidos mais uma vez para o cunho imputacional que está aqui presente. Com isto clarificamos o alcance das duas figuras. Num dado sentido, o facto fortuito e a força maior retiram do núcleo de responsabilidade do lesante o resultado verificado. Num outro sentido, reclamam a repartição de esferas de risco, convidando-nos a um cotejo entre elas. Abre-se, portanto, o segundo patamar da indagação “causal” do modelo que edificamos.
43. Contemplando, *prima facie*, a **esfera de risco geral da vida**, diremos que a imputação deveria ser recusada quando o facto do lesante, criando embora uma esfera de risco, apenas determina a presença do bem ou direito ofendido no tempo e lugar da lesão do mesmo. O cotejo com a esfera de risco natural permite antever que esta absorve o risco criado pelo agente, porquanto seja sempre presente e mais amplo que aquele. A pergunta que nos orienta é: um evento danoso do tipo do ocorrido distribui-se de modo substancialmente uniforme nesse tempo e nesse espaço, ou, de uma forma mais simplista, trata-se ou não de um risco a que todos – indiferenciadamente – estão expostos?
44. O confronto com a **esfera de risco titulada pelo lesado** impõe-se de igual modo. São a este nível ponderadas as tradicionais hipóteses da existência de uma predisposição constitucional do lesado para sofrer o dano. Lidando-se com a questão das debilidades constitucionais do lesado, duas hipóteses são cogitáveis. Se elas forem conhecidas do lesante, afirma-se, em regra, a imputação, excepto se não for razoável considerar que ele fica, por esse especial conhecimento, investido numa posição de garante. Se não forem conhecidas, então a ponderação há-de ser outra. Partindo da contemplação da esfera de risco edificada pelo lesante, dir-se-á que, ao agir em contravenção com os deveres do tráfego que sobre ele impendem, assume a responsabilidade pelos danos que ali se inscrevem, pelo que haverá de suportar o risco de se cruzar com um lesado dotado de idiossincrasias que agravem a lesão perpetrada. Excluir-se-á, contudo, a imputação quando o lesado, em face de debilidades tão atípicas e tão profundas, devesse assumir especiais deveres para consigo mesmo. A mesma estrutura valorativa se mobiliza quando em causa não esteja uma dimensão constitutiva do lesado, mas sim uma conduta dele que permita erigir uma esfera de responsabilidade, pelo que, também nos casos de um comportamento não condicionado pelo seu bio-psiquismo, a solução alcançada pelo cotejo referido pode ser intuída, em termos sistemáticos, a partir da ponderação aqui posta a nú. Há que determinar nestes casos em que medida existe ou não uma

actuação livre do lesado que convoque uma ideia de auto-responsabilidade pela lesão sofrida. Não é outro o raciocínio encetado a propósito das debilidades constitucionais dele, tanto que a imputação só é negada quando se verifique a omissão de determinados deveres que nos oneram enquanto pessoas para salvaguarda de nós mesmos. Não se estranha, por isso, que o pensamento jurídico – mormente o pensamento jurídico transfronteiriço – tenha gizado como critério guia do decidente o *critério da provocação*. Tornam-se, também, operantes a este nível ideias como a autocolocação em risco ou a heterocolocação em risco consentido.

45. O juízo comparatístico encetado e justificado não dista sobremaneira pelo facto de a titularidade da segunda *esfera de risco*, concorrente com aquela, vir *encabeçada por um terceiro*. A triangular assunção problemática a que nos referimos leva implícita uma prévia alocação imputacional, posto que ela envolve que, a jusante, se determine que o comportamento dele não é simples meio ou instrumento de actuação do primeiro lesante. Donde, afinal, o que está em causa é a distinção entre uma autoria mediata e um verdadeiro concurso de esferas de risco e responsabilidade, a fazer rememorar a lição de FORST, embora não a acolhamos plenamente. O segundo agente, que causa efectivamente o dano sofrido pelo lesado, não tem o domínio absoluto da sua vontade, ou porque houve indução à prática do acto, ou porque não lhe era exigível outro tipo de comportamento, atento a conduta do primeiro agente (o nosso lesante, a quem queremos imputar a lesão). Neste caso, ou este último surge como um autor mediato e é responsável, ou a ulterior conduta lesiva se integra ainda na esfera de responsabilidade por ele erigida e a imputação também não pode ser negada. Maiores problemas se colocam, portanto, quando existe uma actuação livre por parte do terceiro que conduz ao dano. Há, aí, que ter em conta alguns aspectos. Desde logo, temos de saber se os deveres do tráfego que coloram a esfera de risco/responsabilidade encabeçada pelo lesante tinham ou não por finalidade imediata obviar o comportamento do terceiro, pois, nesse caso, torna-se líquida a resposta afirmativa à indagação imputacional. Não tendo tal finalidade, o juízo há-de ser outro. O confronto entre o círculo de responsabilidade desenhado pelo lesante e o círculo titulado pelo terceiro – independentemente de, em concreto, se verificarem, quanto a ele, os restantes requisitos delituais – torna-se urgente e leva o jurista decidente a ponderar se há ou não consumpção de um pelo outro. Dito de outro modo, a gravidade do comportamento do terceiro pode ser de molde a consumir a responsabilidade do primeiro lesante. Mas, ao invés, a obliteração dos deveres de respeito – deveres de evitar o resultado – pelo primeiro lesante, levando à actualização da esfera de responsabilidade a jusante, pode implicar que a lesão perpetrada pelo terceiro seja imputável àquele. Como factores relevantes de ponderação de uma e outra hipótese encontramos a intencionalidade da intervenção dita interruptiva e o nível de risco que foi assumido ou incrementado pelo lesante.
46. Ao recusarmos uma visão tendencialmente mecanicista e naturalista para entrarmos na circularidade do cotejo de esferas de risco, perde qualquer razão de ser falar de *interruptio*.
47. Assiste-se, no quadro imputacional por nós traçado, ao imbricamento dos restantes pressupostos da responsabilidade civil, pese embora a importância de se salvaguardar a analítica conceptual a que desde sempre nos fomos habituando.
48. A adequada compreensão do requisito causal implica, não só, a mutação na forma como se concebem alguns dos restantes pressupostos extracontratuais – o que, em verdade, não é difícil de entender, se pensarmos que, por esta via, se resolvem problemas outrora inseridos em fronteiras díspares –, como o próprio modelo delitual, globalmente considerado, não fica intocável. Assim, a partir do momento em que a categoria risco se estende para lá de mero alicerce fundacional das hipóteses de responsabilidade objectiva, contaminando as diversas situações em que emerge uma pretensão indemnizatória, torna-se pertinente questionar em que medida o instituto da responsabilidade extracontratual deve passar a ser visto como um sistema de alocação de riscos. Esta não vai, contudo, pensada nos termos funcionalizados com que é conhecida por alguns autores.
49. Além disso, os critérios esboçados para responder ao problema da imputação objectiva de um dado resultado danoso (lesão) ao comportamento do agente permitem-nos aventar heurísticamente a hipótese da existência de uma linha de continuidade entre as diversas modalidades de responsabilidade delitual, pela presença de um denominador comum que unifique macroscopicamente o instituto com que se lida. A liberdade responsável passa a ser, portanto, o denominador comum à luz do qual, enquanto modo-de-ser da pessoa, se interpretam os dados sistemáticos. Ao que se alia o concreto viver ontológico que o acompanha nas suas circunstâncias mundanas. A sociedade do risco avulta como pressuposto complementar que, arredando-nos da pura afirmação de validade, nos faz mergulhar na dimensão de eficácia que, dialecticamente com aquela, conforma a vigência das regras disciplinadoras do instituto.

Mas significa também que, na própria articulação dos requisitos de imputação delitual, há um verdadeiro *continuum*. A responsabilidade pelo resultado, assumida como a magna forma de desvelação da ilicitude delitual, vem a corresponder à violação de direitos absolutos. A lesão de tais posições subjectivas dotadas de eficácia *erga omnes*, não sendo bastante para desencadear a obrigação de indemnizar os danos sofridos, importa o seu acompanhamento por um comportamento culposo. Simplesmente porque, em homenagem à dualização iheringiana, se manteve a fidelidade à dicotomia a que assim se alude, e em face da pluricomplexidade performativa do real, não é possível manter a atomística consideração do dano evento sem, por qualquer meio, o reconduzir à subjectividade do lesante. Se a culpa, enquanto imputação subjectiva, visa cumprir esse desiderato, só parcialmente o logra satisfazer plenamente, sobretudo se tivermos em conta os fenómenos de co-condicionalidade e co-causalidade. O apelo ao que tradicionalmente era conhecido pelo nexo de causalidade torna-se, pois, urgente. Não na segmentação de delimitação do círculo de danos subsequentes indemnizáveis, mas, a montante, como meio de determinação da pertença do dano que se experimenta à esfera de actuação censurável do agente. Sem o que pode nem sequer ter ocorrido a violação dele, mas tão simplesmente a lesão do objecto do bem jurídico por essa via tutelado. Acresce que a ancoragem personalista com que encaramos a jurídica realização concreta do direito obsta à aceitação de uma perspectiva formalista que se possa contentar com a indiciária constatação da lesão a que se alude. Ainda que não abraçando uma doutrina finalista que unifique o juízo da ilicitude e o da culpa, a verdade é que a pressuposição dos deveres de solidariedade que unem cada um aos demais leva, concomitantemente, à assunção de uma esfera de responsabilidade pessoal diante do outro, que faz apelo a uma ideia de risco. É a partir dela que se poderá determinar em que medida um dano-lesão é ou não da responsabilidade do pretense lesante. O risco contagia, assim, a modelação da responsabilidade por culpa, sendo um dos vectores fulcrais de conformação da imputação objectiva que substitui uma pura visão causal do problema. O mesmo se pode dizer da responsabilidade alicerçada na segunda modalidade de ilicitude: com a diferença, de não pequena monta, de a esfera de risco não ser aí desenhada com apelo aos critérios gerais eticamente conformados segundo a dialéctica responsabilidade liberdade, mas de ser pensada *a priori* pelo legislador. Não existe, portanto, um corte abrupto com a responsabilidade objectiva, tanto mais que, no seio desta, descortinámos, também, uma dimensão personalística e imputacional.

50. Outras consequências do entendimento explanado em sede de imputação delitual são possíveis: o olhar relativo às causas de exclusão da ilicitude altera-se. Assim, podemos tentar sistematizar os possíveis fundamentos de operatividade dessas causas de justificação: 1) excluem o nexo de ilicitude que em concreto se deve erigir, pela transferência do risco para uma esfera diversa da do agente imediato; 2) coenvolvem uma tolerância do ordenamento jurídico; 3) conferem uma verdadeira autorização do ordenamento para agir.
51. O desenho imputacional que foi esboçado não deixa também incólume a conformação do problema do ónus da prova do que tradicionalmente era conhecido por causalidade. O lesado tem de provar a edificação de uma esfera de risco e a existência do evento lesivo. O juízo acerca da pertença deste àquela esfera traduzir-se-á numa dimensão normativa da realização judicativo decisória do direito.
52. Ter mergulhado na questão do ónus da prova leva-nos, contudo, a ter de enfrentar em termos dogmáticos o problema da condicionalidade. Genericamente, não se errará se se adiantar que, enquanto a causalidade, qualquer que seja a concepção que a enforma, surge eivada por uma dimensão normativa, ainda que tendencialmente correspondente ao conceito natural, a condicionalidade é sobretudo cogitável no contexto fisicista, ainda que também tenha sido coberta por um manto de juridicidade. Tradicionalmente, o que se procurava com ela era a pertinência ao real, isto é, a garantia de que aquele comportamento tido como causa – porquanto adequado, para a doutrina tradicional, ou imputável objectivamente, se quisermos dar o salto em frente, na direcção do nosso modelo dialógico – era uma das condições que na realidade contribuíram para a ocorrência do evento lesivo. Seria, por isso, condição mínima necessária para o estabelecimento da causalidade, que conduziria a um alargamento exponencial dela, não garantindo o desiderato limitador que por seu meio se prosseguia. Se com a causalidade se afirma que por aquele comportamento se pode responsabilizar o agente, com a condicionalidade procura-se afastar elementos espúrios ou irrelevantes. A doutrina da *conditio sine qua non*, com a sua lógica contrafactual, e na complementaridade com a teoria da adequação, mais não procura do que a eliminação da irrelevância factual para o apuramento da causa. As fragilidades que a condicionalidade necessária viria a denotar fizeram com que outras soluções fossem cogitadas pelos autores. Ao anglo-saxónico *but-for test* contrapõe-se, neste contexto, o *NESS-test*. Ou seja, a uma ideia de necessidade opõe-se uma ideia de suficiência, debatendo-se os autores entre a bondade de uma e outra abordagem, sobretudo tendo em conta os casos de sobredeterminação causal. Não cremos, contudo, que o jurista tenha de se enredar num

juízo logicista de condicionalidade. O que está em causa, a este nível, é, no fundo, o dilemático problema da transposição entre o dever ser e o ser. Ora, o que a condicionalidade faz não é, ou não fosse a sua índole determinista e logicista, dar um passo em frente na descoberta da causa real da lesão que primordialmente se imputa ao pretense lesante, mas atestar da relevância ou irrelevância do comportamento deste para a emergência daquela. Em bom rigor, essa relevância foi já testada a montante, porque, ainda que o juízo acerca da assunção de uma esfera de risco convoque uma ideia de razoabilidade própria do homem médio, ela não deixa, na dialéctica anunciada, de se ater a dados de concretude bastante para afastar danos impossíveis ou comportamentos não idóneos para causar a lesão. Os próprios casos de sobredeterminação causal acabam por colher no modelo pré-definido uma resposta. E o mesmo se diga da indagação hipotética, já que, uma vez recusada a condicionalidade logicamente determinada em termos de necessidade, ela acaba por perder naturalmente o sentido que detinha no quadro de pensamento tradicional. Procura-se, com a condicionalidade necessária ou suficiente, consoante as respostas encontradas pelos autores, afastar todo e qualquer comportamento que não tenha sido relevante para a produção do dano. Ao apelarmos, numa alternativa discursiva, aos índices indagatórios do modelo por nós forjado para dar resposta ao problema, estamos a afastar, sem perder de vista a concretude do caso, determinados comportamentos que de todo não são aptos a, naquelas circunstâncias, gerar o dano, ou porque o bem lesado já não existia ou porque o comportamento não se mostra idóneo a gerar aquele tipo de lesão. É claro que isso nada nos diz acerca do concreto papel que o comportamento do agente desempenhou no processo causal conducente ao dano. Simplesmente, percebemos pelo desenvolvimento das nossas ideias que o carácter logicista, contrafactual e tendencialmente probabilístico (excepto para quem advogue um mundo determinístico) dos tradicionais testes condicionais pouco nos auxilia nessa missão. Por isso, propomos, também em alternativa, que o jurista se certifique da incidência do comportamento do lesante no surgimento do evento lesivo. Dito de outro modo, há que provar que a conduta do agente teve um papel na história do evento danoso. Só que, para isso, não nos interessa um *but-for test* ou um *NESS-test*, antes nos bastando com o envolvimento do facto na história da lesão, que é pressuposto na análise da edificação de uma esfera de risco/responsabilidade e se torna translúcido no momento da comprovação da hipotética relevância problemática do caso, isto é, no momento em que o lesado apresente os contornos da situação material controvertida e a prove.

53. Fala-se de sobredeterminação causal quando não há apenas uma, mas várias possíveis causas de surgimento do evento danoso, restando saber se a responsabilidade deve ser imputada – solidariamente, podemos antecipá-lo – aos diferentes intervenientes no processo causal ou se, pelo contrário, a confluência de mais do que uma génese condicional/causal seria de molde a fazer recair o prejuízo sobre aquele que o sofreu. Dois parecem ser os nódulos de cristalização das hipóteses que, por uma via ou outra, entroncam na ideia de causalidade múltipla em sentido amplo: causalidade hipotética ou virtual e concausalidade ou causalidade múltipla. No que à primeira respeita, não existe em rigor uma duplicidade de causas efectivas na produção do dano, antes se assistindo à eficácia causal de uma única acção para a emergência daquele, discernindo-se, contudo, que o mesmo se verificaria por meio de outro facto independente. É o que vai questionado é, então, em que medida, pese embora seja certa a causa, é possível afastar a responsabilidade do agente que a põe em marcha pela coexistência, ainda que virtual ou hipotética, de um outro factor causal. Tematiza-se, assim, o problema da relevância negativa da causa virtual. Já a sua hipotética relevância positiva nos leva a questionar o que tradicionalmente é conhecido por causalidade interrompida, ultrapassante ou interrupção do nexos de causalidade. Avulta, também aí, a nota da virtualidade ou carácter hipotético de uma das causas – a primeira posta em marcha –, que não se chega a verificar, porque a sua eficácia é interrompida pela interposição de uma causa superveniente que acaba por ser determinante. A doutrina, nacional e estrangeira, tem-se mostrado céptica na afirmação da relevância positiva da causalidade virtual e profundamente dividida no que tange à sua relevância negativa.
54. Embora distinta da causalidade concorrente ou múltipla causalidade (por não se lidar aí com causas virtuais, mas reais), a inserção de um caso concreto numa ou noutra relevância hipotética só se alcança na intelecção dos fundamentos da juridicidade ou, num plano menos rarefeito, na pressuposição do sistema delitual, constituído e a constituir, de que os modelos dogmáticos erigidos pela doutrina são também parte integrante. E se assim é, então, podemos concluir que a irrelevância da condicionalidade virtual, mesmo no quadro do pensamento tradicional com o qual dialogamos, legítima que se afaste, no domínio da causalidade concorrente e conjunta, o nódulo dilemático da *conditio sine qua non*. Questiona-se, porém, se verdadeiramente é possível falar-se de irrelevância da condicionalidade necessária no quadro de afirmação da irrelevância da causa virtual. É que, como chamam à atenção alguns autores, a existência de uma causa hipotética não afecta a causalidade real por não pôr em causa a ligação entre o facto e o dano concebido concretamente. A ideia de que um outro comportamento produziria, igualmente, o dano só é

cogitável na pressuposição do resultado em abstracto. Distinguem-se as hipóteses de causalidade virtual das situações de causalidade concorrente. A dicotomia, que em termos conceptuais se afigura simples, mostra-se, por vezes, dilemática na prática judicativa. Basta, para o efeito, que se tenha gerado uma situação de dúvida acerca da concreta autoria do dano, donde resulta clara a analogia problematizante com as situações de causalidade alternativa incerta. É claro que continua a discernir-se uma diferença: aí não haverá uma, mas duas causas hipotéticas, que não têm, então, o sentido de possível causa se outra não se tivesse tornado operante, mas de putativa génese do dano. De todo o modo, afirma-se que a relação de condicionalidade entre o facto constitutivo da responsabilidade e o dano permanece intocável com a existência de uma virtual causa danosa. E vimos que a afirmação só pode ser aceite quando nos orientamos pelo dano concreto, já que o teste da *conditio sine qua non* falharia se nos polarizássemos no dano abstracto. Só que há dúvidas quanto à possibilidade de, no seio de um pensamento logicista, se perspectivar a solução do ponto de vista da concretude do resultado. Basta, para o entender, lembrar que a solução acerca da condicionalidade *sine qua non* vai ínsita na indagação que dela se faça, por ficar dependente das descrições que do evento e do dano se estabeleçam. Acresce que, ao olharmos para a concretude da situação, podemos ser remetidos para outro tipo de dificuldades pois, não pondo assim de lado a complexidade telúrica, temos de ter em conta situações em que não é possível postergar o imbrincamento dos acontecimentos na realidade. De facto, a causalidade virtual pode ser encarada do ponto de vista da interrupção do nexu causal: A disparou um tiro contra B, que teria morrido de qualquer modo porque tinha sido envenenado por C. Poder-se-á saber se a vulnerabilidade potenciada pelo veneno a circular no organismo condicionou ou não o facto de não ter resistido ao disparo? Além disso, ao dizer que não se nega a responsabilidade de A, teremos de concomitantemente sustentar a não responsabilidade de C. Ou seja, a irrelevância negativa da causalidade virtual é acompanhada da sua irrelevância positiva. Só que, do ponto de vista tradicional, isto acabaria por contender com a ideia de que, havendo dúvidas sobre qual dos possíveis autores foi efectivamente causador do dano, nenhum seria responsável. É que, como refere MENEZES CORDEIRO, tal solução levaria a que houvesse irrelevância positiva da causa virtual, mas também a que se afirmasse a sua relevância negativa (o lesado não poderia pedir contas a ninguém, mas o efectivamente imputado liberar-se-ia da responsabilidade). Se mantivermos a ancoragem da resposta logicista, somos confrontados com o seguinte cenário: não se dá relevância negativa à causalidade hipotética do ponto de vista da fundamentação da responsabilidade, porque se mantém intocável a relação de condicionalidade de facto entre o evento e o dano. Mas então isso significa que, se forem duas as causas hipotéticas, nenhuma conduz à exclusão da responsabilidade do agente da outra. Por outro lado, sendo duas as causas hipotéticas, porque a mera hipótese de dano não funda a responsabilidade, nenhum dos agentes será obrigado ao pagamento de uma indemnização, excluindo-se a relevância positiva. Só que, ao excluir-se a relevância positiva, está-se, do mesmo passo, a afirmar a relevância negativa das duas causas hipotéticas, donde os termos lógicos da equação falham necessariamente. Donde, ou se insiste na manutenção da pura logicidade e se compromete a justeza material das soluções, ou se abdica dela. E fazendo-o, legitimamos a prescindibilidade da condicionalidade sem a qual a este nível, tornando-a também irrelevante do ponto de vista da causalidade concorrente. Ao mesmo tempo, se não nos enredarmos nas aporéticas sindicâncias orientadas pelo resultado concreto, então é aquela prescindibilidade que avulta com toda a transparência.

55. Tempo, pois, de olhar para os casos de causalidade concorrente: conjunta, alternativa e cumulativa. Os termos com que as diversas hipóteses nela contidas são identificados nem sempre são coincidentes. Em geral podemos dizer que, em primeiro lugar, se ponderam a este nível hipóteses em que concorrem duas acções para a produção do mesmo resultado, sendo que qualquer uma seria suficiente para a consecução dele – isto é, nenhuma é *condição sine qua non* do surgimento do dano. Duas são as vias de solução pensáveis: ou se considera que não é possível o abandono do requisito condicional e a consequência lógica terá de ser a desresponsabilização dos agentes, pese embora a injustiça que se intui na solução; ou se considera, pelo contrário, que cada agente pode ser responsabilizado, pese embora o desvio relativamente à resposta tradicional. A doutrina nacional tem deposto no sentido da segunda alternativa. Assim, o testemunho de PEREIRA COELHO, VAZ SERRA, ANTUNES VARELA, MENEZES CORDEIRO e mais recentemente PAULO MOTA PINTO, por aplicação analógica do artigo 497º CC. Se A e B disparam ao mesmo tempo um tiro sobre C, que morre na sequência do ferimento com as balas, ambos exerceram um efeito causal sobre o resultado final. Embora não haja uma actuação concertada, a interpretação dispensada ao artigo prescinde dela em nome da protecção da vítima, contornando, assim, a um tempo, a imposição da verificação estrita da condição *sine qua non*. Alguns casos afiguram-se, contudo, mais complexos. Basta que, numa situação análoga, não se consiga dilucidar qual dos agentes disparou o tiro que feriu mortalmente a vítima. A causalidade não seria aí cumulativa, embora não necessária, mas alternativa. Aqui não há verdadeiramente cumulação de causas, mas incerteza relativamente ao nexu a apurar em termos fácticos, pelo que o artigo 497º CC não poderia ser aplicado. Solução diversa seria

disponibilizada pelo § 830 BGB, nos termos do qual, “se vários agentes tiverem causado o dano mediante uma acção ilícita praticada em conjunto, cada um é responsável pelo dano”. Haveria, ainda, que lidar com as situações de causalidade cumulativa: duas acções, isoladamente tidas por inofensivas, geram, quando combinadas, o dano, isto é, o comportamento do obrigado à indemnização sozinho não produziu o dano, mas apenas em conjugação com outro evento, proveniente de um terceiro ou do próprio lesado. Descontada esta última intencionalidade problemática, e retomando o exemplo atrás mencionado, podemos configurar três hipóteses: 1) a acção de A e B foram concertadas; 2) A e B actuaram separadamente, mas ambos os disparos atingiram C; 3) A e B actuaram separadamente, só um dos tiros alcançou o corpo de C, mas sendo as pistolas idênticas e tendo o mesmo calibre, não se sabe qual o projectil que foi mortal. Nos dois primeiros cenários, haveria responsabilidade solidária dos agentes, nos termos do artigo 497º CC. No último caso, a solução do problema requer uma ponderação mais apurada. Partimos não da *conditio*, mas da edificação de uma esfera de responsabilidade. Se ela se erige polarizada em mais do que um agente, então duas são as vias heurísticamente a considerar: ou uma das esferas consome a outra e só um é responsável; ou nenhuma delas exerce uma força consumptiva sobre a outra, havendo lugar à responsabilidade solidária nos termos do artigo 497º CC. A intencionalidade problemática do preceito assimila perfeitamente a intencionalidade do caso concreto. Quando A e B disparam sobre B, podem não ter causado a morte de C em conjunto, mas, na dúvida, ambos edificaram uma esfera de responsabilidade, por ela sendo chamados à liça. É ela e não a factualidade neutral que é ajuizada pelo direito. Não estamos a recorrer a nenhuma ficção. A esfera de responsabilidade existe concretamente e é com base nela – e não com base na causalidade própria das ciências exactas – que se interpreta o critério previsto no artigo 497º CC. Nos termos do artigo 497º CC, prevê-se a responsabilidade solidária para o caso de pluralidade de responsáveis. Havendo duas acções e dois agentes que preencham os pressupostos delituais, não será difícil concluir pela assimilação do caso pela intencionalidade problemática do preceito. Hipóteses haverá, porém, em que a pluralidade dá lugar à unicidade. Aí, a aplicação da norma aos casos de co-autoria, instigação ou auxílio à prática do acto ilícito é determinada pelo artigo 490º do mesmo diploma. Para lá da força cogente do direito positivo, temos a justificar a solução o facto de existir uma concertação entre os agentes que determina a existência de um só (e conjunto) comportamento lesivo. Assumindo cada um o seu papel, mas todos sendo determinantes para a emergência do dano, não faria sentido que apenas um pudesse ser obrigado ao pagamento de uma indemnização. Onde, e sem embargo de ulteriores explicitações acerca da solidariedade ao nível da responsabilidade extracontratual, a pluralidade reclamada pelo artigo 497º CC harmoniza-se com a unicidade de comportamentos pressuposta pelo artigo 490º CC por via da desvelação de plúrimas esferas de responsabilidade, por meio das quais se vai edificar a imputação. Quer isto dizer que aquela norma deve ser interpretada não no sentido de exigir a pluralidade fisicamente comprovada de condutas ilícitas, mas no sentido de impor a existência de mais do que um responsável. Ou seja, abre-se a porta a que, nas hipóteses de causalidade alternativa incerta, porque dois ou mais sujeitos titulam uma esfera de responsabilidade, eles sejam considerados solidariamente responsáveis, excepto se, de acordo com o esquema imputacional por nós delineado, um deles vier provar qual a real causa do dano. E se assim nos questionarmos sobre o eventual sacrifício da comutatividade, a fazer anunciar uma responsabilidade pelo pôr em perigo, haveremos de concluir que ele é apenas aparente: na gestão de riscos faz-se impender sobre o pretense lesante a dificuldade de prova do que tradicionalmente era entendido por nexos de causalidade.

56. O que aqui fica dito requer, não obstante, que se mergulhe no nódulo problemático da solidariedade obrigacional ao nível da responsabilidade civil. Designadamente, há que tentar perceber em que medida ela corresponde a um dado desenho imputacional. Se as obrigações conjuntas importam a divisibilidade da prestação, elas não fariam sentido por referência à responsabilidade extracontratual, posto que, entendido o fundamento da imputação em termos de esferas de risco e responsabilidade, elas absorvem ou não a produção do dano. Do ponto de vista exterior, o nexos que se erige é absoluto. Existe ou inexistente e nesse binómio encontramos simultaneamente a resposta ao problema da solidariedade, o qual, mostrando em termos práticos o modo de funcionamento delitual, nos iluminará, concomitantemente, no cotejo entre esferas de risco que se há-de operar. Haverá solidariedade sempre que o mesmo dano pertença normativamente a mais do que uma esfera de responsabilidade que não anula a outra. Assim, poderemos pensar em casos de responsabilidade solidária para as hipóteses em que há mais do que um fundamento normativo, por via de previsões diversas de responsabilidade, para a imputação. É o que ocorre tradicionalmente com os comitentes, nos termos do artigo 500º, nº3, CC. Paralelamente, importa não esquecer os tradicionais casos de co-autoria, cumplicidade e instigação, previstos expressamente no artigo 490º CC. Simplesmente, a co-autoria que se eleva a foros positivos envolve situações em que a participação na mesma actividade não pressupõe um prévio acordo entre os sujeitos. Um último grupo de casos reclama a assimilação pelo âmbito de relevância do regime da solidariedade. Nestes falta a

concertação com que abordámos o anterior. Arredando-se o artigo 490º CC, passamos a ter em confronto a intencionalidade problemática do artigo 497º CC e a do caso concreto. Esta parece assimilar – ou poder assimilar – a relevância problemática dos casos de causalidade cumulativa não necessária e dos casos de causalidade alternativa.

57. A solução em matéria de solidariedade pouco nos adianta: ela sustenta-se no desenho traçado em termos de imputação delitual e no posicionamento firmado em matéria de causalidade. Mas não deixa de ser importante a sua compreensão para, acedendo à intencionalidade do regime, percebermos em que medida ela não contraria as instruções comunicadas em sede delitual. De todo o modo, se considerássemos a existência de um ponto de apoio no direito positivo para a defesa da responsabilidade solidária em casos como o dos dois caçadores, então teríamos o aval do direito já constituído para sustentar a não imperiosidade da condicionalidade em situações ditas de causalidade alternativa incerta. Poder-se-ia, posteriormente e inclusivamente, argumentar no sentido de que aquele que sofre um dano causado por uma situação em que só intervém um agente não pode ser penalizado relativamente ao que é lesado por um único sujeito. O raciocínio é inverso ao que percorre a defesa dos *evidentiary damages*, embora comungue o mesmo tipo de racionalidade, e justifica que se olhe para alguns aspectos do direito que é. Pense-se a este ensejo no tipo legal de crime de participação em rixa, previsto no artigo 151º C. Penal. Tendo em conta o ponto de partida da criminalização – a grande dificuldade em provar qual dos participantes na rixa foi o autor da morte ou lesão corporal grave –, cremos que o melhor entendimento será aquele que olha para o grupo e não para os seus membros em particular como o pólo de imputação objectiva de que se cura, tanto mais que se defende a existência de um concurso aparente, a determinar a punição de acordo com o artigo 131º, quando se venha provar quem foi o autor da morte. Note-se, porém, que isto não exclui a responsabilidade dos outros participantes pelo facto de terem entrado na rixa. Como se percebe, lidamos com uma norma estranha aos quadros civilísticos. E o simples dado impõe algumas cautelas. Desde logo, importa saber se a mobilizamos enquanto disposição legal de protecção de interesses alheios, pois, se assim for, ficaremos constrangidos pela conformação normativa que recebemos por via da inserção na segunda modalidade de ilicitude delitual, ou seja, só diante de uma rixa estaremos em condições de imputar – sem necessidade de prova da autoria da morte ou lesão da integridade física – o dano a cada um dos participantes, responsabilizando-os solidariamente. Simplesmente, parece-nos que dois argumentos depõem em sentido diverso. Em primeiro lugar, importa não esquecer que em causa está a tutela de bens jurídicos que, no âmbito do direito civil, são elevados à categoria de direitos subjectivos absolutos. Quer isto dizer que estamos diante de um segmento em que – uma vez constatada a violação de tais direitos – pode ser procurada a responsabilização do pretensu lesante quer por via da segunda modalidade de ilicitude, quer por via da primeira modalidade dela. Isto é, e de uma forma mais directa, o papel que a disposição legal de protecção de interesses alheios pode aqui ter não é o de alargamento do leque de interesses tutelados, mas o de facilitação, pela definição prévia de uma esfera de responsabilidade, da imputação. Só que, ao ser assim, entrando no segundo argumento anunciado, e porque não estamos limitados pela necessidade de cumprimento de um princípio como o princípio da legalidade criminal, justificar-se-á o recurso à norma em casos em que os momentos da analogia problemática e judicativa se cumpram. Se três ou quatro pessoas se reúnem para, brincando, atirarem em simultâneo várias pedras enquanto os automóveis circulam na estrada, não estamos diante de uma rixa e, não obstante, a analogia com a intencionalidade problemática da norma é perfeita. Dado este passo, há que reconhecer que a imputação da lesão é feita ao grupo, o que requer uma configuração própria deste, a fazer apelo à sua estabilidade e consistência. De algum modo, aproximar-nos-íamos da lição francesa de ABERKANE, autor que elege como fundamento da responsabilidade *in solidum* dos membros indeterminados de um grupo determinado de pessoas ao qual pudesse ser imputado um dano a existência de uma quase personalidade moral do grupo. A proximidade denotada permitiria, por seu turno, a chamada à lição do artigo 490º CC. Não haveria uma concertação de acções, de modo a que se pudesse falar de co-autoria, mas uma combinação de condutas que permitiria recortar um círculo de perigo ao qual se pudesse imputar a lesão. Nessa medida, justificar-se-ia a responsabilização solidária de todos os participantes no evento lesivo. Cremos, contudo, que se pode ir mais além, não nos limitando pela existência de um grupo estável e consistente de putativos lesantes. Na verdade, se o que releva é a existência de um círculo de perigosidade que viabiliza a imputação, então – e assumindo o ponto de vista imputacional de onde partimos – podemos olhar isoladamente para cada uma das esferas de risco encabeçadas pelos pretensos lesantes. A duplicidade de vínculos requerida pelo regime da solidariedade ao nível da responsabilidade civil seria preenchida pela presença de mais do que uma esfera de responsabilidade – edificada de acordo com os critérios atrás considerados – e pela possibilidade – suficiente do prisma em que nos posicionamos – de recondução da lesão a cada uma das esferas delineadas. Não há, na verdade, uma diferença significativa entre uma esfera de risco colectiva e uma esfera de risco pessoalizada, excepto se o fundamento que recortarmos para a solução cogitada se situar

no plano processual e atender à dificuldade de prova que decorre do facto de mais do que um sujeito intervir no evento conducente ao dano. O nosso percurso não dista significativamente daquele que, com mestria, BYDLINSKI calcorreou no ordenamento jurídico austríaco. Constantando que só uma mutação no modo como se perspectiva a condicionalidade *sine qua non* poderia levar o jurista a afirmar que ela se cumpre no quadro da causalidade cumulativa (ou seja, sempre que existem duas ou mais causas, sendo que qualquer uma delas teria sido suficiente para produzir a lesão) e depondo no sentido contrário àquele que nos polariza no grupo para edificar a dita condicionalidade (basta, para tanto, pensar que uma vez descoberta o real autor da violação do direito se exclui a responsabilidade dos restantes membros), o jurista conclui que, se ela falha a esse nível, também se pode dela prescindir no âmbito da causalidade alternativa, tanto mais que, ainda que se prove que duas ou mais pessoas causaram conjuntamente o dano, restam sempre dúvidas acerca da real contribuição de cada uma delas para o surgimento daquele. Dado este passo, torna-se plausível também sustentar a operacionalidade do regime da solidariedade quando a concorrência causal se joga entre um comportamento ilícito e culposo (atribuível ao pretenso lesante) e um facto natural ou outro qualquer evento que se situe na esfera de responsabilidade do lesado. A pluralidade causal – ou pelo menos condicional – é, no quadro de sociedades hipercomplexas como as nossas, a regra. Por isso, tornámos imperioso o cotejo de esferas de responsabilidade/risco. A simples edificação ou desenho de cada uma delas, ainda que acompanhada da recondução da lesão ao seu núcleo predicativo, não nos satisfaz, impondo-se o cotejo com as restantes esferas de risco/responsabilidade que com aquela dialogam. Teoricamente, são então possíveis duas alternativas: a) uma das esferas a que se alude consome a outra; b) as duas coexistem e concorrem entre si. No primeiro caso, a responsabilidade impenderá sobre apenas um sujeito (ou vários, se a esfera em questão for colectivamente titulada); no segundo caso, a regra será a da solidariedade. Hipóteses haverá em que a solidariedade deixa de fazer sentido. Na verdade, se o evento concorrente se situar na esfera de responsabilidade/risco da vítima, então uma responsabilidade diminuída parece ser a resposta. Tudo isto mostra que o nosso enfoque não é colocado na condicionalidade *sine qua non*, mas na questão imputacional.

58. O que ficou dito, importando uma alteração no modo como vem sendo concebido o tópico da causalidade, suscita uma questão. Na verdade, de pouco serviria, prático-normativamente, o esforço dialógico encetado se, posteriormente, fôssemos forçados a concluir que, quando mergulhados na questão do preenchimento da responsabilidade, isto é, da recondução dos danos subsequentes à lesão do direito subjectivo absoluto (se atidos à primeira modalidade de ilicitude, em consonância com a circunscrição temática que fixámos *ab initio*), seria imprescindível mobilizar os arrimos dogmáticos que, confluindo na *conditio sine qua non* ou na causalidade adequada, tínhamos antes rejeitado. Urge, por isso, tentar perceber em que medida as conclusões anteriormente expendidas permitem, ou não, olhar de outro modo para o sempre dilemático tópico. Para tanto, e porque nos continuamos a centrar na consideração da lesão do direito subjectivo enquanto modo de desvelação da ilicitude, importa tecer algumas considerações acerca da concreta modelação do conceito, já que só por essa via estaremos aptos entender o modo como se perspectiva o específico nicho problemático.
59. O direito subjectivo só é concebível numa dupla transcendência. Na verdade, sendo um instrumento ao serviço do poder de autodeterminação, ele filia-se na autonomia do sujeito, apresentando uma dimensão axiológica fundamentante fundamental. Ora, a autodeterminação configurada como poder de autogestão não funciona no vazio, mas orienta-se para a prossecução de fins, para a satisfação de interesses. Pelo que o direito subjectivo, enquanto meio de que ela se serve, terá a mesma missão. Sem que isso implique uma funcionalização dele, já que não está vinculado à existência de qualquer um em concreto. O titular do direito subjectivo que o exerce mobiliza a sua esfera de autonomia, que deve deixar de ser entendida em termos estritamente negativa, para passar a ser compreendida em moldes positivos, de abertura dialogante ao outro. Esta autonomia não encontra na responsabilidade uma sua limitação, mas uma forma de actualização. Esta surge como um garante da liberdade e nessa medida da personalidade, podendo-se afirmar abertamente que é predisposta à tutela das condições essenciais ao livre desenvolvimento da personalidade de cada um. A protecção de bens jurídicos, ao nível aquiliano, acompanha a construção do edifício civilístico alicerçada no direito subjectivo. Longe de uma visão conflitual e individualista, o direito subjectivo desenha uma esfera de actuação livre da pessoa. Não o faz, contudo, de modo indiferenciado. Se assim fosse, bastar-nos-íamos com a previsão geral – entendida no sentido do reconhecimento positivo de algo que se impõe ao próprio legislador – de um direito à liberdade. Alicerçado na personalidade, o direito subjectivo traduz-se num poder que a actualiza e que incide sobre um bem. Se o seu conteúdo nos arrasta, por esse motivo, até domínios da autonomia, ela cumpre-se particularizadamente, pelo que, numa análise fenomenológica da natureza humana, estamos autorizados a adiantar que a mola impulsora da actuação concreta do sujeito diante do bem sobre o qual pode exercer algum poder é o interesse. O interesse acompanha sempre o direito subjectivo, uma vez que o

modo de agir predicativo do ser humano é finalisticamente orientado. No plano creditício, somos confrontados, no artigo 398º CC, com a ideia de que a prestação, não necessitando de ter um valor pecuniário, “deve corresponder a um interesse do credor, digno de protecção legal”. É evidente que não se pode advogar uma generalização do que ali é previsto, até porque a intencionalidade predicativa do mundo obrigacional determinará, por exemplo, a conversão da mora em incumprimento definitivo no caso de perda daquele interesse, não se registando paralelo no plano da acção generalizada. Na verdade, pode um proprietário perder, em concreto, interesse na utilização da coisa sem que isso implique a renúncia ao seu direito ou, sequer, a impossibilidade de litigar por ele numa acção de reivindicação ou de condenação de um terceiro à omissão do comportamento que a possa pôr em causa. Do mesmo modo, o cotejo entre a amplitude da capacidade de gozo das pessoas singulares e a funcionalização a que a mesma está votada no caso de uma pessoa colectiva mostra-nos que não é plausível sindicar o exercício do direito subjectivo com base no interesse que lhe está subjacente. Há, no entanto, que ter em conta uma dualidade: a que que perpassa a divisória entre a titularidade do direito e o seu exercício. Se esta constatação arrasa uma das críticas frequentemente dirigidas aos arautos da teoria do interesse, nem por isso defendemos a adopção dela em termos definidores da categoria: não, porque o exercício do direito não é vinculado à aferição da existência do interesse; não, porque a verdadeira essência daquele, assente num poder colimado na autonomia do ser pessoa, fica deste modo apagada; não, porque nem sempre a forma de tutela encontrada para proteger interesses legítimos se filia no reconhecimento ou atribuição de um direito. Mas isto não obsta a que se olhe para aquele interesse, de modo a forjar um critério de determinação do dano indemnizável que, não nos condenando à funcionalização do exercício do direito, traga a lume a consideração do interesse concreto do titular daquele.

60. A presença do interesse ao nível do direito subjectivo marca o seu trilho, que se vinca em alguns momentos com projecção normativa mais ou menos evidente: assim, por exemplo, na regulamentação positiva da gestão de negócios, enquanto fonte de obrigações, e bem assim do enriquecimento sem causa. A análise de alguns traços específicos dos institutos permite-nos concluir que é inerente ao direito subjectivo absoluto um dado conteúdo patrimonial, traduzível numa nota de utilidade. Sempre que ela não possa ser realizada, fruto da intervenção de um estranho à esfera de domínio traçado pelo direito, desenha-se um dano. Este importa a consideração da repercussão que a lesão teve, já não no titular abstractamente configurado, mas na esfera da pessoa realmente lesada, uma vez que esse impacto é variável. Imagetivamente, podemos configurar duas esferas: uma esfera de utilidade geral – traduzida no valor patrimonial do bem objecto do direito e, mais especificamente, compreendida pela análise das diversas faculdades inerentes ao conteúdo do direito – e uma esfera de utilidade particular – colimada naquilo que o concreto titular da posição subjectiva absoluta, dentro do primeiro círculo definido, se propõe realizar. É a partir do cotejo destas duas esferas que podemos encontrar a essência do que é o dano. E mais do que encontrar a essência do que é o dano, podemos encontrar aqui um critério de recondução dos danos subsequentes – dos segundos danos – ao dano evento (dano primário ou violação do direito subjectivo que, ao nível da primeira modalidade de ilicitude, assume uma posição charneira em toda a questão imputacional). A partir dele conseguimos, de facto, saber em que medida o que a pessoa perdeu ou aquilo que deixou de ganhar se inscreve ou não na esfera do direito cuja lesão já tinha sido imputada a um determinado sujeito.
61. Sob este prisma, que aqui não é mais do que apresentado em termos perfunctórios, atento que seja o núcleo central da nossa dissertação, deixa de ter qualquer razão de ser a equação de problemas como a causalidade virtual, ainda que perspectivada segundo o prisma da determinação do *quantum* indemnizatório. Esta surgiria, aos olhos de parte da doutrina, como uma decorrência necessária do cálculo da indemnização com base na teoria da diferença. Se, recuando-se no tempo, se pode vislumbrar uma tendência na doutrina no sentido da não relevância da causalidade hipotética para efeitos do cálculo do dano a indemnizar, na medida em que, uma vez solucionado o problema da causalidade, dar-se-ia por resolvida aquela questão (já que se deveria ressarcir o dano até onde a causalidade do facto se estenda), a nossa perspectiva é outra. É que, uma vez respondido o problema imputacional, será com base nas possibilidades abertas pela esfera delimitada por cada direito subjectivo que os danos consequenciais, os segundos danos, se hão-de reconduzir ao concreto direito violado. Só uma vez cumprido este juízo, estaremos em condições de determinar o *quantum* indemnizatório. Ora, nessa recondução do dano consequência ao dano evento – à lesão do direito tutelado *erga omnes* –, estamos desonerados, exactamente porque o *prius* de abordagem da nossa problemática é aquela posição subjectivamente vantajosa. Tal desoneração traduzir-se-á, na prática, quer na irrelevância da causalidade virtual para este efeito, quer na própria prescindibilidade de um juízo de adequação entre o dano e o comportamento do agente (a ser substituído por um juízo de pertinência do dano ao círculo de utilidades disponibilizadas pelo bem preterido). O que acabámos de afirmar justifica-se em termos dogmáticos pela diferente

abordagem da fórmula da diferença, ou melhor, pela sua circunscrição ao núcleo predicativo do direito subjectivo absoluto violado. Na verdade, se o cotejo comparativo implicasse a análise global dos patrimónios actual e hipotético (aquele que existiria se não tivesse havido a lesão), o jurista teria de construir uma situação irreal e, para isso, teria de voltar a lidar com a questão da causalidade, quer para aferir quais os danos adequados e quais os inadequados, quer para – para quem o sustente – analisar os termos da causalidade virtual e para determinar a sua relevância. A comparação é agora feita entre o que o direito subjectivo absoluto possibilitaria e o que, de facto, ele possibilita, uma vez lesado. E aqui há um duplo juízo que deve ser levado a cabo. Primeiro, há que saber se a utilidade que o lesado invoca se integra ou não dentro das potencialidades inerentes ao conteúdo do direito preterido; em segundo lugar, há que estabelecer uma subtracção entre o que o lesado teria, dispondo de tal utilidade, e o que tem agora. Para estabelecer a subtracção comparativa a que se alude, não temos de hipotizar uma qualquer situação, dependente do curso virtual dos acontecimentos, mas antes olhar para o que em concreto o direito potenciará ao seu titular (fruto da recondução do seu interesse específico ao núcleo de faculdades que compõem o seu conteúdo) e o que ele potencia: a pessoa não consegue satisfazer a necessidade, a pessoa tem de lançar mão de outros mecanismos alternativos para o fazer, tendo com isso despesas, a pessoa tem de reparar o bem objecto do direito, a pessoa deixa de obter uma vantagem que era assegurada por aquele direito. Lidamos, por um lado, com o problema da causalidade preenchedora da responsabilidade e, por outro lado, com a questão do cálculo da indemnização. Procuramos saber se os prejuízos experimentados – os danos consequenciais que se verificam – podem ou não ser reconduzidos à violação do direito subjectivo absoluto. A compreensão deste sob a óptica do interesse, ainda que em termos definitórios se não adira à concepção de IHERING, dota-nos de um importante expediente categorial no sentido de cumprir o nosso desiderato. Há que ser, contudo, cautelosos. Na verdade, não podemos com isto correr o risco de funcionalização do direito, pelo que o juízo a encetar há-de basear-se em duas grandezas: por um lado, olhamos para as faculdades inerentes ao tipo subjectivo em causa; por outro lado, olhamos para o concreto interesse do lesado, para depois concluir se a utilidade perdida se integra ou não no círculo de utilidades potenciadas pelo direito. Neste jogo comparatístico, pode acontecer que haja, da parte do titular da posição jus-subjectiva vantajosa, um interesse específico que ultrapasse a comum utilização que se faz do bem. Desde que não extrapole as faculdades inerentes ao conteúdo do direito, a não realização do interesse não pode deixar de ser vista como um dano reconduzível ao evento lesivo. No fundo, o que se pretende dizer é que a ponderação probabilística típica do critério da adequação cede lugar a um juízo funcional de pertinência à esfera de influência do direito.

62. Dispensa-se, assim, um novo olhar sobre a fórmula da diferença consagrada no artigo 566º/2 CC, quando em causa esteja a lesão de um direito subjectivo absoluto. A causalidade virtual deixa de ser questionada: é claro que há uma hipótese que tem de ser construída, mas essa é edificada tendo em conta o jogo de esferas de interesses de que falámos. Simultaneamente, deixa de ser chamada à liça a causalidade adequada. Se A, tendo de ser encaminhado para o hospital por sofrer um ataque cardíaco, se separa com o seu automóvel destruído pelo comportamento doloso de B, vindo a morrer pela falta de transporte, não se pode considerar que, entre os danos computados, se inclui o dano da morte, já que entre as finalidades prosseguidas pela titularidade do direito de propriedade não se integra a salvaguarda da vida. Não é a adequação do comportamento para causar um dano daquele tipo que é tida em conta, mas sim o facto de aquele dano não resultar da preterição das utilidades viabilizadas pelo bem objecto do direito de propriedade. Claro que aqui, havendo a lesão de outro direito absoluto, a vida, poder-se-ia colocar a questão de saber em que medida devia B responder também por esse dano. Mas, tratar-se-ia aí de um problema de imputação, que destrinçámos e de que curámos num primeiro momento. Se, no entanto, quisermos reforçar novamente a diferença, podemos pensar na hipótese de destruição de uma ambulância, em virtude do que C deixa de ser socorrido e vem a falecer. A eventual indemnização devida aos familiares de C não se alicerça na violação do direito de propriedade sobre a ambulância, não tendo como pólo de referência para o seu cálculo aquele direito, mas o direito à vida. O problema que se coloca será, então, o de saber em que medida a morte pode ou não ser imputada ao lesante. Repare-se que, no quadro da doutrina tradicional, o que se questionaria era se era normal e adequado que da danificação do veículo prioritário resultasse a morte de uma pessoa. Sabemos, neste momento do nosso percurso dialógico, que a resposta ficaria dependente da própria descrição dos eventos, tornando-se ambivalente o critério e transformando-se no que outros denunciaram ser uma fórmula vazia. De acordo com o modelo imputacional que tentámos erigir, teríamos de analisar a esfera de risco/responsabilidade do sujeito que resolve cortar as rodas e cotejá-la com a esfera de risco/responsabilidade da entidade prestadora do serviço de transporte de doentes urgentes e do próprio lesado. Ora, assim sendo, e já no domínio da dita causalidade fundamentadora da responsabilidade, mesmo que seja inequívoca a violação do direito de propriedade – no caso da ambulância –, e mesmo que entre as finalidades do bem objecto do direito esteja o transporte de urgência para o hospital, nunca a morte pode

ser reconduzida àquela lesão por se tratar de um direito cuja titularidade pertence a um sujeito diverso, percebendo-se, aqui, com clareza uma das mais-valias da perspectiva que defendemos. E se A, uma vez destruído o seu automóvel, perder com isso uma importante reunião na qual ia concluir um negócio que, desta feita, se frustrou, o prejuízo eventualmente advindo não pode ser contabilizado para efeitos de cálculo do ressarcimento. Porque, sendo certo que entre as utilidades potenciadas pela propriedade do veículo está a celeridade e tempestividade das deslocações, não se inclui no círculo de utilidades abstractamente desenhado o sucesso empresarial. Dir-se-á, de outro modo, que ele não é instrumento de prossecução daquela finalidade. Há que, contudo, ser cautelosos na afirmação. Na verdade, podemos estar, noutros circunstancialismos de facto, diante de uma situação em que uma determinada actividade profissional se frustra por causa da inutilização de um automóvel. Se o veículo se destinar, especificamente, ao exercício da actividade profissional, entre as utilidades potenciadas pelo objecto do direito encontramos a prossecução dos interesses laborais do titular do direito. Do mesmo modo, se o comportamento do lesante tiver sido doloso – isto é, se com a danificação do automóvel tiver pretendido atrasar A para que este perdesse a possibilidade de concluir o negócio –, poderá haver lugar à indemnização, não porque os danos passem a ser prováveis, tendo em conta o grau de cognição do agente, mas porque ou o direito absoluto violado que se considera é a liberdade de exercício de profissão (que assim é coarctada), ou porque pode ser mobilizada uma outra via de desvelação da ilicitude (v.g. o abuso do direito).

63. Tudo isto pressupõe que seja dado por resolvido o problema imputacional. Mas não obsta a que outras ponderações sejam levadas a cabo, designadamente aquelas que se prendem com a aplicação do concurso de culpas do lesado e do regime da *compensatio lucri cum damno*. Contrariamente ao que é sustentado por muitos autores, devemos conceder ao último problema foros de autonomia, que permitam a sua distinção relativamente aos casos de causalidade hipotética, não se incorrendo, portanto, em nenhuma incoerência interna dentro do sistema por nós delineado.
64. O problema da causalidade está, entre nós, regulado no artigo 563º CC. Calcorreado este caminho, estamos em condições de tecer algumas considerações acerca do preceito. Se algumas conclusões podem ser extraídas do artigo 563º CC, elas são, por um lado, a primazia da função ressarcitória da responsabilidade civil (a implicar a exigência de um nexo de causalidade) e, por outro, o afastamento da relação de necessidade, pela substituição por uma relação de probabilidade, entre a lesão e os danos. Ora, se partirmos do princípio que o direito subjectivo absoluto define uma área de autonomia orientada para a prossecução de interesses definidores do seu conteúdo, a lesão daquele permite com toda a probabilidade considerar como dano a repercussão que a frustração das utilidades por ele asseguradas acarrete. Já a imperiosa presença do juízo imputacional (outrora considerado causal, embora no plano fundamentador da responsabilidade) resulta directamente do artigo 483º CC.

Bibliografia citada

AA. VV. – *Principles of European Tort Law, Text and Commentary* (EUROPEAN GROUP OF TORT LAW), Spring, Wien, New York, 2005

AA. VV. – “La responsabilità civile fra presente e futuro”, *Rivista Critica del Diritto Privato*, anno XVI, 4, Dicembre 1998

AA. VV – *Danno all’ambiente e responsabilità*, CEDAM, 1992

AA. VV. – “Um Código Civil para a Europa”, *Boletim da Faculdade de Direito, Studia Iuridica*, nº64, 2002

ABBAGNANO, Nicola – *História da Filosofia*, vol. I a XIV, Editorial Presença, Lisboa, 1978

ABEL – “A critique on torts”, *University of California at Los Angeles Law Review (UCLA)*, nº 37, 1990, p. 785 e ss.

ABERKANE, Hassen – « Du dommage causé par une personne indéterminée dans un groupe déterminé de personnes », *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, tome cinquante-sixième, 1958, p. 516 a 554

ABREU, Jorge Manuel Coutinho de – *Do abuso de direito*, Almedina, Coimbra, 1999

ABREU, Vasconcelos – “A violação de direitos de personalidade pela comunicação social e as funções da responsabilidade civil. Recentes desenvolvimentos jurisprudenciais. Uma breve comparação luso-alemã”, *Estudos em homenagem à Professora Doutora Isabel Magalhães Collaço*, 2002, p. 457 e ss.

ACCIARRI, Hugo/CASTELLANO, Andrea/BARBERO, Andrea – “Se debe indemnizar el dolor de las víctimas del 11 de septiembre? Un análisis económico del daño moral”, *Indret* 2/2004, www.indret.com

ACHTARI, Annick – *Le devoir du lésé de minimiser son dommage, Étude en droit des obligations*, thèse Fribourgeoise, Schulthess, 2008

AGER, Jesus Pinto – “Efectos de la baremación del daño sobre la litigiosidad”, *Indret*, 2/2003, www.indret.com

AGUIAR, Júlio – “Abordagem económica do direito: aspectos epistemológicos”, *Lusíada – Revista de Ciência e Cultura, Série de Direito*, nº1 e 2, 2002, p. 169 e ss.

ALABART, Silvia Diaz – “La responsabilidad por los actos ilícitos dañosos de los sometidos a patria potestad o tutela”, *Anuario de derecho civil*, tomo XL, fascículo III, Julio-Septiembre MCMLXXXVII, p. 795 a 894

ALARCÃO, Rui de – *Direito das Obrigações* (texto elaborado por J. Sousa Ribeiro, J. Sinde Monteiro, Almeno de Sá e J.C. Proença. Com base nas lições do Prof. Doutor Rui de Alarcão ao 3º ano jurídico), policopiado, Coimbra, 1983

ALBALADEJO, Manuel – “Sobre la solidaridad o mancomunidad de los obligados a responder por acto ilícito común”, *Anuario de Derecho Civil*, tomo XVI, fasc. 1, 1963, p. 345-376

— *Derecho civil*, tomo II, vol. 2, 7ª edição, Barcelona, 1982

ALBUQUERQUE, Pedro de – *Responsabilidade processual por litigância de má fé, abuso de direito e responsabilidade civil em virtude de actos praticados no processo*, Almedina, Coimbra, 2006

— “A aplicação do prazo prescricional do artigo 498º, nº1 à responsabilidade civil contratual”, *Revista da Ordem dos Advogados*, 49, III, p. 793 e ss.

ALCOZ, Luís Medina – *La teoría de la pérdida de oportunidad – Estudio Doctrinal y Jurisprudencial de Derecho de Daños Público y Privado*, Thomson Civita, Editorial Aranzadi, 2007

ALEXANDER, Larry A. – “Ripstein, Reasonableness and Objectivity”, University of San Diego School of Law, 2000-2001, www.ssrn.com/abstract=287491 (também publicado em *Law and Philosophy*)

ALEXY, Robert – *Teoría de la argumentacion jurídica*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989 (tradução de Manuel Atienza e Isabel Espejo)

— *Teoría de los Derechos Fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2001

— “Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, 66, año 22, 2002, p. 13 a 64

ALIPRANDIS, Nikitas – *Subjektives Recht und Unterwerfung. Eine Untersuchung im Rahmen der normlogischen Lehre*, Duncker & Humblot, 1971

ALMADA, José Luís Hopffer Cordeiro – *Responsabilidade delitual no BGB*, Relatório apresentado no curso de mestrado, Faculdade de Direito de Lisboa, Lisboa 1999 (policopiado)

ALMEIDA, Dário Martins de – *Manual dos Acidentes de Viação*, 3ª edição, Coimbra, 1987

ALMEIDA, J. C. Moitinho de – “A responsabilidade civil do médico e o seu seguro”, *Scientia Iuridica, Revista de Direito Comparado Português e Brasileiro*, tomo XXI, 1972, p. 327 a 355

ALMEIDA, João Pedro Alves Gomes de – *Apontamentos sobre o princípio do mínimo dano*, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2003

ALMEIDA, Margarida Maria Matos Correia de Azevedo de – *A responsabilidade civil do banqueiro perante os credores da empresa financiada*, Dissertação de mestrado em ciências jurídico-empresariais, Coimbra 2000

ALMEIDA, Vasco Duarte – “Sobre o valor da dignidade da pessoa humana”, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, Coimbra Editora, Coimbra, 2005, p. 623 a 648

ALPA, Guido – “Il metodo nel diritto civile”, *Contratto e impresa*, sedicesimo anno, 1, 2000, p. 357 a 477

- “Colpa omissiva e principi di responsabilità civile”, *Giurisprudenza Italiana*, vol. CXXXI, 1979, p. 1366-1375
- *Responsabilità civile e danno. Lineamenti e questioni*, Il Mulino, 1991
- “Cass. 11 novembre 1986”, *Giustizia Civile*, 1987, I, p. 572 e ss.
- “European Community Resolutions and the Codification of Private Law”, *European Review of Private Law*, vol. 8, n°2, 2000, p. 321 a 333
- “Il metodo della ricerca civilistica”, *Rivista Critica Diritto Privato*, 1990, p. 7 e ss.
- *Trattato di Diritto Civile, IV, La Responsabilità Civile*, Giuffrè Editore, Milano, 1999
- *Istituzioni di diritto privato*, II 3ª edizione, UTET, Torino, 2001

ALPA, Guido/BESSONE, Mário/ ZENO-ZENCOVICH – “I fatti illeciti”, *Trattato di diritto civile, 14, Obligationi e Contratti*, VI (a cura di PIETRO RESCIGNO), 2ª edição, UTET, Torino, 1995

ALT-MAES, Françoise – « Les nouveaux droits reconnus à la victime d’un mineur », *La semaine juridique*, année 1992, 3627, p. 510 a 516

ALVARADO, Yesid Reyes – *Causalidad y explicación del resultado*, Homenaje al profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo, 2005, p. 875 e ss., www.alfonsozambrano.com/memorias/magistrales/causalidad.doc, p. 1 e ss.

AMARAL, Diogo Freitas do – “Francisco Suárez e Thomas Hobbes. Uma comparação instrutiva”, *Estado e Direito – Revista semestral luso-espanhola de direito público*, n°13, 1º semestre de 1994, p. 7 a 27

- “Natureza da Responsabilidade Civil por Actos Médicos praticados em Estabelecimentos Públicos de Saúde”, *Direito da Saúde e Bioética* (OLIVEIRA ASCENSÃO *et. al.*), Lex, Lisboa, 1991, p. 125 e ss

AMARAL, Francisco – *Direito Civil. Introdução*, 3ª edição, revista, aumentada e actualizada, Renovar, Rio de Janeiro, São Paulo, 2000.

- “O dano à pessoa no direito civil brasileiro”, *Pessoa Humana e Direito*, DIOGO LEITE CAMPOS e SILMARA CHINELLATO (coord.), Almedina, Coimbra, 2009, p. 119 e ss.

AMAYUELAS, Esther Arroyo I – “Spanish Case note on Hoge Raad, Judgmente of 22 February 2002 – On compensation for psychiatric injury and emotional distress suffered by close relatives”, *European Review of Private Law*, 3/2003, p. 465-471

AMORTH, Antonio – *L’obbligazione solidale*, Milano, 1957

ANDRADE, José Carlos Vieira de – « Os direitos, liberdades e garantias no âmbito das relações entre particulares », *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*, Porto Alegre, 2003, p. 295 e ss.

ANDRADE, Manuel Domingues de – *Teoria geral das obrigações* (com a colaboração de Rui de Alarcão), 3ª edição, Coimbra, 1966

— *Teoria Geral da Relação Jurídica*, vol. I e II, Coimbra, 1992 (reimpressão)

— “Sobre as cláusulas de liquidação das partes sociais pelo último balanço”, *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, nº86, p. 369 e ss. e nº87, p. 5 e ss., 1955

ANDRÉ, Christophe – “L’obligation de modérer le dommage en droit interne. Note à la décision de la Cour d’Appel de Douai, 15 mars 2001”, *Recueil Dalloz*, 2002, p. 307 e ss.

ANSELMO, Manuel – “Da capacidade e da responsabilidade civil dos menores”, *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, ano VII, 1955, p. 219 a 240

ANTOLISEI – *Il rapporto di causalità nel diritto penale*, Padova, 1934

ANTONMATTEI, P. H. – *Contribution à l’étude de la force majeure*, LGDJ, 1992

ANTUNES, Ana Filipa/FONSECA, Ana Maria/VASCONCELOS, Maria João Pestana/SÁ, Fernando – *Novas tendências da responsabilidade civil*, Almedina, Coimbra, 2007

ANTUNES, Henrique Sousa – *Responsabilidade civil dos obrigados à vigilância de pessoa naturalmente incapaz*, Universidade Católica Portuguesa, Lisboa, 2000

— “Apontamento sobre a responsabilidade civil do fabricante do tabaco”, *Direito e Justiça*, vol. XVII, 2003, p. 171 a 204

— “Ambiente e responsabilidade civil”, *Estudos dedicados ao Prof. Doutor Mário Júlio Almeida Costa*, Universidade Católica Editora, 2002, p. 643 e ss.

ANTUNES, Luís Colaço – *Poluição industrial e dano ambiental: as novas finalidades electivas da responsabilidade civil*, Separata do Boletim da Faculdade de Direito, LXVII, Coimbra, 1992

ARAGÃO, Maria Alexandra de Sousa – *O princípio do poluidor pagador. Pedra angular da política comunitária do ambiente*, Studia Iuridica, Coimbra Editora, Coimbra, 23, 1997

ARANTES, Tito – *Do abuso de direito e da sua repercussão em Portugal*, Lisboa, 1936

ARENDT, Hannah – *Responsabilidade e Juízo*, Dom Quixote, Lisboa, 2004, tradução de MIGUEL SERRAS PEREIRA

ARISTÓTELES – *Ética a Nicómaco*,

<http://www.uruguaypiensa.org.uy/imgnoticias/650.pdf>

ARENDTS, Ludwig – *Lehrbuch der Pandekten*, 2. Aufl., München, 1855

ASCENSÃO, José de Oliveira – “A teoria finalista e o ilícito civil”, *Direito e Justiça*, vol. II, p. 81 a 97

- “O futuro do direito moral”, *Direito e Justiça*, vol. XVIII, tomo 1, 2004, p. 41 a 64
- *O Direito. Introdução e Teoria Geral. Uma perspectiva luso-brasileira*, 10^a edição, Almedina, Coimbra, 1997
- *Acção finalista e nexa causal* (dissertação do curso complementar de Ciências Jurídicas), Faculdade de Direito de Lisboa, 1956 (policopiado)
- “O início da vida”, *Estudos de Direito da Bioética*, vol. 2, Almedina, Coimbra, 2008, p. 9 e ss.
- “Arguição do currículo apresentado pelo Doutor António Menezes Cordeiro nas provas para obtenção do título de professor agregado”, *Revista da Faculdade de Direito de Lisboa*, 1998, p. 826
- *Direito Civil – Teoria Geral*, vol III, Coimbra Editora, Coimbra, 2002

ASCENSÃO, José de Oliveira/ FRADA, Manuel Carneiro da – “Contrato celebrado por agente da pessoa colectiva. Representação, responsabilidade e enriquecimento sem causa”, *Revista de Direito e Economia*, ano XVI / XIX, 1990 a 1993, p. 43 e ss.

ASSAF, Jacob – “Feminist approaches to tort law revisited – a reply to Professor Schwartz”, *Theoretical Inquiries in Law*, vol. 2, nº1, article 7, 2001, www.bepress.com/til/default/vol2/iss1/art7

ASSMANN – “Multikausale Schäden im deutschem Haftungsrecht”, *Multikausale Schäden in modernen Haftungsrechten* (FENYES/WEYERS, hrgs.), 1988, p. 99 e ss

ATINENZA, M./ MANERO, Ruiz – *Ilícitos atípicos. Sobre el abuso del derecho, el fraude de ley y la desviación de poder*, Madrid, 2000

ATLAN, Henri – “Os níveis da ética”, *Uma mesma ética para todos?*, (dir. JEAN-PIERRE CHANGEUX), Instituto Piaget, 1997

AUDIT, Bernard – “L’américanisation du droit”, *Archives de Philosophie du Droit*, tomo 45, 2001, p. 1 e ss.

AUBERT, Jean-Luc – “La victime peut-elle être obligée de minimiser son propre dommage?”, *Revue de jurisprudence de droit des affaires*, 2004, p. 355 e ss.

BACH, Eugène Louis – « Réflexions sur le problème du fondement de la responsabilité civile en droit français », *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, année 1977, tome soixante-quinze, p. 221 a 242

BACKHAUS – “Einige Überlegungen zum Verhältnis Kumulativer und hypothetischer Kausalität”, *Versicherungsrecht*, 1982, p. 210 e ss.

BANAKAS, Statis K. – *Tortious liability for pure economica loss : a comparative study*, Hellenic Institute of International and Foreign Law, Athens, 1989

- *Civil liability for pure economic loss*, Kluwer, 1996
- “Transformazione della Responsabilità Extracontrattuale”, *Rivista di Diritto Civile*, ano XLIV, nº1, 1998, p. 69 a 83

- “European Tort Law: is it possible?”, *European Review of Private Law*, 3, 2002, p. 363-375
- “Thoughts on a new european tort law”, *Festschrift für Erwin Deutsch zum 70. Geburtstag*, Heymanns, Köln, 1999, p. 14 e ss.
- “Causalité juridique et imputation. Réflexions sur quelques développements récents en droit anglais”, *Les distorsions du lien de causalité en droit de la responsabilité civile, actes du colloque des 15 et 16 décembre 2006, Faculté de droit et de science politiques de Rennes, Revue Lamy Droit Civil*, 2007/40, n°2641, p. 94 e ss. (cf., também, « Causalité juridique et imputation : réflexions sur quelques développements récents en droit anglais », www.greca.univ-rennes1.fr/digitalAssets/267/267949_banakas.pdf)

BANDEIRA, André Sopas – *Do nexo de causalidade em responsabilidade civil, Perspectivas actuais*, Faculdade de Direito da Universidade Clássica de Lisboa, 1987-88, policopiado

BANOND, Isabel – “Notas acerca da liberdade e o livre-arbítrio no pensamento setecentista oitocentista”, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, vol., XLIX, nº1 e 2, 2008, p. 15 e ss.

BAR, Christian von – *The Common European Law of Torts*, vol. 2, Clarendon Press, Oxford, 2000

- (Hrsg.) – *Deliktsrecht in Europa: Landesberichte: Dänemark, England, Frankreich, Griechenland, Italien, Jugoslawien, Niederlande, Norwegen, Österreich, Polen, Portugal, Schweden, Schweiz, Spanien, Türkei*, Carl Heymanns Verlag KG, Berlin, Bonn, München, 1994
- *Verkehrspflichten Richterliche Gefahrsteuerungsgebote im deutschen Deliktsrecht*, C. Heymanns Verlag, Köln, Berlin, Bonn, München, 1980
- „Rezension: Karollus, Martin, *Funktion und Dogmatik der Haftung aus Schutzgesetzverstoß*”, *Archiv für die civilistische Praxis*, 192, Heft 5, 1992, p. 441 e ss.
- „Deliktsrecht, Empfiehlt es sich, die Voraussetzungen der Haftung für unerlaubte Handlungen mit Rücksicht auf die gewandelte Rechtswirklichkeit und die Entwicklungen in Rechtsprechung und Lehre neu zu ordnen? Wäre es insbesondere zweckmässig, die Grundtatbestände der § 823 Absätze 1 und 2, § 826 BGB zu erweitern oder zu ergänzen?“, *Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts herausgegeben vom Bundesminister der Justiz*, Bd. II, Bundesanzeiger Verlagsges, Köln, 1981, p. 1685-1778
- “Entwicklungen und Entwicklungstendenzen im Recht der Verkehrs(sicherungs)plichten”, *Juristische Schulung*, 28. Jahrgang, Heft 3, 1988, p. 169 e ss.
- “Entwicklung und rechtsstaatliche Bedeutung der Verkehrs(sicherungs)plichten”, *Juristenzeitung*, 34, Heft 10, 1979, p. 332 e ss.

BAR, L. Von – *Die Lehre vom Kausalzusammenhange im Recht, besonders im Strafrechte*, 1871

- “Zur Lehre vom Causalzusammenhang im Rechte, besonders im Strafrecht und Zivilrecht”, *Grünhuts Zeitschrift für das Privat- und Öffentliche Recht*, 4, 1877, p. 21 e ss.

BARASSI, Lodovico – *Contributo alla teoria della responsabilità per fatto non proprio*, Torino, 1898

— *La teoria generale delle obbligazioni*, vol. II, *Le Fonti*, Giuffrè, Milano, 1948

BARBERO, Domenico – “Il diritto soggettivo”, *Foro Italiano*, IV, 1939, p. 1 e ss.

— “Guerra e pace fra l’interno e esterno del diritto soggettivo”, *Juristische Schulung*, 1952, p. 326 e ss.

BARBIERI, J. F. – « Inconscience et responsabilité dans la jurisprudence civile : l’incidence de l’article 489-2 du Code Civil après une décennie », *La semaine juridique*, année 1982, 3057

BARBOSA, Ana Mafalda Castanheira Neves de – *Liberdade versus responsabilidade : a precaução como fundamento da imputação delitual?*, Almedina, Coimbra, 2006

— “Reflexões em torno da responsabilidade civil: teleologia e teleonomologia em debate”, *Boletim da Faculdade de Direito*, vol. LXXXI, Coimbra, 2005, p. 511 a 600

— “O papel da imputabilidade no quadro da responsabilidade delitual”, *Boletim da Faculdade de Direito*, vol. 82, 2006, p. 485-534

— “Acerca do âmbito da lei dos serviços públicos essenciais: taxatividade ou carácter exemplificativo do artigo 1º, nº2 da Lei nº23/96, de 26 de Julho?”, *Estudos de Direito do Consumidor*, nº6, 2004, p. 401-434

— “O problema da integração das lacunas contratuais à luz de considerações de carácter metodológico – algumas reflexões”, *Comemoração dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da Reforma de 1977*, Coimbra Editora, Coimbra, 2006

— “Notas esparsas sobre responsabilidade civil médica. Anotação ao Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 22 de Maio de 2003”, *Lex Medicinæ Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, ano 4, nº7, 2007, p. 119-150

— “Responsabilidade civil do médico que actua no SNS e responsabilidade civil do médico que exerce uma profissão liberal. A determinação do regime legal concretamente “aplicável” Anotação ao Acórdão de 20 de Abril de 2006 do Tribunal da Relação de Lisboa”, *Lex Medicinæ*, ano 5º, nº10, p. 161 e ss.

BARBOSA, Ana Mafalda Castanheira Neves de/ RODRIGUES, João Pedro – “Nós (eu e tu) e o outro (Estado) ou o outro entre nós?: Breves notas a propósito do impacto da Directiva 2000/43/CE do Conselho, de 29 de Junho de 2000, sobre o princípio da liberdade contratual – morte do princípio ou manutenção do *status quo ante*?” (em fase de publicação)

BARCELLONA, M. – “Scopo della norma violata: interpretazione teleologica e tecniche di attribuzione della tutela aquiliana”, *Revista di Diritto Civile*, I, 1973, p. 311 a 371

BARNES, David W. – “Too many probabilities: statistical evidence of tort causation”, *Law and Contemporary Problems*, vol. 64, nº4, 2001, p. 191 e ss.

BARRIE, Peter – *Personal Injury Law, Liability, Compensation and Procedure*, 2nd edition, Oxford University Press, Oxford, 2005

BATTAGLIESE, Massimiliana – „La detratazione dei vantaggi in fattispecie di danno: compensatio lucri cum damno“, www.judicium.it.

BAUER, Marianne – “Die Problematik gesamtschuldnerischer Haftung trotz ungeklärter Verursachung”, *Juristenzeitung*, 26, Heft 1, 1971, p. 4 e ss.

BEALE, Joseph – “The proximate consequences of an act”, *Harvard Law Review*, vol. XXXIII, 1919-1920, p. 633 a 658

BEAUDEUX, Cédric – *La causalité, fondement pour une théorie générale de la responsabilité civile*, Strasbourg, 2006

BECK, Ulrich – *Risikogesellschaft auf dem Weg in eine andere Moderne*, Suhrkamp, Frankfurt, 1986

— „De la sociedad occidental a la sociedad del riesgo. Cuestiones de supervivencia, estructura social e ilustración ecológica”, *Revista de Occidente*, n°150, 1991, p. 19-40

BENATTI, Francesco – “Osservazioni in tema di doveri di protezione”, *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, anno XIV, 1960, p. 1342 a 1363

BENDER, Leslie – “An overview of feminist torts scholarship”, *Cornell Law Review*, 78, 1993, p. 575 e ss

BENGTSSON, Bertil – « La responsabilité des mineurs dans les droits scandinaves », *Revue Internationale de Droit Comparé*, 14^e. année, n°1, 1962, p. 33 a 40

BENSON, Peter – « The basis of corrective justice and its relation to distributive justice », *Iowa Law Review*, n°77, p. 515 e ss.

BENOIT, François-Paul – « Essai sur les conditions de la responsabilité civile en droit public et privé. Problèmes de causalité et d'imputabilité », *JCP, La semaine juridique* 1957, I, p. 1351 e ss.

BÉRAUD, R. – “Les mythes de la responsabilité civile”, *La Semaine Juridique*, 1964, I, n°1837

BERG, Oliver – „La pluralité de responsables en droit allemand“, www.grerca.univ-rennes1.fr/digitalAssets/267/267950_oberg.pdf.

— « La causalité en droit allemand », www.grerca.univ-rennes1.fr/digitalAssets/267/267951_obergallemand.pdf.

BERGH, Roger Van Den/ VISSCHER, Louis – « The principles of European Tort Law: The right Path to Harmonization? », *European Review of Private Law*, n°4, 2006, p. 511-543

BERGKAMP, Lucas – “Compensating personal injuries caused by DES: No causation liability in the Netherlands”, *European Journal of Health Law*, 1, 1994, p. 35 e ss.

BERLIN, Isaiah – “Dois conceitos de liberdade”, *A Busca do Ideal: Uma antologia de Ensaio*, Editorial Bizâncio, Lisboa, 1998, p. 243 e ss.

BERNERT, Günther – « Die Leerformel von der Adaequanz », *Archiv für die civilistische Praxis*, 169 Band, Heft 5/6, 1969, p. 421 a 442

BESSONE – „Principi della tradizione e nuove direttive in tema di diritto all’immagine“, *Foro italiano*, 1974, p. 182 e ss.

BETTI – “Sui limiti giuridici della responsabilità aquiliana”, *Nuova Rivista di Diritto Commerciale, Diritto dell’Economia, Diritto Sociale*, vol. IV, 1951, p. 143 e ss.

— *Teoria generale delle obbligazioni*, vol. I, Milano, 1953-1955

BIANCA, C. Massimo – *Diritto Civile, V, La responsabilità*, Giuffrè Editore, Milano, 1994

— *Dell’ inadempimento delle obbligazione*, Commentario al codice civile, a cura di SCIALOJA-BRANCA, Bologna-Roma, 1979

BIGNARDI, Alessandra – “Gai 3.219 e il principio del *damnum corpore datum*”, *Archivio Giuridico Filippo Serafini*, vol. 220, fasc. 4, 2000, p. 487-540

BINDING – *Die Normen und ihre Ursache*, 2. Aufl., 1890

BINDOKAT, Heinz – “Versari in re illicita und Erfolgzurechnung”, *Juristenzeitung*, 32, Heft 17, 1977, p. 549 e ss.

BIRKS, Peter – “The concept of civil wrong”, *Philosophical foundations of tort law* (DAVID G. OWEN ed.), Clarendon Press, Oxford, 1996, p. 31 a 51.

BISHOP, William – “Economic loss in tort”, *Oxford Journal of Legal Studies*, 2, 1982, p. 1-29

BISKMEYER – *Über Ursachenbegriff und Kausalzusammenhang im Strafrecht*, Rostock, 1885

BIZOT, Jean Claude – “La responsabilité civile des père et mère du fait de leur enfant mineur: de la faute au risque”, *Rapport annuel de la Cour de Cassation*, Rapport 2002, 2eme partie,

www.courdecassation.fr/jurisprudence_documentation_2/publications_cour_26/em_rapport

[annuel_em_36/rapport_2002_140/deuxieme_partie_etudes_documents_143/etudes_sur_theme_responsabilite_145/pere_mere_6112.html](http://www.courdecassation.fr/jurisprudence_documentation_2/publications_cour_26/em_rapport_annuel_em_36/rapport_2002_140/deuxieme_partie_etudes_documents_143/etudes_sur_theme_responsabilite_145/pere_mere_6112.html)

BLANC-JOUVAN, Xavier – “La responsabilité de l’infans”, *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, année 1957, tome cinquante-cinquième, p. 28 a 60

BLOMEYER, Arwed – “Die Umkehr der Beweislast”, *Archiv für die civilistische Praxis*, 158, Heft 2/3, 1959, p. 97 e ss.

BOCCHIOLA, Maurizio – “Perdita di una chance e certezza del danno”, *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, anno XXX, 1976, p. 55 e ss.

BODEWIG, Theo – “Probleme alternativer Kausalität bei Massenschäden”, *Archiv für die civilistische Praxis*, 185, Heft 6, 1985, p. 505 e ss.

BÖHMER – “Zum Begriff der Umstände i.S. des § 254 BGB“, *Monatsschrift für Deutsches Recht*, 1962, p. 442 e ss.

— „Kann § 829 BGB auch im Fall des § 254 BGB analog angewendet werden?“, *Monatsschrift für Deutsches Recht*, n°10, 1962, p. 778 e ss.

BOLOGNA, Ítalo – “Ancora sulla questione dei diritti fatti valere come interessi”, *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, anno VIII, 1958, Milano, p. 142 a 176

BONA, M. – “Nesso di causa”, *Danno e responsabilità*, n°4, 2006, p. 395 a 403

BOOM, Willem van – “Multiple Tortfeasors under Dutch Law”, *Unification of Tort Law: Multiple Tortfeasores*, Rogers (ed.), *Principles of European Tort Law*, 9, European Center of Tort and Insurance Law Research, Kluwer, 2004

BOOM, Willem van, KOZIOL, Helmut, e WITTING, Christian (eds.), *Pure economic loss, Tort and Insurance Law*, vol. 9, European Centre of Tort and Insurance Law, Springer, Wien, New York, 2003

BORDON, Raniero – *Il nesso di causalità*, Utet Giuridica, Torino, 2006

— “Causalità (nesso di)”, *Persona e danno*, www.personaedanno.it/cms/data/enciclopedia/008163.aspx

— “Una nuova causalità per la responsabilità civile”, *Persona e danno*, a cura di PAOLO CENDON, www.personaedanno.it/cms/data/articoli/009574/asp

— “Il rapporto di causalità nella malpractice medica”, *Il risarcimento del danno non patrimoniale*, tomo II, Utet, 2009, cap. XLIV

— “L’aumento di rischio in un caso di responsabilità medica”, *Responsabilità civile e previdenza*, n°3, 2000

— “La perdita di chances di guarigione”, *Persona e danno*, www.personaedanno.it/cms/data/articoli/files/012179_resource1_orig.pdf

BORDON, Raniero/ROSSI, Stefano/TRAMONTANO, Luigi – *La nuova responsabilità civile, Causalità – Responsabilità oggettiva – Lavoro*, Utet, Torino, 2011

BORE, Jacques. – “L’indemnisation pour les chances perdues: une forme d’appréciation quantitative de la causalité d’un fait dommageable”, *Juris-classeur Périodique (La semaine juridique)*, 1974, I, 2620

— “La causalité partielle en noir et blanc ou les deux visages de l’obligation in solidum”, *Juris Classeur Périodique, Édition Générale*, 1971, I, 2369

— “Le recours entre coobligés in solidum”, *La Semaine Juridique*, 1967, I, n°2126

BORGES, Sofia Leite – *Os punitive damages. As funções punitiva e preventiva da responsabilidade civil*, Lisboa, 2000 (policopiado)

BORGIO, John – “Causal Paradigms in tort law”, *Journal of Legal Studies*, 8, 1979, p. 419 e ss.

BOZZI, Carlo – “Interessi e diritto”, *Novissimo Digesto Italiano*, VIII, 1957, p. 845

BRAZIER, Margaret R. (ed.) – *Clerk and Lindsell on Torts*, 17th edition, Sweet & Maxwell, 1995

BRECCIA, Umberto – “Libertà, solidarietà, responsabilità”, *Rivista Critica del Diritto Privato*, anno XVI, 4, 1998, p. 563 a 566

BRECHT/MILLER – *The test of factual causation in negligence and strict liability cases*, 1961

BREHM – “Zur Haftung bei alternativer Kausalität”, *Juristenzeitung*, 35, Heft 3, 1980, p. 585 e ss.

BRETT, Annabel S. – *Liberty, right and nature. Individual rights in later scholastic thought*, Cambridge University Press, 1997

BRIDGE, Michael G. – “Mitigation of damage in contract and the meaning of avoidable loss”, *Law Quarterly Review*, 1989, p. 398 e ss.

BRITO, António José de – *Valor e realidade*, Imprensa Nacional Casa da Moeda, 1999

BRITO, Alejandro Guzmán – “Historia de la denominación del derecho facultad como subjetivo”, *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos, Sección Historia del Pensamiento Jurídico*, XXV, Valparaíso, Chile, 2003, p. 407-443

BRIZ, Santos – *La responsabilidad civil. Derecho sustantivo y derecho procesal*, 4ª edición, Madrid, 1986

BROCHADO, Mariá – *Directo e ética: a eticidade do fenómeno jurídico*, Landy, São Paulo, 2006

BROGGINI, Gerardo – “Compatibilità di sentenze statunitensi di condanna al risarcimento di punitive damages com il diritto europeo della responsabilità civile”, *Europa e Diritto Privato*, 2/1999, p. 479 e ss.

BRONZE, Fernando José Pinto – *A metodonomia entre a semelhança e a diferença – reflexão problematizante dos pólos da radical matriz analógica do discurso jurídico*, Boletim da Faculdade de Direito, Studia Iuridica, 3, Coimbra Editora, Coimbra, 1994

— “O visconde de Seabra (um exercício de memória). Da liberdade do indivíduo à responsabilidade da pessoa”, *Separata do Boletim da Faculdade de Direito*, vol. 71, 1995

— *Lições de Introdução ao Direito*, Coimbra Editora, Coimbra, 2002

— *Lições de Introdução ao Direito*, 2ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2006

— “Quae sunt Caesaris, Caesari: et quae sunt iurisprudentiae, iurisprudentiae”, *Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da Reforma de 1977*,

volume II, *A parte geral do Código e a Teoria Geral do Direito Civil*, Coimbra Editora, Coimbra, 2006, p. 77-87

BRUDNER, Alan – *The unity of the Common Law*, University of California Press, Berkeley, 1995

BRÜGGEMEIER, Gert – *Haftungsrecht. Struktur, Prinzipien, Schutzbereich zur Europäisierung des Privatrechts*, Springer, Berlin, Heidelberg, New York, 2006

— *Prinzipien des Haftungsrechts – eine systematische Darstellung auf rechtsvergleichender Grundlage*, Baden-Baden, Nomos Verlag, 1999

— “Judizielle Schutzpolitik de lege lata – Zur Restrukturierung des BGB – Deliktsrechts”, *Juristenzeitung*, 1986, p. 969 e ss.

BRUN, Philippe – “Causalité juridique et causalité scientifique”, *Les distorsions du lien de causalité en droit de la responsabilité civile*, *Revue Lamy Droit Civil*, 2007/40, n°2630, n°27

— *Les présomptions en droit de la responsabilité civile*, Grenoble, 1993

BRUNNER, Peter – “Die Zurechnung der Schadensersatzpflicht bei Verletzung eines Schutzgesetzes gem §1311 ABGB”, *Österreichische Juristen Zeitung*, 1972, p. 113-119

BRÜSEKE, Franz Josef – “Risco e contingência”, in MARCELO DIAS VARELLA, *Direito, Sociedade e Riscos: a sociedade contemporânea a partir da ideia de risco*, Rede Latino-Americana e Europeia sobre Governo dos Riscos, Brasília, Brasil, 2006, p. 82 e ss.

BUBER, Martin – *Qué es el Hombre?*, México, 1949, tradução de EUGÉNIO IMAZ

BUGADA, Alexis – “Nul n’est censé ignorer les méfaits du tabac. Commentaire de 2e. civ, 20 novembre 2003, Bull., II, 355, p. 289”, *Dalloz*, n°10, 2004, p. 653-656

BURGOA, Elena – “A cabeça de Jano e a negligência médica. O caso português”, *Sub judice, Justiça e Sociedade*, n°13, 1998, p. 75 e ss.

BURI, Von – *Die Kausalität und ihre strafrechtliche Beziehung*, 1885

— *Über Kausalität und deren Verantwortung*, Leipzig, 1873

BUROW, Patrick – “Einführung in die ökonomische Analyse des Rechts”, *Juristische Schulung*, 33. Jahrgang, Heft 1, 1993, p. 8 e ss.

BUSL, Peter – “Der Begriff des Vermögensschadens im BGB”, *Juristische Schulung*, 1987, p. 108 e ss.

BUSNELLI, D. – *La lesione del credito da parte di terzo*, Milano, 1964

— “Italien”, *Deliktsrecht in Europa: Landesberichte: Dänemark, England, Frankreich, Griechenland, Italien, Jugoslawien, Niederlande, Norwegen, Österreich, Polen, Portugal, Schweden, Schweiz, Spanien, Türkei*, CHRISTIAN VON BAR (hrsg.), Carl Heymanns Verlag KG, Berlin, Bonn, München, 1994

- “La tutela aquiliana del credito: evoluzione giurisprudenziale e significato attuale del principio”, *Rivista critica del diritto privato*, 1987, p. 283 e ss.
- “Illecito civile”, *Enciclopedia Giuridica Treccani*, XV, Roma, 1989, p. 5 e ss.
- “La parabola della responsabilità civile”, *Rivista critica del diritto privato*, 1988, p. 649 e ss. [cf., también, in *Danno e responsabilità civile I* (BUSNELLI/SALVATORE PATTI), 1997, p. 124 e ss.]
- “Verso una riscoperta delle pene private”, *Le pene private, Collana della Rivista RCP*, n°6, Giuffrè Editore, Milano, 1985, p. 3-12
- “Perdita di una chance e risarcimento del danno”, *Il Foro Italiano*, vol. LXXXVIII, 1965, IV, 46 e ss.

BUSNELLI/BARGELLI, Elena/COMANDE, Giovanni – “Contributory negligence under Italian Law”, *Unification of Tort Law: Contributory Negligence, Principles of European Tort Law*, vol. 8, European Centre of Tort and Insurance Law, Kluwer Law International, Londo, New York, 2004, p. 119 e ss.

- “Multiple Tortfeasors under Italian Law”, *Unification of Tort Law: Multiple Tortfeasores*, Rogers (ed.), *Principles of European Tort Law*, 9, European Center of Tort and Insurance Law Research, Kluwer, 2004, p. 119 e ss.

BUSNELLI, D./COMANDE, Giovanni – “Causation under Italian Law”, *Unification of tort law: causation*, J. SPIER (ed.), *Principles of European Tort Law*, vol. 4, European Centre of Tort and Insurance Law, Kluwer Law Internacional, London, Boston, 2000, p. 80 e ss.

BUSS, Sarah – “Personal Autonomy”, *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, www.plato.stanford.edu/archives/win2002/entries/personal-autonomy, 2002

BUSSANI, Mauro – *La colpa soggettiva. Modelli di valutazione della condotta nella responsabilità extracontrattuale*, 1991.

BUSSANI, Mauro e PALMER, Vernon – “The frontiers of Tort Liability: Pure Economic Loss in Europe”, in *Liability for pure economic loss: Frontiers of Tort Law*, 2001
 — *Pure economic loss in Europe*, Cambridge University Press, 2003

BUSSANI, Mauro; PALMER, Vernon; PARISI, Francesco – *The comparative law and economics of pure economic loss*, www.gmu.edu/departments/faculty/papers/docs/01-27.pdf

BYDLINSKI, Franz – “Mittäterschaft im Schadensrecht”, *Archiv für die civilistische Praxis*, 158, 1959, p. 410-430

- *Probleme der Schadensverursachung nach deutschem und österreichischem Recht*, F. Enke, Estugarda, 1964
- „Haftung bei alternativer Kausalität“, *Juristische Blätter*, 1959, p. 1 e ss.
- „Formale Freiheitsethik und andere Ethiken im Privatrecht“, *Formale Freiheitsethik oder materiale Verantwortungsethik. Bericht über das wissenschaftliche Kolloquium zum 65. Geburtstag von Professor Dr. Dieter Reuter am 15. und 16. Oktober 2005*, in Kiel, De Gruyter Recht, Berlin, 2006
- *System und Prinzipien des Privatrechts*, Springer Rechtswissenschaft, Wien, New York, 1996

- “Aktuelle Streitfragen um die alternative Kausalität”, *Festschrift für Günther Beitzke zum 70. Geburtstag am 26 April 1979*, OTTO SANDROCK (hrgs.), De Gruyter, Berlin, New York, 1979, p. 3 e ss.
- „Die Verursachung im Entwurf eines neuen Schadenersatzrechts“, *Entwurf eines neuen österreichischen Schadenersatzrechts*, Springer, Wien-New York, 2006
- “Haftungsgrund und Zufall als alternativ mögliche Schadensursachen”, *Festschrift für Gerhard Frotz*, Wien, 1993, p. 3 e ss.

BYDLINSKI/WEBER/WESTERMANN, *BGB – Schuldrecht, Allgemeiner Teil*, 6. neu bearbeitete Auflage, C.F. Müller, Heidelberg, München, Landenberg, Berlin, 2007

CABRAL, Rita Amaral – “A tutela delitual do direito de crédito”, *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Gomes da Silva*, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2001, p. 1025 a 1053

- “O direito à intimidade da vida privada”, *separata dos Estudos em memória do Professor Doutor Paulo Cunha*, Lisboa, 1988, p. 27 e ss.

CABRAL, Roque (s.j.) – “O dever no direito. Homenagem ao Prof. Doutor Mário Júlio de Almeida Costa”, *Estudos dedicados ao Prof. Doutor Mário Júlio Almeida Costa*, Universidade Católica Editora, 2002

CABRERA, Carlos Alarcón – *Causalidad y normatividad*, Ed. Mad, Sevilha, 2001

CAEMMERER, Ernst von – „Das Verschuldensprinzip in Rechtsvergleichender Sicht“, *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, 42. Jahrgang, 1978, p. 5-27

- „Das Problem des Kausalzusammenhangs“, *Gesammelte Schriften*, Band I (*Rechtsvergleichung und Schuldrecht*), Mohr Siebeck, Freiburg, 1962, p. 395
- „Höhere Gewalt“, *Rechtsvergleichendes Handwörterbuch für das Zivil- und Handelsrecht des In- und Auslands*, Band 4, 1933, p. 239 e ss.
- „Wandlungen des Deliktsrechts“, *Festschrift zum hundertjährigen Bestehen des deutschen Juristentages*, 1960, Band II, p. 49 e ss. (também publicado em *Gesammelte Schriften*, Band I, *Rechtsvergleichung und Schuldrecht*, Mohr Siebeck, Freiburg, 1962, p. 452 e ss.)
- “Die absoluten Rechte in § 823 Abs. 1 BGB”, *Karlsruher Forum (Beiheft)*, 1961, p. 24 e ss. (também publicado em *Gesammelte Schriften*, Band I, *Rechtsvergleichung und Schuldrecht*, Mohr Siebeck, Freiburg, 1962, p. 554 e ss.)
- “Die Bedeutung des Schutzbereichs einer Rechtsnorm für die Geltendmachung von Schadenersatzansprüchen aus Verkehrsunfällen”, *Deutsches Autorecht* 70, p. 283 e ss.
- “Das Problem der überholenden Kausalität im Schadenersatzrecht”, *Gesammelte Schriften*, Band I, *Rechtsvergleichung und Schuldrecht*, Mohr Siebeck, Freiburg 1962, p. 411 e ss.
- „Bereicherung und unerlaubte Handlung“, *Festschrift für Rabel*, Band I, 1954, p. 333 (também publicado em *Gesammelte Schriften*, Band I, *Rechtsvergleichung und Schuldrecht*, Mohr Siebeck, Freiburg, 1962, p. 209 e ss.)

— „Das deutsche Schuldrecht und die Rechtsvergleichung”, *Neue Juristische Wochenschrift*, 1956, p. 569 e ss.

CALABRESI, Guido – “Concerning Cause and the law of torts: an essay for Harry Salven Jr.”, *University Chicago Law Review*, 43, 1975, p. 69 e ss.

— *The costs of accidents: a legal and economic analysis*, 1970

— “Sobre los límites de los análisis económicos del Derecho”, *Anuário de Filosofia del Derecho*, Tomo II, Madrid, 1985, p. 219 a 228

— “The pointlessness of Pareto: Carrying Coase Further”, *The Yale Law Journal*, volume 100, number 5, March 1991, p. 1211 to 1237

— “Some thoughts on risk distribution and the law of torts”, *The Yale Law Journal*, volume 70, number 4, 1961, p. 499 to 553

— “Towards a unified theory of torts”, *Journal of Tort Law*, vol. 1, issue 3, article 1, 2007, p. 1 e ss.

CALABRESI, Guido e MELAMED – “Property rules, liability rules and inalienability: one view of the cathedral”, *Harvard Law Review*, 85, 1972, p. 1089 e ss.

CALASSO, Francesco – « Alterum non laedere », *Enciclopedia del diritto*, II, 1958, p. 93 a 96

CALHEIROS, Maria Clara – “Krause: entre o humanismo e humanitarismo”, *Estudos em Comemoração do 10º aniversário da Licenciatura em Direito da Universidade do Minho*, Almedina, Coimbra, 2004, p. 529-544

CALLINAM, Ian – “Legal rules governing the requirement of causation in tort law”, *Causation in Law and Medicine*, edited by IAN FRECKELTON e DANUTA MENDELSON, Ahsgate, Darthmouth, 2002, p. 125-137

CAMPOS, Diogo Leite – “A relação da Pessoa consigo mesma”, *Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da Reforma de 1977*, volume II, *A parte geral do Código Civil e a Teoria Geral do Direito Civil*, Coimbra Editora, Coimbra, 2006, p. 139 a 145

— *Nós: Estudos sobre o Direito das Pessoas*, Almedina, Coimbra, 2004

— “A indemnização do dano da morte”, *Separata do volume I do Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Coimbra, 1975

— “Poluição Industrial e Responsabilidade Civil”, *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 42, 1982, p.703 a 725

— *Lições de Direitos da Personalidade*, 2ª Edição, Coimbra, 1992

— « O direito e os direitos de personalidade », *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 53, Abril/Junho, Lisboa, 1993, p. 201-224 (também publicado em *Nós...* cit., p. 109 e ss.)

— « O cidadão-absoluto e o estado, o direito e a democracia », *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 53, Lisboa, 1993, p. 5 a 19, (também publicado em *Nós...* cit., p. 135 e ss.)

— *A subsidiariedade da obrigação de restituir o enriquecimento*, Almedina, Coimbra, 2003

- “Enriquecimento sem causa e responsabilidade civil”, *Revista da Ordem dos Advogados*, 1982, p. 39 e ss.
- “Boa fé e segurança jurídica em direito tributário”, *Separata da Revista da Ordem dos Advogados*, ano 68, I, 2008, p. 125 e ss.
- *As relações de associação – o direito sem direitos*, Almedina, Coimbra, 2011
- “A responsabilidade do banqueiro pela concessão ou não concessão do crédito”, *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 46, Lisboa, 1986, p. 51

CAMPOS, Diogo Leite/CHINELLATO, Silmara Juny de Abreu – *Pessoa Humana e Direito*, Almedina, Coimbra, 2009

CAMPOS, Manuel Fontaine – *O direito e a moral no pensamento de Friedrich Hayek*, Publicações Universidade Católica, Porto, 2000

CANARIS, Claus-Wilhelm – “Geschäfts- und Verschuldensfähigkeit bei Haftung aus culpa in contrahendo, Gefährdung und Aufopferung“, *Neue Juristische Wochenschrift*, 17. Jahrgang, 2. Halbband, 1964, p. 1987-1993

- “Die Vermutung aufklärungsrichtigen Verhaltens und ihre Grundlagen”, *Festschrift für Walther Hadding zum 70. Geburtstag*, FRANZ HÄUSER ET ALII, De Gruyter, Berlin, 2004, p. 3-24
- “A influência dos direitos fundamentais sobre o direito privado na Alemanha”, *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*, Porto Alegre, 2003, p. 225 e ss.
- *Direitos fundamentais e direito privado*, Almedina, Coimbra, 2003, tradução de PAULO MOTA PINTO e INGO WOLFGANG SARLET
- « Gewinnabschöpfung bei Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts », *Festschrift für Erwin Deutsch zum 70. Geburtstag*, Colónia, 1999, p. 85-109
- “Schutzgesetze-Verkehrspflichten-Schutzpflichten”, *Festschrift für Karl Larenz zum 80. Geburtstag am 23. April 1983*, München, Beck, 1983, p. 27 e ss. („Norme di protezione, obblighi del traffico, doveri di protezione”, *Rivista Critica del Diritto Privato*, Anno, I, n°3, 1983)

CANDIAN – „Caso fortuito e forza maggiore”, *Novissimo Digesto Italiano*, II, Torino, 1958, p. 991 e ss.

CANE, Peter – *Responsibility in Law and Morality*, Oxford, Portland Oregon, 2002

- *Tort law and economic interests*, 2nd edition, Clarendon Paperbacks, Oxford, 1996
- “Responsibility and Fault: a relational and functional approach to responsibility”, *Relating to responsibility. Essays for Tony Honoré on his eightieth birthday*, Oxford, Portland Oregon, 2001, p.
- “Justice and justifications for tort liability”, *Oxford Journal of Legal Studies*, 1982, 2, p. 30-62
- “Corrective justice and correlativity in private law”, *Oxford Journal of Legal Studies*, 16, 1996, p. 471 e ss.

CANE, Peter and GARDNER, John – *Relating to responsibility. Essays for Tony Honoré on his eightieth birthday*, Oxford, Portland Oregon, 2001

CANE, Peter / STAPLETON, Jane – *The Law of Obligations. Essays in celebration of John Fleming*, Clarendon Press, Oxford, 1998

— *Essays for Patrick Atiyah*, Clarendon Press, Oxford, 1991

CANNATA, Carlos Augusto – “Sul testo originale della lex Aquilia: premise e ricostruzione del primo capo”, *Studia et Documenta Historiae et Iuris*, LVIII, 1992, p. 195-201

— “Il terzo capo della lex Aquilia”, *Bulletino dell’Istituto di Diritto Romano Vittorio Scialoja*, vol. 37-38, 1996, p. 111-146

CANOTILHO, Joaquim José Gomes – “Anotação ao Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 7 de Maio de 2002 – Responsabilidade civil do Estado por danos decorrentes do não exercício culposo da função legislativa”, *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, ano 134º, n°s 3927 e 3928, p. 202 a 224.

CANTZLER, Klaus – “Die Vorteilsausgleichung beim Schadensersatzanspruch”, *Archiv für die civilistische Praxis*, 156, 1957, p. 29-59

CAPECCHI, Marco – *Il nesso di causalità. Da elemento delat fattispecie fatto illecito a criterio di limitazione de risarcimento del danno*, 2ª ed., CEDAM, 2005

CAPPAGLI, Enrico – “Perdita di una chance e risarcibilità del danno per ritardo nella procedura di assunzione”, *Giustizia Civile*, 1994, p. 1843 e ss.

CARBONE, V. – „Il rapporto di causalità“, *La responsabilità civile – Aggiornamento 1988-1996* (GUIDO ALPA/MARIO BESSONE, ed.), Utet Giuridica, Torino, p. 51 a 96

CARBONNIER, Jean – *Droit Civil, 4 – Les Obligations*, 22^e. édition, Presses Universitaires de France, Paris, 2000

CARDI, Jonathan – « Purging Foreseeability. The new vision of duty and judicial power in the proposed restatement (third) of torts », *Vanderbilt Law Review*, vol. 58, 2005, p. 739 e ss.

— « Reconstructing Foreseeability », *Boston College Law Review*, vol. 46, 2005, p. 921 e ss.

CARNELUTTI, Francesco – « Perseverare diabolicum (a proposito del limite della responsabilità per danni) », *Il Foro Italiano*, vol. LXXV, anno 1952, p. 97-102

— *Il danno e il reato*, Cedam, Padova, 1929

— “Contratto e diritto pubblico”, *Rivista di diritto pubblico*, 1929, I, p. 659-666

CARPINTERO, Francisco – « Las personas como síntese : la autonomía en el derecho », *Pessoa Humana e Direito*, DIOGO LEITE CAMPOS e SILMARA CHINELLATO (coord.), Almedina, Coimbra, 2009, p. 157 e ss.

CATTANEO – « Il concorso di colpa del danneggiato », *Rivista Diritto Civile*, 1967, p. 437 e ss.

CARPENTER, Charles E. – “Workable rules for determining proximate cause”, *California Law Review*, 20, 1932, Part I, n°3, p. 229 e ss.; Part II, n°4, 396 e ss.

— “Proximate cause”, *California Law Review*, n°14, 1940, p. 1, 115, 416; n°15, 1941, p. 187, 304, 427; n°16, 1943, p. 1, 61, 275

- “Concurrent causation”, *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 83, 1935, nº8, p. 941 e ss.
- CARVALHO, Américo Taipa de – “Artigo 151º Participação em rixa”, *Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial*, Tomo I, Coimbra Editora, Coimbra, 1999, p. 314 e ss.
- CARVALHO, Geraldês de – “A causalidade. Subsídios para uma teoria da responsabilidade jurídica em geral” (capítulo de livro em preparação), *Colectânea de Jurisprudência*, ano VII, tomo 4, 1982, Coimbra, p. 21 a 30
- CARVALHO, Orlando de – *Teoria Geral do Direito Civil*, Sumários desenvolvidos para uso dos alunos do segundo ano do curso jurídico de 1980/81, Centelha, Coimbra, 1981
- *A teoria geral da relação jurídica – seu sentido e limites*, Coimbra, 1981
 - *Os direitos do homem no direito civil português*, Vértice, Coimbra, 1973
 - *Para uma teoria humana da propriedade – do problema do ser ao problema do ter*, Coimbra, 1952
 - *A relação jurídica e o direito subjectivo*, Centelha, Coimbra
- CARVALHO, Pedro Pitta e Cunha Nunes de – *Omissão e dever de agir em direito civil. Contributo para uma teoria geral da responsabilidade civil por omissão*, Almedina, Coimbra, 1999
- “A responsabilidade do comitente”, *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 48, 1988, p. 85 e ss.
- CARVALHO, Sandra de Almeida Martins Leitão de – *Novas tendências da responsabilidade civil. A responsabilidade civil por danos causados ao ambiente*, Relatório do Seminário de Direito Civil, Faculdade de Direito de Lisboa, Lisboa, 1999/2000 (policopiado)
- CASARAVILLE, Esteban – “La concausa. Su concepto en la doctrina y jurisprudencia nacional y extranjera”, *Revista Juridica de Buenos Aires*, 1969, p. 141
- CASCÃO, Rui Miguel Patrício – *Prevention and compensation of treatment injury: a roadmap for reform*, 2005
- CASTRONOVO, Carlo – “Abuso del diritto como illecito atipico?”, *Europa e Diritto Privato*, 3/2006, p. 1051-1060
- “La resposabilità civile in Italia al passaggio del millennio”, *Europa e diritto privato*, 1/2003, p. 123-169
 - “Dagli ordinamento nazionali al diritto uniforme europeo: la prospettiva italiana”, *Europa e diritto privato*, 2/1999, p. 445-478
 - *La nuova responsabilità civile*, seconda edizione, Giuffrè Editore, Milano, 1997
 - “Danno, danno ingiusto, danno meramente patrimoniale”, *Le frontiere nobili della responsabilità civile*, *Rivista Critica di Diritto Privato*, 1989, p. 539-624
 - “Il danno all’ambiente nel sistema di responsabilità civile”, *Rivista Critica di Diritto Privato*, 1987, p. 511-520
 - “La responsabilità del prestatore di servizi nella proposta di direttiva comunitaria”, *Foro Italiano*, V, 1994, p. 273 e ss.

CELA-CONDE, Camilo – “Ética, Diversidade e universalismo: a herança de Darwin”, *Uma ética para todos?*, (dir. JEAN-PIERRE CHANGEUX), Instituto Piaget, 1997

CENDON, Paolo – “Circostanze incerte e responsabilità civile”, *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, anno LIII, n°4, 1999, p. 1237-1311

- “Il profilo della sanzione nella responsabilità civile”, *Contratto e impresa*, 1989, p. 886 e ss.
- “Condotte dolose e causalità giuridica”, *Persona e danno* (a cura di PAOLO CENDON), Giuffrè Editore, Milano, 2004, p. 5266 a 5298

CENDON, Paolo/GAUDINO, Luigi – “Suicidio e risarcimento del danno”, *Studi in memoria di Gino Gorla*, tomo III, Giuffrè Editore, Milano, 1994, p. 2113 e ss.

CENDON, Paolo/ZIVIZ, Patrizia – “L’inversione dell’onere della prova nel diritto civile”, *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, anno XLVI, 1992, p. 757 e ss.

CHABAS, François – « Bilan de quelques années de jurisprudence en matière de rôle causal », *Recueil Dalloz, Chronique*, 1970, p. 113-118

- « La perdita di chance nel diritto francese della responsabilità civile », *Responsabilità civile e previdenza*, vol. LXI, n°2, 1996, p. 227-245
- « Remarques sur l’obligation *in solidum* », *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, tome 65, année 1967, p. 310 a 338
- « TGI Montpellier, 21 déc. 1970 », *Recueil Dalloz*, 1971, p. 637 e ss.
- *L’influence de la pluralité de causes sur le droit à réparation*, LGDJ, 1967
- “Fait ou faute de la victime”, *Recueil Dalloz*, 1973, Chr., p. 207
- “Vers un changement de nature de la responsabilité médicale”, *Juris-classeur Périodique (La semaine juridique)*, 1973, I, 2737
- “La perte d’une chance en droit français”, *Développements récents du droit de la responsabilité civile*, Centre d’Études Européennes, Zurigo, 1991, p. 131 e ss.

CHANGEUX, Jean-Pierre – *Uma mesma ética para todos?*, Instituto Piaget, Lisboa, 1997

CHANTEPIE, Gaël – « Responsabilité civile. Recours entre coauteurs dans le contentieux des contaminations post-transfusionnelles, note sous Cass. 2^e civ., 20 oct. 2005 », *Recueil Dalloz*, 182^e année, 16 février 2006, n°7, 7236, p. 492 a 496

CHAPELARD – *Les préjudice indemnizable dans la responsabilité extra-contractuelle de la puissance publique*, Grenoble, 1981

CHAPPIUIS, Christine – “La faute concomitante de la victime”, *La fixation de l’indemnité*, *Colloque de la responsabilité civile*, FRANZ WERRO (ed.), Berne, 2004, p. 29 e ss.

CHARTIER, Yves – *La réparation du préjudice dans la responsabilité civile*, Dalloz, Paris, 1983

CHIOVENDA, Giuseppe – *Instituzioni di Diritto Processuale Civile*, Napoli, 1933-1936

- “L’azione nel sistema dei diritti”, *Saggi di Diritto Processuale Civile*, vol. I, Giuffrè Editore, Milano, 1993, p. 3-99

CHIRONI – *La colpa nel diritto civil odierno*, Turin, 1879

CHIUSI, Tiziana – “A dimensão abrangente do direito privado romano. Observações sistemático-teoréticas sobre uma ordem jurídica que não conhecia. Direitos Fundamentais”, *Direitos fundamentais e direito privado: uma perspectiva de direito comparado*, ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, JÖRG NEUNER, INGO WOLFGANG SARLET (org.), Coimbra, Almedina, 2007, p. 11-39

CHONE, Jonathan – *The probable and the provable*, Clarendon Press, Oxford, 1997

CHRISTANDL, Gregor – “BGH. 12 febbraio 2008, VI ZR 221/06 (olg Saarbrücken) – Responsabilità medica: causalità e onere della prova nel diritto tedesco”, *Persona e danno*, www.personaedanno.it/cms/data/articoli/010849.aspx

CHRISTIE, George C. – « The uneasy place of principle in tort law », *Philosophical foundations of tort law*, DAVID G. OWEN ed., Clarendon Press, Oxford, 1996, p. 113 a 130;

— “The uneasy place of principle in tort law”, *Southern Methodist University Law Review*, n°49, 1996, p. 524 e ss

CINTRA, Jorge Pimentel – *Ciência e Milagres*, Quadrante, São Paulo, 1994

CITARELLA, Giuseppe – “Errore diagnostico e perdita di chance in Cassazione”, *Responsabilità civile e previdenza*, 2004, p. 1045 e ss.

CLERICO, Giuseppe - “Attività economica e rischio di danno; Come la struttura del capitale e la priorità di rivalsa sul capitale sociale influenzano la precauzione dell’impresa”, *Rivista Critical del Diritto Privato*, ano XVIII, 2000, p. 71 a 106

COASE – “The problem of social costs”, *Journal of Law and Economics*, n°3, 1960, p. 2 e ss.

CODERCH, Pablo Salvador – “Causalidad y responsabilidad”, *Indret, Revista para el Análisis del Derecho*, 2002, www.indret.com

— “Recensión a Cees Van Dam, European Tort Law”, *Indret* 2/2007, www.indret.com

— “Punitive damages”, *Responsabilidad en el Derecho, Anuário da Faculdade de Direito da Universidade Autónoma de Madrid*, 4, 2000

CODERCH, Pablo Salvador/GAROUPA, Nuno/LIGÜERRE, Carlos Gómez – *Scope of liability: the vanishing distinction between negligence and strict liability*, 2004, www.papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=640482

— “El círculo de responsables. La evanescente distinción entre responsabilidad por culpa y objetiva”, *Indret* 4/2005, www.indret.com

CODERCH, Pablo Salvador y LIGÜERRE, Carlos Gómez – *Toros y capeas*, Barcelona, 2000, www.indret.com

— “El derecho de daños y la minimización de los costes de los accidentes”, *Indret* 1/2005, www.indret.com

CODERCH, Pablo Salvador y GARCÍA, Juan Antonio Ruiz – “Problemas de la responsabilidad civil en derecho español”, *Europa e diritto privato*, nº2, 1999, p. 401-444

CODERCH, Pablo Salvador y PALOU, M. T. Castiñeira - *Prevenir y Castigar*, Marcial Pons, Madrid, 1997

CODERCH, Pablo Salvador e POMAR, Fernando Gómez – *Clave de bóveda. Recensión a: Steven Shavell. Foundations of Economic Analysis of Law. The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, London, England, 2004*, Barcelona, 2004, www.indret.com

COELHO, Carlos de Oliveira – *Poluição marítima por hidrocarbonetos e responsabilidade civil (em torno da Convenção Internacional sobre a responsabilidade civil pelos prejuízos devidos à poluição por hidrocarbonetos de 29 de Novembro de 1969 revista pelo Protocolo de Londres d 27 de Novembro de 1992)*, Almedina, Coimbra, 2007

COELHO, Francisco Manuel Pereira – “O nexó de causalidade na responsabilidade civil”, *Boletim da Faculdade de Direito*, suplemento IX, 1951

— *O problema da causa virtual na responsabilidade civil*, Coleção Teses, Almedina, 1998

— “O enriquecimento e o dano”, *Revista de direito e estudos sociais*, ano XV, 1968, nº4, p. 315 a 368; ano XVI, 1969, nº1-2, p. 1 a 53

— *Obrigações, sumários das lições ao curso de 1966-1967*, Coimbra, 1967

— *Obrigações. Aditamentos à Teoria Geral das Obrigações de Manuel de Andrade*, policopiado, Coimbra, 1963-1964

— “Caducidade do direito ao divórcio ou à separação de pessoas e bens”, *Revista de Legislação e Jurisprudência*, nº104, 1971/1972, p. 51 e ss.

— “A causalidade na responsabilidade civil, em direito português”, *Revista de Direito e Estudos Sociais*, ano XII, 1965, p. 39-58

COELHO, Francisco Manuel Pereira/OLIVEIRA, Guilherme de – *Curso de Direito da Família*, vol. I, 4ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2011, p. 87

COELHO, José Gabriel Pinto – *A responsabilidade civil baseada no conceito de culpa*, 1906

COFFEE, John C., Jr. – “Causation by presumption? Why the Supreme Court should reject Phantom Losses and Reverse Brondo?”, *Columbia Law School Working Paper* nº264, 2005, www.ssrn.com/abstract=648624

COGGIOLA, Nadia – “L’ascertamento del nesso di causalità nei casi di mesoteliomi conseguenti ad esposizione ad amianto: una nuova pronuncia della House of Lords”, *Responsabilità civile e previdenza*, 2006, p. 1782 e ss.

— “Asbestos Cases in the Italian Courts: Duelling with Uncertainty”, *Indret – Revista para el análisis del derecho*, nº4, 2009, www.indret.com.

COING, Helmut – *Grundzüge der Rechtsphilosophie*, 3. Aufl., Walter de Gruyter, Berlin, Nova Iorque, 1976

- *Europäisches Privatrecht*, Band I, *Alteres Gemeines Recht*, Beck, München, 1985
- “Interesseberechnung und unmittelbarer Schaden”, *Süddeutsche JuristenZeitung*, 1950, p. 866 e ss.
- “Zum Geschichte des Begriffs subjektives Recht”, in COING, LAWSON, GRÖNFORS, *Subjektives Recht und der Rechtsschutz der Persönlichkeit*, Metzner, Frankfurt, 1959, p. 7-23

COLE, Robert H. – “Windfall and Probability: a study of cause in negligence law”, *California Law Review*, vol. LII, 1964, p. 459-512 e 764-821 (Part I, “Uses of Causal Language”, p. 459-512; Part II, “Factual Uncertainty and Competitive Fairness”, p. 764-821)

COLEMAN, Jules – “The mixed conception of corrective justice”, *Iowa Law Review*, 77, 1992, p. 427 e ss.

- “The practice of corrective justice”, *Philosophical foundations of tort law*, DAVID G. OWEN ed., Clarendon Press, Oxford, 1996, p. 53 e ss.
- *Risks and wrongs*, Cambridge University Press, Cambridge, 1992
- “On the relationship between law and morality”, *Ratio Juris*, v. 2, n°1, 1989, p. 66-78.
- “The morality of strict liability”, *William and Mary Law Review*, vol. 18, 1976-1977, p. 259 e ss.
- “On the moral argument for the fault system”, *The Journal of Philosophy*, vol. 71, n°14, 1974, p. 473-490
- “Theories of tort law”, *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, www.plato.stanford.edu/entries/tort-theories, 2007
- “Corrective Justice and wrongful gain”, *Journal of Legal Studies*, 11, 1982, p. 421 e ss.
- “The economic structure of tort law”, *Yale Law Journal*, 97, 1988, p. 1233 e ss.
- *The Practice of Principle, In Defence of a Pragmatist Approach to Legal Theory*, Oxford University Press, 2001
- “Moral theories of tort: their scope and limites”, Part II, *Law and Philosophy*, 2, 1983, p. 5-36
- “Moral theories of tort: their scope and limites”, Part I, *Law and Philosophy*, 1, 1982, p. 371-390

COLEMAN, Jules/ RIPSTEIN, Arthur – “Mischief and Misfortune”, *McGill Law Journal/Revue de Droit McGill*, vol. 41, 1995, p. 91 e ss.

COMES – “Zum Begriff des gesteigerten Risikos im Recht der unerlaubten Handlungen”, *Neue Juristische Wochenschrift*, 72, p. 2022 e ss.

COMPORITI, Marco – “Causa estranea, caso fortuito, responsabilità oggettiva”, *Foro Italiano*, 1985, p. 2650 e ss.

- *Esposizione al Pericolo e Responsabilità Civile*, Morano, Napoli, 1965

CONZUTTI, Mirijam – „Il criterio scientifico e il nesso di causalità. Cass. Pen. Sez. V, 26 marzo, 2009 n.13388“, *Persona e danno*, www.personaedanno.it/cms/data/articoli/014013.aspx

COOLEY, Dennis R. – “Strict joint and several liability and Justice”, *Journal of Business Ethics*, 47, 2003, p. 199 e ss.

COOTER, Robert - “Total liability for excessive harm”, *Journal of Legal Studies*, vol. 36, 2007, p. 63 e ss., disponível em http://works.bepress.com/robert_cooter/107 (cf., ainda, *Berkeley Program in Law and Economics Working Paper n°177*, University of California, <http://repositories.cdlib.org/cgi/viewcontent.cgi?article=1179&content=blewp>)

COOTER, Robert/MATTEI, Ugo/MONATERI, Pier Giuseppe/PARDOLESI, Roberto/UDEN, Thomas – *Il mercato delle regole. Analisi economica del diritto civile*, Il Mulino, Bologna, 1999

COOTER, Robert/ PORAT, Ariel – “Does risk to oneself increase the care owed to other? Law and Economics in conflict”, *Journal of Legal Studies*, vol. 29, issue 1, 2000, p. 19-34 (também acessível em *U. C. Berkeley Law and Economics Working Papers Series*, 10/2000, www.paper.ssrn.com/paper-taf?abstract_id=196688)

CORDEIRO, António Menezes – *Da responsabilidade civil dos administradores das sociedades comerciais*, Lex, Lisboa, 1997

- *Direito das Obrigações*, I e II, AAFDUL, Lisboa, 2001
- *Tratado de direito civil português*, Parte I, Tomo I, 3ª edição revista, 2009
- *Teoria Geral do Direito Civil*, 1º volume, 2ª edição, AAFDL, Lisboa, 1987-1988
- *Da boa fé no Direito Civil*, Almedina, Coimbra, 2001
- “Os direitos de personalidade na civilística portuguesa”, *Revista da Ordem dos Advogados*, 2001, p. 1229 e ss.
- “Acidente de viação em auto-estrada. Natureza da eventual responsabilidade da concessionária. Anotação ao acórdão do STJ de 3-3-2005”, *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 65, I, p. 153 e ss.
- *Direitos reais. Sumários*, Lisboa, 2000-2001
- “Da colisão de direitos”, *O Direito*, ano 137º, 2005, p. 37 e ss.
- *Estudos de Direito Civil*, I, Coimbra, 1991
- “Violação positiva do contrato. Anotação a STJ 31 Jan. 1980”, *Revista da Ordem dos Advogados*, 181, p. 123-152

CORGAS-BERNARD, Cristina – “La pluralité de responsables en droit français et dans d’autres ordres juridiques nationaux”, www.greca.univ-rennes1.fr/digitalAssets/267/267956_ccorgas.pdf

CORREIA, António Arruda Ferrer – “Da responsabilidade do terceiro que coopera com o devedor na violação de um pacto de preferência”, *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, 98º, p. 356

CORREIA, Eduardo – *Direito Criminal*, I e II, Almedina, Coimbra, 1996 (com a colaboração de FIGUEIREDO DIAS)

CORSARO – “Concorso di colpa e danneggiato incapace”, *Rivista Trimestrale di Diritto e Proceduta Civile*, 1965, p. 474 e ss.

CORTEZ, Margarida – *Responsabilidade Civil da Administração por Actos Administrativos Ilegais e Concurso de Omissão Culposa do Lesado*, Coimbra Editora, Coimbra, 2000

COSENTINO, Fabrizio – “Analisi economica del diritto: ritorno al futuro?”, *Il Foro Italiano*, vol. CXIII, anno CXV, Roma, 1990, p. 153 e ss.

COSSIO, Alfonso de – “La causalidad en la responsabilidad civil. Estudio del derecho español”, *Anuario de derecho civil*, 19, 1966, p. 527-554

COSSIO, Carlos – *La normatividad según el análisis de la conducta jurídica*, Buenos Aires, 1937

- “Norma, direito e filosofia”, *Boletim da Faculdade de Direito*, XXIII, 1947, p. 76-150
- *Teoria de la Verdad Juridica*, Editorial Losada, Buenos Aires, 1954
- “Sobre as relações da Filosofia do Direito com a Ciência Jurídica”, *Boletim do Ministério da Justiça*, nº3, 1947, p. 5-26
- “O problema da coordenação das normas jurídicas com especial referência ao problema da causa no direito”, *Boletim do Ministério da Justiça*, nº12, 1949, p. 5-88
- *La causa e la comprensión del derecho*, 4ª ed., Juárez, Buenos Aires, 1969

COSTA, José de Faria – “A linha (Algumas reflexões sobre a responsabilidade em um tempo de técnica e de burocrática)”, *O Homem e o Tempo. Liber Amicorum para Miguel Baptista Pereira* (J.A. Pinto Ribeiro coord.), Fundação Eng. António de Almeida, Porto, 1999, p. 397 a 411.

- *O perigo em direito penal*, Coimbra Editora, Coimbra, 1992

COSTA, Mário Júlio de Almeida – “Reflexões sobre a obrigação de indemnização. Confrontos luso-brasileiros”, *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, nº3931 e 3932, p. 290 a 299

- *Noções fundamentais de direito civil*, 4ª edição revista e actualizada (com colaboração de Henrique Sousa Antunes), Almedina, Coimbra, 2001
- *Direito das Obrigações*, 12ª edição, Almedina, Coimbra, 2009
- *História do Direito Português*, 2ª Edição, Almedina, Coimbra, 1996

COSTA, Patrícia Helena Leal Cordeiro da – *O dano da perda de chance e a sua perspectiva no direito português*, Coimbra, 2010, policopiado

COTTA, Sergio – « Absolutisation du droit subjectif et disparition de la responsabilité », *Archives de Philosophie du droit*, nº22, *La responsabilité*, Editions Sirey, Paris, 1977, pp. 23-30

COURTIS, Christian – “La eficacia de los derechos humanos en las relaciones entre particulares”, *Direitos fundamentais e direito privado: uma perspectiva de direito comparado*, ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, JÖRG NEUNER, INGO WOLFGANG SARLET (org.), Coimbra, Almedina, 2007

COURTOIS, Gérard – « Innocence et responsabilité selon Spinoza », *Archives de Philosophie du droit*, nº22, *La responsabilité*, Editions Sirey, Paris, 1977, p.97-111

COUSY, Herman A. – «Wrongfulness in Belgian Tort Law », *Unification of tort law : wrongfulness*, KOZIOL (ed.), Kluwer Law International, Netherlands, 1998, p. 31-38

COUSY, Herman/DROSHOUT, Dimitri – « Multiple Tortfeasores under Belgian Law », *Unification of Tort Law: Multiple Tortfeasores*, Rogers (ed.), *Principles of European Tort Law*, 9, European Center of Tort and Insurance Law Research, Kluwer, 2004, p. 29 e ss.

COUSY, Herman A./VANDERSPIKKEN, Anja – “Causation under Belgian Law”, *Unification of tort law: causation*, J. SPIER (ed.), *Principles of European Tort Law*, vol. 4, European Centre of Tort and Insurance Law, Kluwer Law International, London, Boston, 2000, p. 23 e ss.

COVIELLO, N. – “Intorno alla risarcibilità dei danni indiretti e mediati”, *Giurisprudenza italiana*, 1897, I, 23 e ss.

CRENDE, Antonio Fernández – “Imputación objectiva en un caso de responsabilidad civil ex delicto: critério de la provocación. Comentario da la STS, 2ª, 26.9.2005”, *Indret*, 1/2006, Barcelona, 2006, www.indret.com

CRICENTE, Giuseppe – *Persona e risarcimento*, Quaderni Romani di Diritto Privato, 11, CEDAM, Padova, 2005

CRIFÓ – “Danno”, *Enciclopedia del Diritto*, XI, Milano, 1962, p. 615 e ss.

CRORE, Benedita Mac – “O recurso ao princípio da dignidade da pessoa humana na jurisprudência do Tribunal Constitucional”, *Estudos em comemoração do 10º aniversário da licenciatura em direito da Universidade do Minho*, Almedina, Coimbra, 2004, p. 151-174

CROWE, Joanthan – “Levisian Ethics and Legal Obligation”, *Ratio Iuris*, vol. 19, issue 4, 2006, p. 421-433

CRUZ, Guilherme Braga da – “Formação histórica do moderno direito privado português e brasileiro”, *Scientia iuridica*, Tomo IV, 1954-1955

— *Exposição bibliográfica dos trabalhos relativos ao Código Civil de 1867 e preparatórios do futuro Código Civil Português*, Coimbra, 1959

CRUZ, Manuel – “Los filósofos y la responsabilidad moral”, *Responsabilidad en el derecho*, *Anuário da Faculdade de Direito da Universidade Autónoma de Madrid*, 4, 2000

CRUZ, Sebastião – *Direito Romano. Ius Romanum – I – Introdução. Fontes*, Coimbra, 1984

CUPIS, Adriano de – *Il danno – Teoria generale della responsabilità civile*, 3ª edição, Giuffrè Editore, Milano, 1979

- “Dei fatti illeciti”, *Commentario Codice Civile diretto da Scialoja e Branca*, Libro Quarto, *Obbligazioni*, art. 2043° e ss., 2ª edição, Bolonha-Roma, 1971, p. 20 e ss.
- *Fatti illeciti*, 2ª edição, Milano, 1970
- “In tema di concorso del fatto colposo dell danneggiato”, *Foro italiano*, 1959, p. 966 e ss.
- “Sulla riduzione del risarcimento per concorso del fatto del danneggiato incapace”, *Il Foro Italiano*, anno 1958, p. 933-938
- “Il risarcimento della perdita di chance”, *Giurisprudenza italiana*, 1986, I, sez. I, cols. 1181 e ss.

DAGAN, Hanoch – “The distributive foundations of corrective justice”, *Michigan Law Review*, 98, 1999, p. 138 e ss. (disponível em <http://ssrn.com/abstract=182575>)

DAGORNE-LABBE, Yannick – “Existe-t-il une obligation pour les victimes de limiter leur préjudice? Cass. Civ. 2e., 19 juin 2003, 2 arrêts”, *Les Petites Affiches*, 2003, p. 13 e ss.

D’AGOSTINO, Francesco – *Il diritto come problema teologico ed altri saggi di filosofia e teologia del diritto*, G. Giappichelli Editore, Torino, 1997

DAM, Cees Van – *European Tort Law*, Oxford University Press, 2006

DARI-MATTIACCI, Giuseppe – “Negative liability”, *George Mason University School of Law Papers*, www.ssrn.com/author=333631

- “Tort Law and Economics”, *Economic Analysis of Law. An European Perspective*, HATZIS ARITIDES (ed.), www.law.uu.nl/eco/gdm.htm

DASSI, Anna – “Sulla lesione da perdita di chance di un corridore automobilistico”, *Responsabilità civile e previdenza*, 1993, p. 862 e ss.

DAUBE, David – “On the use of the term *damnum*”, *Collected Studies in Roman Law*, I, Frankfurt, 1991, p. 283 e ss. (também publicado em *Studi in onore di Siro Solazzi nel cinquantésimo anniversario del suo insegnamento universitario, 1899-1948*, Napoles, p. 93 e ss.)

DAVIDSON – *Essays on Action and Events*, Clarendon Press, Oxford, 1980

- *Actions, Reasons and Causes*, 1963

DEARBORN, Meredith – “Enterprise Liability: reviewing and revitalizing liability for corporate groups”, *California Law Review*, vol. 97, p. 195 e ss.

DECLERE, F. Descorps – “La cohérence de la jurisprudence de la Cour de Cassation sur la perte d’une chance consécutive à une faute du médecin”, *Recueil Dalloz*, 2005, chr., p. 742 e ss.

DEMOGUE, René – *Traité des obligations en générale*, I, *Source des obligations*, t. IV, Librairie A. Rousseau, Paris, 1923

DESCARTES, René – *Meditações sobre a Filosofia Primeira*, Almedina, Coimbra, 1992

DESCHAMPS, Christian Lapoyade – “La réparation du préjudice économique pur en droit français”, *Revue internationale de droit comparé*, année 50^e, n^o2, 1998, p. 367 e ss.

DESPOTOPOULOS, Constantin – « Le droit subjectif dans le système du droit », *Archives de Philosophie du Droit*, 1970, p. 251

DESSERTAUX, Marc – “Abus de Droit ou Conflit des droits”, *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 1906, p. 119 e ss.

DEUBNER – „Zur Haftung bei alternativer Kausalität“, *Juristisch Schulung*, 62, p. 383 e ss.;

DEUTSCH, Erwin – « Regreßverbot und Unterbrechung des Haftungszusammenhangs im Zivilrecht – Bemerkung zum Urteil des VI. Zivilsenats des BGH v. 16. 2. 1972», *Juristenzeitung*, 27, Heft 18, 1972, p. 551 a 553.

- „Begrenzung der Haftung aus abstrakter Gefährdung wegen fehlender adäquater Kausalität? – Bemerkungen zum schadensrechtlichen Aspekt des Urteils des Hessischen V.G.H. v. 16 November 1965“, *Juristenzeitung*, 1966, p. 556 a 559.
- „Privilegiert Haftung und Schadensfolge“, *Neue Juristische Wochenschrift*, 1966, p. 705-711.
- *Allgemeines Haftungsrecht*, 2. völlig neugestaltete und erw. Aufl., Carl Heymanns Köln, Berlin, Bonn, München, 1996
- “Da allgemeine Lebensrisiko als negativer Zurechnungsgrund”, *Festschrift für Günther Jahr zum siebzigsten Geburtstag*, Mohr Siebeck, Tübingen, 1993, p. 251 e ss.
- „Gefährdungshaftung: Tatbestand und Schutzbereich“, *Juristische Schulung. Zeitschrift für Studium und Ausbildung*, 21. Jahrgang, Heft 5, 1981, p. 317-325
- „Die Haftung des Tierhalters“, *Juristische Schulung. Zeitschrift für Studium und Ausbildung*, 27. Jahrgang, Heft 9, 1987, p. 673-681
- „Gefährdungshaftung für Mikroorganismen im Labor“, *Neue Juristische Wochenschrift*, 1990, p. 751-752
- „Finalität, Sozialadäquanz und Schuldtheorie als zivilrechtliche Struktur Begriffe. Welzels Fernwirkung auf die Zivilrechtsdogmatik“, *Festschrift für Hans Welzel zum 70. Geburtstag am 25. März 1974*, Walter de Gruyter, Berlin, New York, 1974, p. 227-250
- „Zurechnung und Haftung im zivilen Deliktsrecht“, *Festschrift für Richard M. Honig*, Schwarts, Göttingen, 1970, p. 33 e ss.
- “Zurechnungsfähigkeit und Verschulden”, *Juristenzeitung*, 19, Heft 3, 1964, p. 86 e ss.
- “Die Fahrlässigkeit als Ausserachtlassung der äußeren und der inneren Sorgfalt”, *Juristenzeitung*, 1988, p. 993 e ss
- “Das neue System der Gefährdungshaftung: Gefährdungshaftung, erweiterte Gefährdungshaftung und Kausal-Vermutungshaftung”, *Neue Juristische Wochenschrift*, 1992, p. 73 e ss.
- “Zum Zurechnungszusammenhang bei einem Verkehrsunfall”, *Juristenzeitung*, 47, Heft 2, 1992, p. 95 e ss.
- *Fahrlässigkeit und erforderlich Sorgfalt*, 2. Aufl., Köln, 1995
- “Entwicklungstendenzen des Schadensrechts in Rechtsprechung und Wissenschaft”, *Juristische Schulung*, 1967, p. 157 e ss
- “Die Mitspielerverletzung im Sport”, *Versicherungsrecht*, 1974, p. 1054 e ss.

- “Das Verhältnis von Mittäterschaft und Alternativtäterschaft im Zivilrecht”, *Juristenzeitung*, 1972, p. 105 e ss.
- “Schmerzensgeld und Genugtuung“, *Juristische Schulung*, 1969, p. 202 e ss.

DEUTSCH, Erwin e AHRENS, Hans-Jürgen – *Deliktrecht, Unerlaubte Handlungen, Schadensersatz und Schmerzensgeld*, 4. Aufl., Carl Heymanns Verlag, Köln, Berlin, Bonn, München, 2002

DEVOTO, Luigi – *L'imputabilità e le sue forme nel Diritto Civile*, Milano, 1963

DIAS, Aguiar – *Da responsabilidade civil*, Edições Forense-Rio, 1960

DIAS, Augusto Silva – “What if everybody did it?: sobre a incapacidade de ressonância do direito penal à figura de acumulação”, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, ano 13, nº3, 2003, p. 304 e ss.

DIAS, João Álvaro – “Culpa médica: algumas ideias-força”, *Revista Portuguesa do Dano Corporal*, ano IV, nº5, 1995, p. 15 a 46

– “Breves considerações em torno da natureza da responsabilidade civil médica”, *Revista Portuguesa do Dano Corporal*, ano II, nº3, 1993, p. 27 a 59

— *Dano Corporal, Quadro Epistemológico e Aspectos Ressarcitórios*, Almedina, Coimbra, 2001

DIAS, Jorge de Figueiredo – “O direito penal entre a sociedade industrial e a sociedade de risco”, *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Rogério Soares*, 2001, p. 583 e ss.

— “Sobre a reparação das perdas e dos danos arbitrada em processo penal”, *Estudos in memoriam do Professor Doutor Beleza dos Santos*, Coimbra, 1966, p. 101-134

— *Direito Penal. Parte Geral*, tomo I, *Questões fundamentais. A Teoria Geral do Crime*, Coimbra Editora, Coimbra, 2004

— “O direito penal na sociedade do risco”, *Temas básicos da doutrina penal. Sobre os fundamentos da doutrina penal. Sobre a doutrina geral do crime*, Coimbra Editora, Coimbra, 2001, p. 155-185

— “Sobre a tutela jurídico-penal do ambiente – um quarto de século depois”, *Estudos de Homenagem a Cunha Rodrigues*, vol. I, Coimbra Editora, Coimbra, 2001, p. 390 e ss.

DIAS, Jorge Figueiredo/ANDRADE, Manuel da Costa – *Direito Penal – Questões Fundamentais. A doutrina geral do crime. Apontamentos de estudo da cadeira de Direito Penal do 3º ano*, Coimbra, 1996, policopiado

DIAS, Jorge Figueiredo/MONTEIRO, Jorge Sinde – “Responsabilidade médica em Portugal”, *Boletim do Ministério da Justiça*, nº332, p. 21 e ss.

DIAS, José de Aguiar – *Da responsabilidade civil*, Edições Forense-Rio, 1960

DÍEZ-PICAZO, Luis Ponce de León – “La responsabilidad civil hoy”, *Anuario de Derecho Civil*, tomo XXXII, fasc. II y III, Abril-Septiembre MCMLXXIX, p. 727 a 738

— *Derecho de daños*, Madrid, Civitas, 1999

— *Fundamentos del derecho civil patrimonial*, II, 5ª edição, Civitas, Madrid, 1996

- “La culpa en la responsabilidad civil extracontractual”, *Anuário de Derecho Civil*, tomo LIV, Fascículo III, Julho-Setembro, 2001, Ministério da Justiça, Espanha
- DÍEZ-PICAZO, Luis/BALLESTEROS, António Gullón – *Sistema de derecho civil*, Vol. II, 9ª edição, Tecnos, Madrid, 2002
- DÍEZ-PICAZO/GULLÓN – *Sistema de derecho civil*, II, 6ª edição, Madrid, 1989
- DILCHER, Gerhard – “Zu Begriff und Funktion der Gesamtschuld“, *Juristenzeitung*, 1967, p. 110 a 116
- DINIS, Bernardo de Alencar Araripe - *A responsabilidade civil e a sua função punitiva*, Coimbra, 2008 (policopiado)
- DOMAT, Jean – *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, Paris, (1756) 1771
- D’ORS, Álvaro – “Ius en sentido objetivo-subjetivo”, *Anuario de Historia del Derecho Español*, nº24, 1954, p. 635 e ss.
- DOPPET, Gerard – „Is Rawls’s Kantian Liberalismo Coherent and Defensible?“, *Ethics*, 99, 1989, p. 815-851
- DORFF, Michael B. – „Why welfare depends on fairness: a reply to Kaplow and Shavell“, *S. California Law Review*, 74, 2002, p. 847 e ss.
- DÖRNER, Heinrich – “Zur Dogmatik der Schutzgesetzverletzung”, *Juristische Schulung. Zeitschrift für Studium und Ausbildung*, 27 Jahrgang, 1987, p. 522 e ss.
- DORSNER-DOLIVET, Annick – “Cour de Cassation, 1^{re} Chambre Civile, 17 novembre 1982, note”, *Recueil Dalloz*, année 1984, p. 305 e ss.
- DOYLE, John – „Causation in the Context of Medical Practitioners. Liability for negligent advice”, *Causation in Law and Medicine*, edited by IAN FRECKELTON e DANUTA MENDELSON, Ahsgate, Dartmouth, 2002, p. 379 e ss.
- DUBUISSON, Bernard – “Les causes exonératoires de la responsabilité”, www.grerca.univ-rennes1.fr/digitalAssets/267/267955_dubuissongeneve.pdf
- DUFOUR – « Rationnel et irrationnel dans l’école du droit historique », *Archives de philosophie du droit*, 23, 1978, p. 147 e ss.
- DUGUIT, Léon – *Manuel de Droit Constitutionnel. Théorie générale de L’État. Le droit de l’État. Les libertés publiques. L’organisation politique de la France*, Paris, 1923
 — *Les transformations générales du droit privé depuis le Code Napoléon*, Paris, 1912
- DUMERY, A. – *La faute de la victime en droit de la responsabilité civile*, Aix-Marseille III, 2007

DUMONT, Louis – *Essais sur l'individualisme. Une perspective anthropologique sur l'idéologie moderne*, Paris, 1983

DUNNÉ, Jan M. van – “Liability for pure economic loss: rule or exception? A comparatist's view of the civil law-common law on compensation of non physical damage in tort law”, *European Review of Private Law*, 4, 1999, p. 397 e ss.

— « Responsabilità per danno meramente patrimoniale: regola o eccezione? », *Danno e responsabilità*, n°2, 2000, p. 121 a 139

DUNZ – “Eigenes Mitverschulden und Selbstwiderspruch”, *Neue Juristische Wochenschrift*, 86, p. 2234 e ss.

— “Wesen und Grenzen des eigenen Mitverschuldens”, *Juristenzeitung*, 61, p. 406 e ss.

— “Reiter wider Pferd oder Versuch einer Ehrenrettung des Handelns auf eigene Gefahr”, *Juristenzeitung*, 1987, p. 63 e ss.

— “Fremde Unrechtshandlungen in der Kausalkette”, *Neue Juristische Wochenschrift*, 66, p. 134 e ss.

DWORKIN, Ronald – *Law's empire*, Harvard University Press, Cambridge, Mass, 1986 (tradução espanhola de CLAUDIA FERRARI, *El imperio de la justicia. De la teoría general del derecho, de las decisiones e interpretaciones de los jueces y de la integridad política y legal como clave de la teoría y práctica*, Gedisa Editorial, Barcelona, 1992)

— « Is wealth a value? », *Journal of Legal Studies*, 9, 1980, p. 191 e ss.

DWORKIN/SOLLER – “Market-share liability: proposals for application”, *American Business Law Journal*, 19, 1982, p. 523 e ss.

EATON, Thomas, MUSTARD, David and TALARICO, Susette – « The effects of seeking punitive damages on the processing of tort claims », *Journal of Legal Studies*, vol. 34, 2, 2005, p. 343 a 369.

EBERS, Martin – “Austrian Case note on Hoge Raad, Judgmente of 22 February 2002 – On compensation for psychiatric injury and emotional distress suffered by close relatives”, *European Review of Private Law*, 3/2003, p. 460-465

ECKERT, Jörn – “Der Begriff Freiheit im Recht der unerlaubten Handlungen”, *Juristische Schulung. Zeitschrift für Studium und praktische Ausbildung*, 34. Jahrgang, Heft 8, 1994, p. 625 e ss.

EDMOND, Gary e MERCER, David – “Rebels without a cause? Judges, Medical and Scientific Evidence and the Uses of Causation”, *Causation in Law and Medicine*, edited by IAN FRECKELTON e DANUTA MENDELSON, Ashgate, Dartmouth, 2002, p. 83-121

EISENMANN – “Une nouvelle conception du droit subjectif”, *Revue du droit public*, 1954, p. 769.

ENGISCH, Karl – *Die Kausalität als Merkmal der strafrechtlichen Tatbestände*, 1931

ENGLARD, Izhak – *The philosophy of tort law*, Dartmouth, Aldershot, 1993

- “The idea of complementarity as a philosophical basis for pluralism in tort law”, *Philosophical Foundations of Tort Law*, DAVID G. OWEN ed., Clarendon Press, Oxford, 1996, p. 183 a 195.

EHRENZWEIG, Albert A. – “Negligence without fault”, *California Law Review*, 54, 1966, p. 1422 e ss.

- *Die Schuldhaftung und Schadensersatzrecht*, Wien, 1936

ENNECCERUS, Ludwig/LEHMANN, Heinrich – *Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, Recht der Schuldverhältnisse*, 15 Aufl., Mohr, Tübingen, 1958

ENNECCERUS, Ludwig/NIPPERDEY, Hans Carl – *Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts*, 15. Aufl., Mohr, Tübingen, 1960

EPSTEIN, Richard – “A theory of strict liability”, *Journal of Legal Studies*, 2, 1973, p. 151 e ss.

- « A clear view of the cathedral: the dominance of property rules », *The Yale Law Journal*, vol. 106, n°7, May 1997, p. 2091 a 2120
- *Takings: private property and the power of eminent domain*, Harvard University Press, Cambridge, Mass, 1985
- “Holdouts, Externalities and the Single Owner: one more salute to Ronald Coase”, *Journal of Law and Economics*, 36, 1993, p. 553 e ss.
- “Causation and corrective justice: a reply to two critics”, *Journal of Legal Studies*, 8, 1979, p. 477 e ss.
- “Defenses and subsequeute pleas in a system of strict liability”, *Journal of Legal Studies*, 3, 1974, p. 165 e ss.
- “Intentional harms”, *Journal of Legal Studies*, 4, 1975, p. 391 e ss.
- “Causation – In context: an afterword”, *Chicago-Kent Law Review*, 63, 1987, p. 653 e ss.

EHRlich, Stanislaw – “Von der normativen Kausalität“, *Archive für Rechts-und Sozialphilosophie*, vol. 72, n°1, 1986, p. 32-52

ERTAS, Seref – „Türkei“, *Deliktsrecht in Europa: Landesberichte: Dänemark, England, Frankreich, Griechenland, Italien, Jugoslawien, Niederlande, Norwegen, Österreich, Polen, Portugal, Schweden, Schweiz, Spanien, Türkei*, CHRISTIAN VON BAR (hrsg.), Carl Heymanns Verlag KG, Berlin, Bonn, München, 1994

ESMEIN, M. Paul – « Trois problèmes de responsabilité civile. Causalité. Concours des responsabilités. Conventions d’irresponsabilité », *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 1934, tome trente-troisième, p. 317 a 369

- « La faute et sa place dans la responsabilité civile », *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, année 1949, tome quarante-septième, p. 481 a 490
- « L’idée d’acceptation des risques en matière de responsabilité civile », *Revue Internationale de Droit Comparé*, quatrième année, n°1, 1952, p. 683-691
- “Le nez de Cléopâtre ou les affres de la causalité”, *Dalloz*, 1964, chr. 36, p. 205
- “Les principes de la responsabilité délictuelle”, *Revue Critique de Législation et de Jurisprudence*, 1932, p. 466 e ss.

— “La théorie de la responsabilité civile et les arrêts de la Cour de cassation relatifs au naufrage du Lamoricière”, *Gazette du Palais*, 1952, II, p. 8 e ss.

ESSER, Josef – *Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts*, Mohr, Paul Siebeck, Tübingen, 1956 (*Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del derecho privado*, Bosch, Barcelona, 1961, tradução da primeira edição alemã de 1956)

- « Die Verantwortlichkeit des Verletzten für mitwirkendes Verschulden seiner Hilfspersonen », *Juristenzeitung*, 9, 1952, p. 257-261
- „Die Zweispurigkeit unseres Haftpflichtrechts“, *Juristenzeitung*, 8, Heft 5, 1953, p. 129 e ss.
- *Grundlagen und Entewicklung der Gefährdungshaftung*, München-Berlin, 2. Aufl., 1969
- “Responsabilité et garantie dans la nouvelle doctrine allemande des actes illicites”, *Revue Internationale de Droit Comparé*, 1961, p. 481 e ss.
- « Zur Entwicklung der Lehre von der Vorteilsausgleichung », *Monatschrift für deutsches Recht*, 1957, p. 522 e ss.

ESSER, Josef/SCHMIDT, Eike – *Schuldrecht Band I, Allgemeiner Teil*, Teilband 1, 8. Aufl. 1995; Teilband 2, 8. Aufl., C. F. Müller, Heidelberg, 2000

ESSER, Josef/WEYERS, Hans-Leo – *Schuldrecht, Band II, Besonderer Teil*, 7. Völlig neubearbeitete Auflage, C.F. Müller, Heidelberg, 1991

FACCI, Giovanni – “Brevi considerazione in tema di danno de fumo”, *Contratto e impresa*, ano 15, nº3, 1999, p. 944 a 955

FAGOT-LARGEAULT, Anne – “Os problemas do relativismo moral”, *Uma mesma ética para todos?* (dir. JEAN-PIERRE CHANGEAUX), Instituto Piaget, 1997

FARIA, Jorge Ribeiro de – “Da prova na responsabilidade civil médica. Reflexões em torno do direito alemão”, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, ano 1, Coimbra Editora, Coimbra, 2004, p. 115-195

- *Direito das Obrigações*, vol. I, Almedina, Coimbra, 2003 (reimpressão)
- *Direito das Obrigações*, vol. II, Almedina, Coimbra, 2001
- « Algumas notas sobre o finalismo no direito civil », *Boletim da Faculdade de Direito*, vol. LXIX, 1993, p. 71 a 160 e vol. LXX, p. 133 a 219
- *Indemnização por perdas e danos arbitrada em processo penal – o chamado processo de adesão*, 1978
- “Novamente a questão da prova na responsabilidade civil médica”, *Estudos de Direito das Obrigações e Discursos Académicos*, (MARIA PAULA RIBEIRO DE FARIA/LUIS MIGUEL PESTANA DE VASCONCELOS, coord.) U. Porto Editora, 2009, p. 201 e ss.

FARIA, Paula Ribeiro de – “A reparação punitiva – uma terceira via na efectivação da responsabilidade penal?”, *Liber discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*, Coimbra Editora, Coimbra, 2003, p. 259-291

FARIA, Rita Lynce de – *A inversão do ónus da prova no direito civil português*, Lex, Lisboa, 2001

FAURE, Michael – “Comparative analysis”, *Cases on medical malpractice in a comparative perspective*, Springer, Wien/New York, 2001, p. 292 e ss.

FAZIO, Giacomo de – “Depressione e stress del lavoratore: la possibile responsabilità contrattuale del datore di lavoro”, *Danno e responsabilità*, 2003, n°4-5, p. 1074-1082.

— “Responsabilità del legale e perdita della chance di vincere il processo”, *Responsabilità civile e previdenza*, vol. LXII, ano 1997, p. 1174 e ss

FEDELE, A. – *Il problema della responsabilità del terzo per pregiudizio del credito*, Milano, 1954

FEINBERG, Joel – “Wrongful life and the counterfactual element in harming”, *Freedom and Fulfillment*, 1992

FEITH – *Haftung ohne Verschulden im Kommenden Recht*, Mannheim- Berlin, Leipzig, 1936

FELDMAN, Heidi Li – « Science, reason and tort law. Looking for the reasonable person », *Law and Science*, Edited by Helen Reece, Oxford University Press, 1998, p. 35 a 54.

FENET, P. A. – *Naissance du Code Civil. La raison du législateur*. Travaux préparatoires du Code Civil rassemblés par Fenet. Extraits choisis et présentés sous la direction de François Edwald, Flammarion, 1996

— *Travaux préparatoires du Code Civil*, tomo XIII

FEOLA, Maria – “Nesso di causalità e perdita di chances nella responsabilità civile del professionista forense”, *Rivista Critica del Diritto Privato*, anno XXII, 2004, p. 151 e ss.

FERNANDES, António Reis – *Generalidades sobre o fundamento e elementos da responsabilidade civil* (dissertação de licenciatura em ciências jurídicas), Faculdade de Direito da Universidade Clássica de Lisboa, 1944-1945, policopiado

FERNANDES, Luís Alberto Carvalho – *Teoria Geral do Direito Civil*, I, 5ª edição, UCP, Lisboa, 2009

— *Teoria Geral do Direito Civil*, II, 5ª edição, UCP, Lisboa, 2010

FERNÁNDEZ, Fernando Molina – “Presupuestos de la responsabilidad jurídica. Análisis de la relación entre libertad y responsabilidad”, *Responsabilidad en el Derecho*, *Anuário da Faculdade de Direito da Universidade Autónoma de Madrid*, 4, 2000, p. 57 a 137.

FERRARI, Franco – *Atipicità dell'illecito civile, Una Comparazione*, Seminário Jurídico da Universidade de Bolonha, CXLVI, Milão, Giuffrè Editore, 1992

FERREIRA, Joana Rita – *A violação ilícita de direitos na responsabilidade civil delitual*, Faculdade de Direito da Universidade Clássica de Lisboa, 2000-2001, policopiado

- FERREIRA, José Dias – *Código Civil Portuguez anotado*, Lisboa, 1871
- FERREIRA, Rui Cardona – *Indemnização do Interesse Contratual Positivo e perda de chance (em especial, na contratação pública)*, Coimbra Editora, Coimbra, 2011
- FESTAS, David Fernandes de Oliveira – *Em tema de poderes potestativos, Algumas considerações sobre a sua estrutura, conceito e natureza jurídica*, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2003
- FETRA, Deborah J. La – “Freedom, Responsibility and Risk: Fundamental Principles Supporting Tort Reform”, *Indiana Law Review*, 36, 2003, p. 645 e ss.
- FEZER, Karl-Heinz – “Kritik an der ökonomischen Analyse des Rechts”, *Juristenzeitung*, 43, Heft 5, 1988, p. 223 e ss.
- FIKENTSCHER, Wolfgang – *Schuldrecht*, 9 Aufl., De Gruyter, Berlin, New York, 1997
— *Modes of Thought: A Study in the Antropology of Law and Religion*, 1995
- FIKENTSCHER, Wolfgang/ HEINEMANN, Andreas – *Schuldrecht*, 10 Auflage, De Gruyter, Berlin, 2006
- FILIOS, Christian P. – „Unjustified Enrichment based on Interference with another’s property in French and Greek legal order – the specific problem of the requirement *at the expense of another*”, *European Review of Private Law*, 3/2006, p. 327-349
- FINKELSTEIN, Claire – “Is risk a harm?”, *University of Pennsylvania Law Review Pennumbra*, 151, 2003, p. 963 e ss.
- FINNIS, John – “Intention in tort law”, *Philosophical foundations of tort law*, DAVID G. OWEN ed., Clarendon Press, Oxford, 1996, p. 229 a 247.
- FISCHER, David A. – “Sucessive causes and the enigma of duplicated harm”, *Tennessee Law Review*, nº66, 1999, p. 1127 e ss.
- FISCHER, Frank O. – „Das Bewegliche System als Ausweg aus der dogmatischen Krise in der Rechtspraxis“, *Archiv für die civilistische Praxis*, 197, Heft 6, 1997, p. 589 e ss.
- FISCHER, Hans Albert – *A reparação dos danos no direito civil*, Coimbra, 1983, tradução de Ferrer Correia
- FISCHER, Jérôme – “Causalité, imputation, imputabilité, les liens de la responsabilité civile”, *Mélanges en l’honneur de Ph. Le Tourneau*, Dalloz, 2007, p. 386 e ss.
- FISCHER, John – “Responsibility, control and omissions”, *The journal of ethics*, vol. 1, 1997, p. 45 a 64.
— “Responsibility and self-expression”, *The journal of ethics*, vol. 3, nº4, 1999, p. 277-297
— “Products liability – an analysis of market-share liability”, *Vanderbilt Law Review*, 34, 1981, p. 1623 e ss.

FLEISCHER, Holger – “Schadensersatz für verlorene Chancen im Vertrags- und Deliktsrecht”, *Juristenzeitung*, 54, Heft 15/16, 1999, p. 766 e ss.

FLEMING, John G. – “Foreword: comparative negligence at last – by judicial choice”, *California Law Review*, vol. 64, n°2, 1976, p. 239 a 283.

— *The Law of Torts*, 8th, The Law Book Company Limited, 1992

FLETCHER, Adam L. – “Alternative liability and deprivation of remedy: teaching old tort law new tricks”, *Cleveland State Law Review*, vol. 56, p. 1029 e ss.

FLETCHER, George P. – “Fairness and utility in tort theory”, *Harvard Law Review*, 85, 1972, p. 357 e ss.

— “The fault of not knowing”, *Theoretical Inquiries in Law*, vol. 3, n°2, article 1, 2002

FOLCHIERI, Giuseppe – “Della causalità giuridica. Appunti critici sulle nozioni di causa e condizione”, *Studi Giuridici in onore di Vincenzo Simoncelli nel XXV anno del duo insegnamento*, Napoli, 1917, p. 25 e ss.

FONSECA, Ana Maria Taveira da – “Responsabilidade civil pelos danos causados pela ruína de edifícios e outras obras”, *Novas Tendências da Responsabilidade Civil*, Almedina, Coimbra, 2007, p. 126 e ss.

FONSECA, Jorge Carlos – “A relevância negativa da causa virtual ou hipotética na responsabilidade civil. Delimitação do problema. Sua incidência no Direito Português”, *Revista Jurídica*, n°4, Março-Maio 1984, p. 13 a 89

FORCHIELLI, Paolo – *Il rapporto di causalità nell’illecito civile*, CEDAM, Padova, 1960

— “Anatomia dell’illecito civile”, *Rivista di Diritto Civile*, anno IX, 1963, p. 599 a 605

— “Intorno alla responsabilità senza colpa”, *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1967, p. 1394 e ss.

FORDHAM, Margaret – “Causation in the tort of negligence – a dispensable element?”, *Singapore Journal of Legal Studies*, 2003, p. 285-301.

FORST, Stephan Philipp – *Grenzen deliktischer Haftung bei psychisch Vermittelter haftungsbegründender Kausalität*, Rechtswissenschaftliche Forschung und Entwicklung, München, 2000

FRADA, Manuel A. Carneiro – *Direito Civil. Responsabilidade civil. O método do caso*, Almedina, Coimbra, 2006

— “A vida própria como dano. Perspectivas civis e constitucionais de um tema actual”, *Direitos fundamentais e direito privado: uma perspectiva de direito comparado*, ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, JÖRG NEUNER, INGO WOLFGANG SARLET (org.), Coimbra, Almedina, 2007

— “A vida própria como dano. Perspectivas civis e constitucionais de uma questão-limite”, *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 68, vol. I, 2008 (http://www.oa.pt/Conteudos/Artigos/detalhe_artigo.aspx?idc=30777&idsc=71981&ida=72382)

- “A protecção juscivil da vida pré-natal – sobre o estatuto jurídico do embrião”, *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 70, vol. I/IV, 2010 (http://www.oa.pt/Conteudos/Artigos/detalhe_artigo.aspx?idc=30777&idsc=112472&ida=112751)
- *Contrato e deveres de protecção*, Separata do Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 1994
- *Uma terceira via da responsabilidade civil?*, Almedina, Coimbra, 1997
- “A responsabilidade objectiva por facto de outrém face à distinção entre responsabilidade obrigacional e responsabilidade aquiliana”, *Direito e Justiça*, vol. XII, tomo I, 1998, p. 297 a 312
- “Vinho Novo em Odres Velhos?” – a responsabilidade civil das “operadoras de Internet” e a doutrina comum da imputação de danos”, *Separata da Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 59, II – Lisboa, Abril 1999
- *Teoria da confiança e responsabilidade civil*, Almedina, Lisboa-Porto, 2003

FRAENKEL, Michael – *Tatbestand und Zurechnung bei § 823 BGB*, 1977/78

FRANCO, Massimiliano – “Tutella da professionalità e perdita di una chance”, *Giustizia Civile*, 1993, p. 2441 e ss.

FRANZONI, Massimo – *La responsabilità oggettiva, I. Il danno da cose e da animali*, I grandi orientamenti della giurisprudenza civile e commerciale, CEDAM, Padova, 1988

- “Fatti illeciti”, *Contrato e impresa*, 3, 15º ano, 1999, p. 1025-1046
- “La lesione dell’interesse legítima è, dunque, resarcibili”, *Contratto e Impresa*, Pádua, 1999, ano 15, nº3, p. 1025 e ss.
- “Dei fatti illeciti. Art. 2043-2059”, F. GALGANO (ed.), *Commentario del codice civile Scialoja-Branca*, 1993, p. 95 e ss

FRANKFURT, Harry – “Responses”, *The Journal of Ethics*, vol. 3, 1999, p. 367-372

- “Freedom of the will and the concept of a person”, *Journal of Philosophy*, 68, 1971, p. 5-20

FRECKELTON, Ian e MENDELSON, Danuta – *Causation in Law and Medicine*, Ashgate, Dartmouth, 2002

FRECKELTON, Ian – “Epilogue: Dilemmas in Proof of Causation”, *Causation in Law and Medicine*, ediªted by IAN FRECKELTON e DANUTA MENDELSON, Ahsgate, Darthmouth, 2002, p. 429 e ss.

FREIRE, Pascoal José de Melo – *Institutiones iuris civilis lusitani cum publici tum privati*, vol. IV – *De obligationibus et actionibus*, Coimbra, 1815 (tradução de Pinto de Menezes “Instituições de Direito Civil”, *Boletim do Ministério da Justiça*, nº160-161, 1966; 162 a 166, 1967; p. 89-200: 31-138; 5-123; 17-147; 45-180)

- “Instituições de Direito Criminal Português”, *Boletim do Ministério da Justiça*, nº155, 1966, nº156, 1966, tradução de Pinto de Menezes
- « História do Direito Civil Português », *Boletim do Ministério da Justiça*, 173, 174, 175, 1968, tradução de Pinto de Menezes

FRIED, Ch. – “The Lex Aquilia as a source of Law for Bartolus and Baldus”, *American Journal of Legal History*, nº4, 1960, p. 142 e ss.

FRIEDMAN, David – *An economic explanation of punitive damages*, www.best.com/~ddrf/Academica/Punitive/Punitive.html

FRIEDMAN, Richard. D. – “Dealing with evidentiary damage”, *Cardozo Law Review*, nº18, 1997, p. 1961 e ss.

FROSINI, Vittorio – “Las transformaciones del derecho subjetivo”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, 1967-68, p. 267 e ss.

- “Diritto soggettivo”, *Novissimo Digesto Italiano*, V, Editrice Torinese, terza edition, 1957, p. 1047 a 1050

FUKUDA, Taira – “Das Problem des Irrtums über Rechtfertigungsgründe”, *Juristenzeitung*, 13, Heft 5/6, 1958, p. 143 e ss.

FURTADO, Pinto – *Manual do Arrendamento Urbano*, 2ª edição, Almedina, Coimbra, 1999

GALAND-CARVAL, Suzanne – “Causation under French Law”, *Unification of Tort Law: causation*, J. SPIER (ed.), *Principles of European Tort Law*, vol. 4, European Centre of Tort and Insurance Law, Kluwer Law International, London, Boston, 2000, p. 54 e ss.

GALGANO, Francesco – *Diritto Privato*, 15ª edição, CEDAM, Padova, 2010

- “Le mobili frontiere del danno ingiusto”, *Contratto e impresa*, 1985, p. 1 a 27.
- *Trattato di diritto civile*, vol.3, CEDAM, 2010

GALOPPINI, Annamaria – “Appunti sulla rilevanza della regola di buona fede in materia di responsabilità extracontrattuale”, *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, anno XIX, 1965, p. 1386-1417

GALVÃO, Sofia de Sequeira – *Da responsabilidade civil do banco por informações*, Lisboa, 1994, policopiado

- *Reflexões acerca da responsabilidade do comitente no direito civil português a propósito do contributo civilista para a dogmática da imputação*, AAFDL, 1990

GANUZA, Juan José/ GÓMEZ, Fernando – “Cuidado, niños! Responsabilidad por culpa y diversidad de víctimas”, *Indret* 4/2003, www.indret.com

GARCIA, Maria da Glória – *A responsabilidade civil do Estado e demais pessoas colectivas públicas – Parecer à Comissão Permanente de Concertação Social sobre a figura da responsabilidade civil, contratual e extracontratual do Estado e demais pessoas colectivas públicas*, Lisboa, 1997

GARCÍA, Manuel Albaladejo – „Sobre la solidaridad o mancomunidad de los obligados a responder por acto ilícito comum“, *Anuario de Derecho Civil*, 1963, p. 345 a 376

GARCIA-ALCALÁ, Calixto Díaz-Regañón – “Relación de causalidad e imputación objetiva en la responsabilidad civil sanitaria”, *Indret*, 1/2004, www.indret.com

GARDNER, John – “Obligations and outcomes in the law of torts”, *Relating to responsibility, Essays in honour of Tony Honoré on his 80th Birthday* (edited by PETER CANE e JOHN GARDNER), Portland Oregon, Oxford, 2001, p. 21 e ss.

— “Moore on complicity and causality: in response to Michael S. Moore, Causing, Aiding and the superfluity of accomplice liability”, *University of Pennsylvania Law Review PENNumbra*, vol. 156, 2008, p. 432 e ss.

GÄRTNER, Rudolf – “Leistungsfähigkeit als Haftungsgrenze?”, *Juristenzeitung*, 43, Heft 12, 1988, p. 579 e ss.

GASSET, Ortega Y – *El Hombre y la Gente*, Madrid, 1957

GAUDEMET, Eugène – *L'interprétation du Code Civil en France depuis 1804*, Paris, 1935

— *Théorie générale des obligations*, Sirey, Paris, 1937 (*Théorie générale des obligations*, publiée par HENRI DESBOIS, JEAN GAUDEMET, présentation de DENIS MAZEAUD, Dalloz, 2004)

GAUDINO, Luigi – “Brevi appunti in tema di suicidio post-traumatico”, *Danno e responsabilità*, n°11, 1999, p. 1076 a 1087

GEBAUER, Martin – *Hypothetische Kausalität und Haftungsgrund*, Morh Siebeck, Tübingen, 2007

GEERS, Inge – “Alternative Liability under Belgian Law: unknown and thus unloved”, *European Review of Private Law*, n°4, p. 442 e ss.

GEISTFELD, Mark A. – “Efficiency and fairness in tort law”, *Law and Economics Research Paper, Series Working Paper n°06-12*, New York University School of Law, 2006, www.ssrn.com/abstract=893061

— “Social value as a policy-based limitation of the ordinary duty to exercise reasonable care”, *Wake Forest Law Review*, vol. 44, p. 899 e ss.

— “The doctrinal unity of alternative liability and market-share liability”, *University of Pennsylvania Law Review*, n°155, p. 498 e ss.

GENARD, Jean-Louis – *La grammaire de la responsabilité*, Les éditions du cerf, Paris, 1999

GENCY-TANDONNET, Dominique – “L’obligation de modérer le dommage dans la responsabilité extracontractuelle”, *Gazette du Palais*, 2004, p. 1485 e ss.

GENSLER, J. C. – “Über die Begriffe: Beweis, Beweismittel, Beweisgründe, Beweislast, Beweissatz”, *Archiv für die civilistische Praxis*, Band 1, 1818, Heft 1, p. 26 e ss., Heft 2, p. 258 e ss., Heft 3, p. 339 e ss.

GENY, François – « Risques et responsabilité », *Revue trimestrielle de Droit civil*, 1902, p. 812-849

— “Les bases fondamentales du droit civil en face des théories de L. Duguit”, *Revue trimestrielle de Droit Civil*, 1922, XXI, p. 779-829

GERALDES, António dos Santos Abrantes – *Indemnização do dano da privação do uso* Coimbra, Almedina, 2001

— “Ressarcibilidade dos danos não patrimoniais de terceiros em caso de lesão corporal”, *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Inocêncio Galvão Telles*, IV, *Novos Estudos de Direito Privado*, Almedina, Coimbra, 2003, p. 263 e ss.

GERALDES, João de Oliveira – *Expectativa Jurídica*, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2003 (policopiado)

GERI, Bigliuzzi – “Buena fede”, *Digesto*, Disc. Priv., Sez. Civ. Vol. II, Torino, 1988, p. 154 e ss.

GERI, V. – “Il rapporto di casualità in diritto civile”, *Responsabilità civile e previdenza*, 1983, p. 187 a 209 e 298 a 353

GERNHUBER, Joachim – “Die Haftung für Hilfspersonen innerhalb des mitwirkenden Verschuldens”, *Archiv für die civilistische Praxis*, 152, 1952/53, p. 69-83

— „Haftung bei alternativer Kausalität“, *Juristenzeitung*, 16, heft 5/6, 1961, p. 148 e ss.

GIANNINI, Gennaro – “Onere della prova e responsabilità professionale medica”, *Responsabilità civile e previdenza*, ano 1992, vol. LVII, p. 177-184

— “Sinistro stradale, responsabilità professionale del medico e nesso causale”, *Responsabilità civile e previdenza*, 3-4, 1993, p. 636 e ss.

GIARDINA, Francesca – *Responsabilità Contrattuale e Responsabilità Extracontrattuale, Significato Attuale di una Distinzione Tradizionale*, Milão, Giuffrè Editores, 1993

GIERKE – *Die soziale Aufgabe des Privatrechts*, Frankfurt, 1948

GIESEN, Dieter – “Schadenbegriff und Menschenwürde. Zur schadenrechtlichen Qualifikation der Unterhaltspflicht für ein ungewolltes Kind”, *Juristenzeitung*, 49, Heft 6, 1994, p. 286 e ss.

— *International Medical Malpractice Law: a comparative study of civil liability arising from medical care*, Mohr Siebeck, Tübingen, 1988

GIFFORD, Donald G. – “The Death of causation: mass products torts’ incomplete incorporation of social welfare principles”, *University of Maryland School of Law, Legal Studies Research Paper*, n.11/2006 (disponível em www.ssrn.com/abstract=898628).

— “The Challenge to the Individual Causation Requirement in Mass Product Torts”, *University of Maryland School of Law, Legal Studies Research Paper*, n°2005-34, www.ssrn.com/abstract=696561

GIFFORD, Donald G./ PASICOLAN, Paolo – “Market-share liability beyoibd DES cases: the solution to the causation dilemma in lead paint litigation?”, *Law Review*, version 4:24, 2006, p. 1 e ss., www.ssrn.com/abstract=898612

GIGER, Hans – “Analyse der Adäquanzproblematik im Haftpflichtrecht. Beitrag zur Objektivierung der Wertungsmassstäbe“, *Festschrift für Max Keller zum 65. Geburtstag*, Schulthess Polygraphischer Verlag, Zürich, 1989, p. 141-158

GIMÉNEZ, Gema Díez-Picazo – “La responsabilidad civil por los daños derivados del suicidio. A propósito de la STS de 11 de marzo de 1995”, *Anuario de Derecho Civil*, tomo XLIX, fasc. I, enero-marzo MCMXCVI, p. 101 a 186

GIUDICE, Michael – “Ways of understanding diversity among theories of law”, *Law and Philosophy*, nº24, 2005, p. 509-545

GIULIANI-BALESTRINO, Ubaldo – “La cosiddetta interruzione del rapporto causale come fatto normativo”, *Archivio Giuridico Filippo Serafin dal 1868*, Vol. CCXV, Fasc. 4, 1995, p. 509 a 557

GÖBEN, Jens – *Das Mitverschulden des Patienten im Arzthaftungsrecht*, Thèse Frankfurt-am-Main, 1998

GOLBE, Devra L./WHITE, Lawrence J. – “Market share liability and its alternatives”, *Social Science Research Network Electronic Paper Collection*, NY University Center for Law and Business, 1999, www.papers.ssrn.com/paper.taf?abstract_id=209809

GOLDBERG, John C. P. – “Twentieth Century Tort Theory”, *Vanderbilt University Law School, Law and Economics*, www.ssrn.com/abstract_id=3473340 (también publicado em *Georgetown Law Journal*, 2002)

— “Two conception of tort damages: fair vs. full compensation”, *DePaul Law Review*, vol. 55, 2006, p. 435 e ss.

— “Rethinking injury and proximate cause”, *University San Diego Law Review*, 40, 2003, p. 1315 e ss. (www.ssrn.com/abstract=527203)

— “Comment: rethinking injury and proximate cause”, *Vanderbilt University Law School Law and Economics working paper 04-07*, in www.ssrn.com/abstract=527203 (también publicado em *University San Diego Law Review*, 2003).

GOLDBERG, John C.P./ZIPURSKY, Benjamim C. – “Seeing tort law from the internal point of view: Holmes and Hart on legal duties”, *Fordham Law Review*, 75, 2006, p. 1563 e ss.

— “The moral of MacPherson”, *University of Pennsylvania Law Review*, 1998, p. 1733 e ss.

— “Unrealized torts”, *Virginia Law Review*, nº88, p. 2002, p. 1626 e ss.

— “The Restatement (Third) and the Place of Duty in Negligence Law”, *Vanderbilt Law Review*, nº54, p. 657 e ss.

GOLDBERG, Richard – *Causation and Risk in the Law of Torts: Scientific Evidence and Medicinal Product Liability*, Portland, Oxford, 1999

GOLOBARDES, Mireia Artigot I – “City of Cincinnati v. Beretta, U.S.A Corp. et al. Análisis de los litigios contra los fabricantes de armas de fuego en los Estados Unidos”, *Indret* 4/2003, www.indret.com

GOMAA, Nooman M. K. – « La réparation du préjudice causé par les malades mentaux », *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, année 1971, tome soixante-neuvième, p. 29 a 60

– *Théorie des sources de l'obligation*, LGDJ, 1968

GOMES, Januário – *Assunção fidejussória de dívida sobre o sentido e âmbito da vinculação como fiador*, Almedina, Coimbra, 2000

GOMES, Júlio – “Responsabilidade subjectiva e responsabilidade objectiva”, *Revista de Direito e Economia*, ano XIII, 1987, p. 97 a 125

– “Sobre o dano da perda de chance”, *Direito e Justiça, Revista da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa*, vol. XIX, tomo II, 2005, p. 9-47.

– “O dano da privação do uso”, *Revista de Direito e Economia*, ano XII, 1986, Coimbra, p. 169 a 239

– *Conceito de enriquecimento, enriquecimento forçado e os vários paradigmas do enriquecimento sem causa*, Porto, Universidade Católica Portuguesa, 1998

– “Uma função punitiva para a responsabilidade civil e reparatória para a responsabilidade penal”, *Revista de Direito e Economia*, ano XV, 1989, p. 106 e ss.

– “Em torno do dano da perda de chance – algumas reflexões”, *Studia Iuridica, Ars Iudicandi, Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor António Castanheira Neves*, vol. II, Coimbra Editora, Coimbra, 2008, p. 291 e ss.

GOMES, Luiz de Freitas – *Elementos de responsabilidade civil. Curso de Direito Civil*, Renovar, Rio de Janeiro, São Paulo, 2000

GOMES, Orlando – “A função social da propriedade”, *Boletim da Faculdade de Direito – Estudos em homenagem ao Prof. Doutor António Arruda Ferrer Correia*, 1984

GONÇALVES, Carla – *Responsabilidade médica objectiva*, Coimbra, 2005

GONÇALVES, Diogo Costa – *Tutela da personalidade e personalidade ôntica: a juridicidade da realidade pessoal*, Lisboa, 2006 (policopiado)

– “Pessoa e ontologia: uma questão prévia da ordem jurídica”, *Estudos de Direito da Bioética*, vol. 2, Almedina, Coimbra, 2008

– *Pessoa e direitos de personalidade: fundamentação ontológica da tutela*, Almedina, Coimbra, 2008

GONÇALVES, Luís Cunha – *Tratado de Direito Civil em comentário ao Código Civil Português*, Coimbra, 1929

GONÇALVES, Vítor Fernandes – *Análise económica da responsabilidade civil*, Relatório do Seminário de Análise económica do Direito (*Law and economics*) do curso de doutoramento em Ciências Jurídicas, Faculdade de Direito de Lisboa, Lisboa, 1999/2000 (policopiado)

GONZÁLEZ, Albert Ruda – “La responsabilidad por cuota de mercado a juicio”, *Indret* 3/2003, www.indret.com

GONZÁLEZ, José Alberto – *Responsabilidade civil*, Quid Iuris, Lisboa, 2007

— *Responsabilidade civil*, 2ª edição, Quid Iuris, Lisboa, 2009

GORASSINI, Attilio – “Analisi economica del diritto: chiose sul ruolo attuale di un metodo nella responsabilità civile”, *Roma e America. Diritto romano comune. Rivista di diritto dell'integrazione e unificazione del diritto in Europa e in America Latina*, 11/2001, p. 173-188

GORDLEY, James – “Tort Law in the Aristotelian Tradition”, *Philosophical Foundations of tort law*, DAVID G. OWEN ed., Clarendon Press, Oxford, 1996, p. 131 a 158

— “Responsibility in crime, tort and contract for the unforeseeable consequences of an intentional wrong: a once and future rule?”, PETER CANE/JANE STAPLETON (eds.), *The Law of Obligations. Essays in celebration of John Fleming*, 1998, p. 175 e ss

GORLA, Gino – “Sulla cosiddetta causalità giuridica: fatto dannoso e conseguenze”, *Rivista del diritto commerciale del Diritto Generale delle Obligazioni*, anno XLIX, 1951, parte prima, p. 405-421

GOTTHARDT, Petter – “Frankreich”, *Deliktsrecht in Europa: Landesberichte: Dänemark, England, Frankreich, Griechenland, Italien, Jugoslawien, Niederlande, Norwegen, Österreich, Polen, Portugal, Schweden, Schweiz, Spanien, Türkei*, CHRISTIAN VON BAR (Hrsg.), Carl Heymanns Verlag KG, Berlin, Bonn, München, 1994

GOTTWALD, Peter – „Kausalität und Zurechnung – Probleme und Entwicklungstendenzen des Haftungsrechts“, *Karlsruher Forum*, 1986, p. 3 e ss.

— *Schadenszurechnung und Schadensschätzung: zum Ermessen des Richters im Schadensrecht und im Schadensersatzprozeß*, Beck, München, 1979

GOTZLER, Max – *Rechtsmässiges Alternativverhalten im haftungsbegründenden Zurechnungszusammenhang*, Beck, München, 1977

GOYARD-FABRE, Simone – *Os fundamentos da ordem jurídica*, tradução de CLÁUDIA BERLINER, Martins Fontes, São Paulo, 2002

— « Responsabilité morale et responsabilité juridique selon Kant », *Archives de Philosophie du droit*, n°22, *La responsabilité*, Editions Sirey, 1977, p. 113-129

GRAF, Ute – *Die Beweislast bei Behandlungsfehlern im Arzthaftungsprozess*, VVF, München, 2001

GRARE, C. – *Recherches sur la cohérence de la responsabilité délictuelle, L'influence des fondements de la responsabilité sur la réparation*, th. Dalloz, 2005

GREEN, Leon – “The causal relation issue in negligence law”, *Michigan Law Review*, vol. 60, n°5, 1962, p. 543 a 576

— *Rationale of Proximate Cause*, Vernon Law Book Company, Kansas City, 1927

— “The duty problem in negligence cases”, *Columbia Law Review*, 29, 1929, p. 255 e ss.

GREEN, Michael D. – “Multiple Tortfeasors under US Law”, *Unification of Tort Law: Multiple Tortfeasores*, ROGERS (ed.), *Principles of European Tort Law*, 9, European Center of Tort and Insurance Law Research, Kluwer, 2004, p. 262 e ss.

GREEN, Nicholas St. John – “Proximate and remote cause”, *American Law Review*, 4, p. 210 e ss.

GREENSPAN, P.S. – “Impulse and self-reflection: Frankfurtian responsibility versus free will”, *The Journal of Ethics*, vol. 3, 1999, p. 325-340

GREGER, Reinhard – “Mitverschulden und Schadensminderungspflicht – Treu und Glauben im Haftungsrecht?”, *Neue Juristische Wochenschrift*, 85, p. 1130

GRISS, I./KATHREIN, G./ KOZIOL, Helmut – *Entwurf eines neuen österreichischen Schadenersatzrechts*, Springer, Wien-New York, 2006

GROTIUS, Hugo – *De iuris belli ac pacis*, 1623 (*The Law of War and Peace in Three Books*, tradução inglesa de FRANCIS W. KELSEY (1925) com a colaboração de ARTHUR E. R. BOAK, HENRY A. SANDERS, JESSE S. REEVES e HERBERT F. WRIGHT (<http://www.lonang.com/exlibris/grotius/gro-217.htm>))

GRONDONA, M. – “Responsabilità del medico, nesso di causalità, risarcimento del danno morale riflesso: la Cassazione fa il punto”, *Danno e responsabilità*, n°2, 2000, p. 157 a 165, aqui p. 162

GRUNSKY, Wolfgang – *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band II, Schuldrecht Allgemeiner Teil: §§ 241-432*, 5. Aufl., C.H. Beck, München, 2007

— *Aktuelle Probleme zum Begriff des Vermögensschadens*, Bad Homburg vor der Höhe, Gehlen, 1968

— “Rezension: Max Gotzler, Rechtsmäßiges Alternativverhalten im haftungsbegründenden Zurechnungszusammenhang”, *Archiv für die civilistische Praxis*, 178, Heft 2/3, 1978, p. 330 e ss.

— “Zur Haftung bei Sportunfällen”, *Juristenzeitung*, 1975, p. 109 e ss.

— “Hypothetische Kausalität und Vorteilsausgleichung”, *Festschrift für Hermann Lange zum 70. Geburtstag am 24 januar 92*, Stuttgart, Berlin, Köln, 1992, p. 469 e ss.

G’SSELL-MACREZ, Florence – *Recherches sur la notion de causalité*, Université Paris I – Pantheon – Sorbonne, 2005

GUARINO, Giuseppe – *Poteri giuridico e diritto soggettivo*, Ristampa, Napoli, Eugénio Jovene, 1990

GUARINO – “La data della lex Aquilia”, *Labeo, Rassegna di Diritto Romano*, ano 14, 1968, p. 120 e ss.

GUÉGAN, Anne – “L’apport du principe de précaution au droit de la responsabilité civile”, *Revue Juridique de l’environnement*, 2, 2000, A

GUICHARD, Raul – “Anotações sobre a responsabilidade do comitente e a responsabilidade pelo risco no Código Civil Português”, *Revista de Ciências Empresariais e Jurídicas*, nº10, 2007

GUIMARÃES, Maria Nazareth Lobato – “Compensação de lucros com danos (Compensatio lucri cum damno)”, *Revista de Direito e Estudos Sociais*, 1946/1947, p. 79 e ss

GUIMARÃES, Patrícia Carla Monteiro – “Os danos punitivos e a função punitiva da responsabilidade civil”, *Direito e Justiça, Revista da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa*, vol. XV, tomo I, 2001, p. 159 a 206

GUTIÉRREZ, Graciela N. Messina de Estrella – “El riesgo de empresa como fundamento de la responsabilidad civil”, *Derecho del Consumidor, Revista do Instituto Argentino de Derecho del Consumidor*, nº7, 1996, p. 31-41

HABERMAS, Jürgen – *Direito e democracia entre facticidade e validade*, tradução de Flávio Beno Siebeneichler, Rio de Janeiro, 2003 (original: *Faktizität und Geltung. Beitrag zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratische Rechtsstaats*, 4ª edição, Frankfurt, Ed. Suhrkamp, 1994)

— *O futuro da natureza humana. A caminho de uma eugenia liberal?*, Almedina, Coimbra, 2006 (tradução de Maria Benedita Bettencourt; nota de apresentação de João Carlos Loureiro)

HAEGER, Günther – “Umweltschäden – ein Prüfstein für die Wandlungs- und Leistungsfähigkeit des Deliktsrecht“, *Neue Juristische Wochenschrift*, 1986, p. 1961 e ss.

HAGEN, Horst – “Rezension: Michael R. Will: Quellen erhöhter Gefahr”, *Archiv für die civilistische Praxis*, 181, Heft 5, p. 443 e ss.

HALBWACHS – “Réflexions sur la causalité physique”, *Les théories de la causalité*, dir. J. Piaget, PUF, 1971, p. 19 e ss.

HALL, Margaret Isabel – “Duty, causation and third-party perpetrators: The Bonnie Mooney Case”, *Revue de Droit de McGill*, 50, 2005, p. 597 e ss.

— “Duty to protect, duty to control and the duty to warn”, *La Review du Barreau Canadien*, vol. 82, 2003, p. 645 e ss.

HANSSON, Suen Ove – “Risk”, *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, www.plato.stanford.edu/entries/risk, 2007

HARLOW, Carol – *Understanding tort law*, series Editor J.A.G., Seconde Edition, Fortana Press, 1995

HANAU, Peter – *Die Kausalität der Pflichtwidrigkeit: eine Studie zum Problem des pflichtmässigen Alternativverhaltens im bürgerlichen Recht*, Schwartz, Göttingen, 1971

HAREL, Alon/JACOB, Assaf – „An economic rationale for the legal treatment of omissions in tort law“, *The Federalist Papers*, nº15, 2001

- HARKE, Jan Dirk - *Allgemeines Schuldrecht*, Springer, Heidelberg, Berlin, 2010
- HART, H.L.A – *Punishment and Responsibility, Essays in the Philosophy of Law*, Oxford University Press, 1968
- *O conceito de direito*, 4ª edição, Fundação Calouste Gulbenkian, 2005 (tradução de A. Ribeiro Mendes)
 - “Varieties of responsibility”, *Law Quarterly Review*, vol. 83, 1967, p. 346 e ss.
 - “The ascription of responsibility and rights”, *Proceedings of the Aristotelian Society*, 1948, p. 171-194
 - *Essays on Bentham*, Clarendon Press, Oxford, 1982
- HART, H.L.A. e HONORÉ, Tony – *Causation in the law*, 2nd edition, Clarendon Press, Oxford, 2002, reimpressão
- “Causation in the law. Factors negating causal connection”, *Law Quarterly Review*, vol. 72. 1956, p. 58 a 90; 261 a 281 e 398 a 417.
- HARTKAMP, Arthur/ HESSELINK, Martijn/HONDIUS, Ewoud/JOUSTRA, Carla/PERRON, Edgar/VELDMAN, Muriel (eds.) – *Toward a European Civil Code*, Third Edition, Utrecht, 1998
- HAUEISEN, Fritz – “Die Theorie der wesentlichen Bedingung – ein wichtige Ursachenlehre”, *Juristenzeitung*, 16, Heft 1, 1961, p. 9 e ss.
- HÄUSSLING, Josef M. – “Existenzphilosophie, Strafrechtsdogmatik und das Problem der Handlung”, *Juristenzeitung*, 16, Heft 4, 1961, p. 114 e ss.
- HAYEK, Friedrich – *The constitution of liberty*, Routledge, London, 1993
- HECK, Philipp – *Grundriss des Schuldrecht*, Mohr Siebeck, Tübingen, 1929
- “Begriffsjurisprudenz und Interessenjurisprudenz”, *Grundriss des Schuldrechts*, Mohr Siebeck, Tübingen, 1929, p. 473 e ss.
- HEGEL, George Friedrich Wilhelm – *Princípios da Filosofia do Direito*, 1820 (formato digital em <http://pt.scribd.com/doc/7157801/Principios-Da-Filosofia-Do-Direito-Hegel> e <http://www.ufsm.br/gpforma/1senafe/biblioteca/Principiosda.pdf>)
- HEIDENESCHER, Mathias – “Zurechnung als soziologische Kategorie. Zu Luhmanns Verständnis von Handlung als Systemleistung”, *Zeitschrift für Soziologie*, Band 21, Heft 6, p. 440
- HEINSHEIMER, Karl – “Die Haftung Unzurechnungsfähiger nach § 829 des Bürgerlichen Gesetzbuch”, *Archiv für die civilistische Praxis*, 95, Heft 2, 1904, p. 234 e ss.
- HEINZE – „Zur dogmatischen Struktur des § 830 I/2 BGB“, *Versicherungsrecht*, 73, p. 1081 e ss.
- HENSS, Olaf – *Obliegenheit und Pflicht im Bürgerliches Recht*, Frankfurt am Main, Berne, New York, Paris, 1988

HEPTING, Reinhard – „Rezension: Bydlinski, Krejci, Schilcher, Steininger, Hrsg, Das Bewegliche System im geltenden und künftigen Recht“, *Archiv für die civilistische Praxis*, 188, Heft 1, 1988, p. 76 e ss.

HÉRITIER, Françoise – “O eu, o outro e a tolerância”, *Uma mesma ética para todos?* (dir. JEAN-PIERRE CHANGEUX), Instituto Piaget, 1997.

HERMITTE, Marie-Angèle – “A fundação jurídica de uma sociedade das ciências sociais e das técnicas através das crises e dos riscos”, *Direito, sociedade e riscos: A sociedade contemporânea vista a partir da ideia de risco*, Rede Latino-Americana e Europeia sobre Governo dos Riscos, UNICEUB, Brasília, 2006, p. 12 e ss.

HERNÁNDEZ-GIL, A. – “El principio de la no presunción de la solidaridad”, *Revista de Derecho Privado*, año XXXI, nº359, 1947, p. 81-96
– “La solidaridad en las obligaciones”, *Revista de Derecho Privado*, año XXX, nº351, 1946, p. 397 a 412

HERSHOVITZ, Scott – “Two models of Tort (and Takings)”, *Virginia Law Review*, vol. 92:6, p. 2 e ss.

HERZBERG, Rolf Dietrich – “Das Wollen beim Vorsatzdelikt und dessen Unterscheidung vom Bewußt fahrlässigen Verhalten. Teil I”, *Juristenzeitung*, 43, Heft 12, 1988, p. 573
– “Das Wollen beim Vorsatzdelikt und dessen Unterscheidung vom Bewußt fahrlässigen Verhalten. Teil II”, *Juristenzeitung*, 43, Heft 13, 1988, p. 635 e ss.

HESSE, Konrad – *Derecho Constitucional y Derecho Privado*, Madrid, 1995

HEUSLER, A. – “Die Grundlagen des Beweisrechtes”, *Archiv für die civilistische Praxis*, 62, Heft 2, 1879, p. 209 e ss.

HIERRO, Liborio L. – “La pobreza como injusticia (Dworkin v. Calabresi) ”, *Cuadernos de Filosofía y Derecho*, 15-16, vol. II, 1994, p. 945 a 969.

HINTEREGGER, Monika – “Contributory negligence under Austrian Law”, *Unification of Tort Law: contributory negligence, Principles of European Tort Law*, vol. 8, European Centre of Tort and Insurance Law, Kluwer Law International, Londo, New York, 2004, p. 14 e ss.

HIPPEL, Eike von – “Tabakschäden: Klagen gegen die Tabakindustrie?”, *Juristenzeitung*, 54, Heft 15/16, 1999, p. 781 e ss.

HITCHCOCK, Christopher – “Probabilistic causation”, *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, 2002, www.plato.stanford.edu/entries/causation-probabilistic

HOBBS, Thomas – *Leviathan*, 1651 (disponível em formato digital em http://books.google.pt/books?id=Q4nPYeps6MC&printsec=frontcover&dq=Thomas+Hobbes+Leviathan&hl=pt-BR&ei=0ZqpTqHWNObQ4QS06_XrDw&sa=X&oi=book_result&ct=result&resnum=1&ved=0CDIQ6AEwAA#v=onepage&q&f=false)

HÖCHSTER, E. – „Grenze der Haftung Unzurechnungsfähiger (§ 829 BGB)”, *Archiv für die civilistische Praxis*, 104, Heft 3, 1909, p. 427 e ss.

HODGE, William C., ATKIN, Bill, MCLAY, Geoff e PARDY, Bruce – *Torts in New Zealand. Cases and materials*, Second Edition, Oxford University Press, Melbourne, Oxford, New York, 2000

HOFFMAN, William C. – “La responsabilité civile, pollution e son assurance en Allemagne”, *Revue générale des assurances terrestres*, 3, 1992, p. 460 a 478

HOFMANN, Paul – “Minderjährigkeit und Halterhaftung”, *Neue Juristische Wochenschrift*, 17. Jahrgang, 1. Halbband, 1964, p. 228-234

HOLMES, Oliver Wendell (Jr.) – *The Common Law*, Boston, 1881

HONDIUS, Ewond – “A Dutch DES case: pharmaceutical producers jointly and severally liable”, *European Review of Private Law*, 2, 1994, p. 409 e ss.

HONDIUS, Ewond/DAM, Cees van – “Niederlande”, *Deliktsrecht in Europa: Landesberichte: Dänemark, England, Frankreich, Griechenland, Italien, Jugoslawien, Niederlande, Norwegen, Österreich, Polen, Portugal, Schweden, Schweiz, Spanien, Türkei*, CHRISTIAN VON BAR (hrsg.), Carl Heymanns Verlag KG, Berlin, Bonn, München, 1994

HONORÉ, Tony – “The morality of tort law – questions and answers”, *Philosophical foundations of tort law*, DAVID G. OWEN ed., Clarendon Press, Oxford, 1996, p. 73 e ss.

- “Causation in the law”, *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, www.plato.stanford.edu/entries/causation-law, 2005
- “Causation and Remoteness of damage”, *International Encyclopedia of Comparative Law*, vol. XI, *Torts* (ANDRE TUNC, ed.), chapter 7, Tübingen, Paris, New York, 1971
- “Necessary and sufficient conditions in tort law”, *Philosophical Foundations of Tort Law*, DAVID G. OWEN (ed.), Clarendon Press, Oxford, p. 363 e ss.
- “Linguistic and social context of lex Aquilia”, *The Irish Jurist*, 7, 1972, p. 145 e ss.
- “Responsibility and Luck: the moral basis of strict liability”, *Law Quarterly Review*, n° 104, 1988, p. 530 e ss. (também em *Responsibility and fault*, Hart Publishing, Oxford, 1999, p. 14-40)
- “Principles and values underlying the concept of causation in law”, *Causation in Law and Medicine*, IAN FRECKELTON and DANUTA MENDELSON (ed.), Ashgate, Dartmouth, 2002, p. 3-13
- *Responsibility and fault*, Hart Publishing, Oxford, 1999
- “Causation and disclosure of medical risks”, *Law Quarterly Review*, n°114, 1998, p. 52 e ss.
- “Are omissions less culpable?”, *Essays for Patrick Atiyah* (PETER CANE & JANE STAPLETON, ed.), 1991, p. 31 e ss.

HONSELL, Heinrich/HARRER, Friedrich – “Schaden und Schadensberechnung”, *Juristische Schulung*, 1991, p. 441 e ss

HONSELL, Thomas – „Der Verstoß gegen Schutzgesetz im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB“, *Juristische Arbeitsblätter*, 15 Jahrgang, Heft 3, 1983, p. 101 e ss.

HOOFT, Visser't – “Développement technologique et responsabilité envers les générations futures”, *Archives de philosophie du droit*, tome 36, 1991, p. 31 a 47

HÖRSTER, Heinrich Ewald – *A parte geral do Código Civil Português. Teoria Geral do Direito Civil*, Almedina, Coimbra, 1992

- “Esboço esquemático sobre a responsabilidade civil de acordo com as regras do Código Civil”, *Estudos em comemoração do 10º aniversário da licenciatura em Direito da Universidade do Minho*, Almedina, Coimbra, 2003
- “Nótula referente a alguns aspectos pontuais dos direitos potestativos”, *Revista de Direito e Economia*, XV, 1989, p. 347 e ss.

HUBER, Ulrich – “Normzwecktheorie und Adäquanztheorie, Zugleich eine Besprechung des Urteils des BGH v. 7.6.1968“, *Juristenzeitung*, 21, 1969, p. 677 a 684.

- “Fahrlässigkeit und Vorausssehbarkeit”, *Festschrift für Hermann Heimpel zum 70. Geburtstag*, Band 3, Vandenhoeck & Ruprecht Göttingen, 1972, p. 440 e ss.
- “Verschulden, Gefährdung und Adäquanz”, *Rechtswissenschaft und Gesetzgebung: Festschrift für Eduard Wahl zum 70. Geburtstag*, Heidelberg, 1973, p. 301 e ss.

HÜBNER, Jürgen – *Schadenszurechnung nach Risikosphären*, Duncker & Humblot, Berlin, 1974

HURD, Heidi/MOORE, Michael S. – „Negligence in the air“, *Theoretical Inquiries in Law*, 3, 2001, p. 365-411

HUSSON, Léon – *Les transformations de la responsabilité. Etude sur la pensée juridique*, Presses Universitaire de France, 1947

- « Analyse critique de la méthode de l'exégèse », *Archives de Philosophie du Droit*, 18, 1972, p. 115 e ss

HYLTON, Keith N. – « The theory of tort doctrine and the restatement of torts », *Vanderbilt Law Review*, 54, 2001, www.ssrn.com

- « Duty in tort law : an economic approach », *Boston University School of Law, Working Paper Series n°06-04*, www.ssrn.com/abstract_id=887147

IHERING, Rudolf von – *De la faute en droit privé*, 1867 (tradução de O. Meulenaere da obra *Das Schuldmoment im römischen Privatrecht*)

- *Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung: Theil 1*, Adamant Media Corporation, 2003
- *Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung: Theil 2. Abtheilung 1*, Adamant Media Corporation, 2002
- *Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung, Theil 2. Abtheilung 2*, Adamant Media Corporation, 2003
- *Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung: Theil 3. Abtheilung 1*, Adamant Media Corporation, 2003
- *Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung III, 1*, 7. Auflage, 1924

— *A luta pelo direito*, tradução de PIETRO NASSETTI, Martin Claret, 2003 (texto original de 1872)

INVREA, Raffaele – *La responsabilità civile extracontrattuale*, Giuffrè Editore, Milano, 1997

INWAGEN, Peter – “Moral responsibility, determinism and the ability to do otherwise”, *The Journal of Ethics*, vol. 3, 1999, p. 341-350

ITURRASPE, Jorge Mosset – “La relación de causalidad en la responsabilidad extracontractual”, *Biblioteca Jurídica Virtual, Revista Latinoamericana de Derecho*, num 1.

IZZO, Umberto – “Storie di (stra)ordinaria causalità: rischio prevenibile ed accertamento della causalità giuridica in material di responsabilità extracontrattuale”, *Rivista Critica di Diritto Privato*, ano XIX, 1, Março 2001, p. 49 a 78

JACINTO, Vânia Isabel da Costa Gomes – *Direito subjectivo e interesse. A teoria de Rudolf von Ihering*, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2003

JAMES, Fleming (Jr.) – “Accident liability reconsidered: the impact of liability insurance”, *Yale Law Journal*, nº57, 1948, p. 549 e ss.

— “Legal cause”, *Yale Law Journal*, 60, 1951, p. 761 e ss

JAKOBS, Günther – “Acción y omisión en derecho penal”, *Cuadernos de conferencias y artículos* nº23, Centro de Investigaciones de derecho penal y filosofía del derecho, Universidad Externado de Colombia, Santa Fé de Bogotá, 2000

JAKOBS, Günther/MELIÁ, Cancio – *El sistema funcionalista del derecho penal*, 1ª edição, Editorial Grijley, 2000

JANSEN, Nils – *Estructura de un derecho europeo de daños, Desarrollo histórico y dogmática moderna*, Barcelona, abril 2003, www.indret.com

— *Die Struktur des Haftungsrechts*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2003

— “Principles of European Tort Law? Grundwertung und Systembildung im europäischen Haftungsrecht”, *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, Band 70, Heft 4, 2006, p. 733-770

— „Traditionsbegründung im Europäischen Privatrecht zum Projekt eines Gemeinsamen Referenzrahmens“, *German Working Papers in Law and Economics*, paper 24, 2007, p. 5 e ss.

— “Duties and Rights in Negligence: A comparative and Historical Perspective on the European Law of Extracontractual Liability”, *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 24, n.3, 2004, p. 443-469

— „Das Problem der Rechtswidrigkeit bei § 823 Abs. 1 BGB“, *Archiv für die civilistische Praxis*, 202, 2002, p. 517 e ss.

— „The idea of a lost chance”, *Oxford Journal of Legal Studies*, nº19, 1999, p. 271-296

JANSSEN, André – “German Case note on Hoge Raad, Judgmente of 22 February 2002 – On compensation for psychiatric injury and emotional distress suffered by close relatives”, *European Review of Private Law*, 3/2003, p. 412 e ss.

- JAUME, Lucien – *L'individu effacé ou le paradoxe du libéralisme français*, Fayard, Paris 1997
- *La liberté et la loi. Les origines philosophiques du libéralisme*, Fayard, Paris, 2000
- JELLINEK – *Sistema dei diritti pubblici subjettivi*, tradução italiana de VITAGLIANO, Milão, 1912
- JETE, Javier – « Les causes d'exonération en droit anglo-saxon », www.grerca.univ-rennes1.fr/digitalAssets/267/267953_jjetegeneve.pdf
- JOLOWICZ – « The original scope of the lex Aquilia and the question of damages », *Law Quarterly Review*, vol. XXXVIII, 1922, p. 220-230
- JOLY, M. André – « Vers un critère juridique du rapport de causalité au sens de l'article 1384, alinéa 1^{er}, du Code Civil », *Revue trimestrielle de droit civil*, 1942, p. 257 a 273.
- JONAS, Hans – *Das Prinzip Verantwortung : Versuch einer Ethik für die technologische Zivilisation*, Verlag, Frankfurt am Main, 1979
- (tradução) *The imperative of responsibility : in search of an ethics for the technological age*, University Chicago Press, London, 1984
- JONES, Michael – “Liability for Psychiatric Illness – more principle, less subtlety?”, *4 Web Journal of Current Legal Issues*, 1995, 4 (www.webjcli.ncl.ac.uk/article4/jones4.html)
- JORGE, Pessoa – *Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil*, Almedina, Coimbra, 1999 (reimpressão)
- *Direito das Obrigações*, 1^o volume, AAFDL, Lisboa, 1975-1976.
- JOSSERAND, L. – *De l'esprit des droits et de leur relativité – Théorie dite de l'abus des droits*, Paris, 1927
- « Vers l'objectivation de la responsabilité du fait des choses », *Recueil Dalloz*, 1938, p. 65 e ss.
- “La responsabilité envers soi-même”, *Recueil Dalloz*, 1934, chr., p. 73 e ss
- JOURDAIN, Patrice – “Observations sous Ass. Plén. 6 octobre 2006, Bull, 2006, n^o9, p. 23”, *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 2007, n^o1, p. 123 e ss.
- « Notes sous Civ. 1ere, 4 décembre 2001, Bull 2001, n^o310, p. 197 », *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, n^o2, 2002, p. 308 e ss.
- *Les Principes de la responsabilité civile*, 2^e Édition, Colecção Connaissance du Droit, Dalloz, Paris, 1994
- “Retour sur l'imputabilité”, *Les droits et le droit, Mélanges dédiés à B. Bouloc*, Dalloz, 2007, p. 511 e ss.
- *Recherches sur l'imputabilité en matière de responsabilités civiles et pénale*, Paris 2, 1982
- “Responsabilité civile”, *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, n^o1, 1998, p. 111 e ss.

- “Force majeure: l’Assemblée plénière manque l’occasion d’une définition claire”, *Recueil Dalloz*, 2006, p. 1580
- “Responsabilité civile”, *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 88^e année, n^o1, 1989, p. 81 e ss.
- “Responsabilité civile”, *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 91^e année, n^o1, 1992, p. 107 e ss.
- “Responsabilité civile”, *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 95^e année, n^o4, 1996, p. 912 e ss.
- « De l’incertitude affectant la relation causale », *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 1990, p. 486 e ss.
- « Droit à réparation (lien de causalité, cause étragère) », *JurisClasseur Civil*, art. 1328-1386, fasc. 161, n^o3

JUSTO, António Santos – *Direito privado romano*, I (3^a ed., 2006); II (2^a ed. 2006); III (1997)

- *As acções do pretor*, Coimbra, 1990
- “ O Código de Napoleão e o Direito Ibero-Americano ”, *Boletim da Faculdade de Direito*, vol. LXXI. 1995, p. 27 a 96
- « Lex Aquilia », *Estudos em honra de Ruy de Albuquerque* (coord. JORGE MIRANDA), vol. I, Coimbra Editora, Coimbra, 2006, p. 13-52
- *As acciones do dano aquiliano*, Edisofer, Libros Juridicos, Madrid, 2005
- « A actio ficticia e a actio utilis », *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Rogério Soares*, Coimbra Editora, Coimbra, 2002, p. 1135 e ss.

KAHRS, Hans Jürgen – *Kausalität und überholten Kausalität im Zivilrecht*, Hamburg, 1969

KANT, Immanuel – *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*, Textos Filosóficos, Edições 70, 1992, tradução de Paulo Quintela

- *Crítica da razão pura*, Fundação Caloust Gulbenkian, Lisboa, 1985 (tradução de MANUELA PINTO DOS SANTOS e ALEXANDRE FRADIQUE MOURJÃO)

KAROLLUS, Martin – *Funktion und Dogmatik der Haftung aus Schutzgesetzverstoß*, 1992

KAUFMANN, Arthur – *Filosofia do Direito*, Fundação Calouste Gulbenkian, (tradução de António Ulisses Cortês), 2^a edição, 2007

- “A problemática da filosofia do direito ao longo da história”, *Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas*, KAUFMANN e HASSEMER (org.), Fundação Calouste Gulbenkian, 2002 (tradução de Marcos Keel e Manuel Seca de Oliveira; revisão científica e coordenação de António Manuel Hespanha)

KAUFMANN, Arthur e HASSEMER, W. (org.) – *Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas*, Fundação Calouste Gulbenkian, 2002 (tradução de Marcos Keel e Manuel Seca de Oliveira; revisão científica e coordenação de António Manuel Hespanha)

KEATING, Gregory – “The theory of enterprise liability and common law strict liability”, *Vanderbilt Law Review*, 54, 2001, p. 1285 e ss.

— “Distributive and corrective justice in the tort law of accidents”, *California Law Review*, 74, 2000, p. 193 e ss.

KEETON, Robert E. – *Legal cause in the law of torts*, Ohio State University Press, Ohio, 1963

KEETON, W. Page/PROSSER, William Lloyd/DOBBS, Dan B./KEETON, Robert E./OWEN, David G. – *Prosser and Keeton on the Law of Torts*, 5th edition, 1984

KEIDEL, Theodor – “Rezension: Münzberg, Wolfgang, Verhalten und Erfolg als Grundlagen der Rechtswidrigkeit und Haftung”, *Juristenzeitung*, 21, Heft 19, 1966, p. 656 e ss.

KELLEY, Patrick – “Restating duty, breach and proximate cause in negligence law: descriptive theory and the rule of law”, *Vanderbilt Law Review*, 54, 2001, p. 1039 e ss.

KELLY, J.M. – “The meaning of the lex Aquilia”, *The Law Quarterly Review*, vol. 80, 1964, p. 73 e ss.

KELSEN, Hans – “Causalidad e imputacion”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, año VII, n. 19, enero-abril 1974, p. 207 a 232

— *Teoria Pura do Direito*, 4^a edição, Arsénio Amado, Coimbra, 1976 (tradução de BAPTISTA MACHADO)

— *A justiça e o direito natural*, Almedina, Coimbra, 2001 (tradução de JOÃO BAPTISTA MACHADO)

— “Was ist die reine Rechtslehre?”, *Festschrift für Zaccharia Giacometi*, Zurich, 1953, p. 143 e ss.

KEUK, Brigitte – “Die Solidarhaftung der Nebentäter”, *Archiv für die civilistische Praxis*, 168, 1968, Heft 2, p. 175 e ss.

KIENZLE, Bertram – “Una concepción kantiana de la causalidad a partir de la libertad”, *Seminário da Escuela de Derecho de La Universidad Di Tella el 24 de marzo de 1997*, 1998

KING, Joseph (Jr.) – “Causation, valuation and chance in personal injury torts involving preexisting conditions and future consequences”, *Yale Law Journal*, n°90, 1981, p. 1353 e ss.

KIRCHBERGER, Hans – “Die adäquate Ursache als Haftungsvoraussetzung”, *Neue Juristische Wochenschrift*, 5 Jahrgang, 1952, p. 1000-1002

KLUGE, Isolde – *Alternative Kausalität*, Tübingen, 1973

KLUG, Ulrich – „Erfordernisse des adäquaten Kausalzusammenhangs. Verhältnis von Verursachung und Schuldfrage“, *Archiv für die civilistische Praxis*, 150, p. 452 e ss.

KNAPPE, Hans-Joachim – *Das Problem der überholenden Kausalität*, Göttinger Rechtswissenschaftliche Studien, Heft 8, Schwartz Verlag, Göttingen, 1954

KNOCHÉ, Joachim P. – *Arzthaftung, Produkthaftung, Umwelthaftung. Kausalitätsbeweis und Pflichtverletzung*, Schriften zum Versicherungs-, Haftungs- und Schadensersatz, Band 6, Verlag Dr. Kovac, Hamburg, 2005

KNÖPFLE, Robert – “Zur Problematik der Beurteilung einer Norm als Schutzgesetz im Sinne des §823 Abs. 2 BGB”, *Neue Juristische Wochenschrift*, 1967, p. 697-702

KOCH, Bernhard Alexander – “Mainstreams in the development of tort law: a front-line snapshot”, *The Geneva Papers*, 31, 2006, p. 270 e ss.

— *Die Sachhaftung: Beiträge zu einer Neuabgrenzung der sogenannten Gefährdungshaftung im System des Haftungsrecht*, Duncker Humblot, 1992

— „Alternatives to full proof of causation. An overview for the biomedical research scenario“, *Liability for and Insurability of Biomedical Research with Human Subjects in a Comparative Perspective* (JOS DUTE/M. FAURE/H. KOZIOL, ed.), Wien/New York, 2004, p. 360 e ss.

— „Der Verlust einer Heilungschance in Österreich“, *European Review of Private Law*, 2008, p. 1051 e ss.

— „Wilburgs’s flexible system in a nutshell“, *European Tort Law* (HELMUT KOZIOL/BARBARA C. STEININGER, org.), Wien/New York, 2002, p. 545 e ss.

— „Rezensionen: Constantin Kruse, Alternative Kausalität im Deliktsrecht – Eine historische und vergleichende Untersuchung“, *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht*, 2008, p. 887-888

KOCH, Bernhard Alexander/SCHWARZENEGGER, Peter – „Multiple Tortfeasors under Austrian Law“, *Unification of Tort Law: Multiple Tortfeasores*, Rogers (ed.), *Principles of European Tort Law*, 9, European Center of Tort and Insurance Law Research, Kluwer, 2004, p. 9 e ss.

KOHE, Wolfhard – “Normzweck und Interessenabwägung bei der Auslegung des § 823 II BGB, – BGH NJW 1987, 1818”, *Jura*, 1988, Heft 3, p. 125 e ss.

KORIATH, Heinz – *Kausalität, Bedingungstheorie und psychische Kausalität*, Göttingen, 1988

KORNHAUSER, Lewis A./REVESZ, Richard L. – „Sharing damages among multiple tortfeasors“, *The Yale Law Journal*, vol. 98, n.5, 1989, p. 831 a 872

KORTMANN, J.S. – “Ab alio ictu(s): Misconceptions about Julian’s view causation”, *Journal of Legal History*, 20, 1999, p. 95 e ss.

KOSCHEMBAHR-LYKOWSKY – “Quelques dispositions générales d’un projet de Code Civil polonais”, *Revue Trimestrelle de Droit Civil*, n°27, 1928, p. 569 e ss

KÖTZ, Hein – « Haftung für besondere Gefahr », *Archiv für die Civilistische Praxis*, 170, 1970, p. 1 e ss.

KÖTZ, Hein/WAGNER, Gerhard – *Deliktsrecht*, 11. neu bearbeitete Auflage, Verlag Franz Vahlen, München, 2010

KOURILSKY, Philippe e VINEY, Geneviève – *Le principe de précaution*, rapport au Premier Ministre, Edition Odile Jacob, La documentation française, Janvier, 2000

KOZIOL, Helmut – *Österreichisches Haftpflichtrecht*, Band I, *Allgemeiner Teil*, 3. Neubearbeitete Auflage, Manz Verlag, Wien, 1997

- “Causation under Austrian Law”, *Unification of tort law: causation*, J. SPIER (ed.), *Principles of European Tort Law*, vol. 4, European Centre of Tort and Insurance Law, Kluwer Law International, London, Boston, 2000, p. 12 e ss.
- (ed.), *Unification of tort law: wrongfulness*, Kluwer Law International, Netherlands, 1998
- “Bewegliches System und Gefährdungshaftung”, *Bewegliche System im geltende und künftigen Recht*, BYDLINSKI/KREJCI/SCHILCHER/STEININGER hrgs., Springer, Wien, 1986, p. 51 e ss.
- „Rechtswidrigkeit, bewegliches System und Rechtsangleichung“, *Juristische Blätter*, 1998, p. 619 e ss.
- „Die Principles of European Tort Law der European Group on Tort Law“, *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht*, 12, 2004, p. 234 e ss.
- “Umfassende Gefährdungshaftung durch Analogie?”, *Festschrift für Wilburg zum 70. Geburtstag*, Leykam, 1975, p. 173 e ss.
- “Problems of Alternative Causation in Tort Law”, HAUSMANINGER/KOZIOL/RABELLO/GILEAD (Ed.), *Developments in Austrian and Israeli Private Law*, Springer, Wien, New York, 1999, p. 177 e ss.
- “Die Schadenminderungspflicht”, *Juristische Blätter*, 1972, p. 225 e ss.
- “Rechtsmäßiges Alternativverhalten- Auflockerung starrer Lösungsansätze”, *Festschrift für E. Deutsch zum 70. Geburtstag*, (H. J. AHRENS, CHRISTIAN VON BAR, A. SPICKHOFF, J. TAUPITZ Hrsg.), Heymanns, Köln, Berlin, 1999, p. 179 e ss.
- “Schadensersatz für den Verlust einer Chance?”, *Festschrift für Hans Stoll zum 75. Geburtstag*, Mohr Siebeck, Tübingen, p. 233-250
- “Compensation for pure economic loss from a continental lawyer’s perspective”, WILLEM VAN BOOM, HELMUT KOZIOL e CHRISTIAN WITTING (eds.), *Pure economic loss*, Tort and Insurance Law, vol. 9, European Centre of Tort and Insurance Law, Springer, Wien, New York, 2003, p. 144.

KOZIOL, Helmut/ FAURE, Michael (eds.) – *Cases on Medical Malpractice in a Comparative Perspective, Tort and Insurance Law*, vol. I, Springer, Wien, New York, 2001

KOZIOL, Helmut/STEININGER, Barbara C. (eds.) – *European Tort Law 2001, Tort and Insurance Law Yearbook*, Springer, Wien, New York, 2001

— *European Tort Law 2008, Tort and Insurance Law Yearbook*, Springer, Wien, New York, 2009

KOZIOL, Helmut/ BOOM, Willem van/ WITTING, Christian (eds.) – *Pure economic loss*, Tort and Insurance Law, vol. 9, European Centre of Tort and Insurance Law, Springer, Wien, New York, 2003, p. 144

KRAMER – “Schutzgesetze und adäquate Kausalität“, *Juristenzeitung*, 31, Heft 11/12, 1976, p. 338 e ss

— „Das Prinzip der objektiven Zurechnung im Delikts- und Vertragsrecht“, *Archiv für die civilistische Praxis*, 171, 1971, p. 422 e ss.

KRESS, K./FUMERTON, R. – „Causation in the law: preemption, lawful sufficiency, and causal sufficiency“, *Law and Contemporary Problems, Special Issue on Law and Causation in Science*, JOHN M. CONLEY (ed.), vol. 64, n°4, 2001, p. 83 e ss. (www.law.duke.edu/shell/cite.pl?64+Law+&+Contemp+Probs+83+(Autumn+2001)

KRETZMER, David – „Transformation of tort liability in the nineteenth century: the visible hand“, *Oxford Journal of Legal Studies*, 1984, 4, p. 46-87

KRIES, von – *Die Prinzipien der Wahrscheinlichkeitsrechnung*, Freiburg, 1886

— „Über den Begriff der objektiven Möglichkeit und einiger Anwendungen desselben“, *Vierteljahrsschrift für wissenschaftliche Philosophie*, 12, Leipzig, 1888, p. 179 e ss.; 287 e ss.; 393 e ss.

KRUSE, Constantin – *Alternative Kausalität im Deliktsrecht – Eine historische und vergleichende Untersuchung*, Verlag, Berlin, 2006

LAMBERT, Sophie – « Responsabilité civile. Responsabilité du fabricant d'un médicament vétérinaire mal utilisé. Note sous Cass. 1^{re}. Civ., 21 juin 2005 », *Recueil Dalloz*, 182^e. année, 23 février 2006, n°8, 7237, p. 565 a 568

LAMBERT-FAIVRE, Yvonne – « L'éthique de la responsabilité », *Revue Trimestrielle de droit civil*, Dalloz, 1998, p. 1 a 22

— « L'évolution de la responsabilité civile d'une dette de responsabilité à une créance d'indemnisation », *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, année 1987, p. 1 a 19

— « Pour un nouveau regard sur la responsabilité civile », *Recueil Dalloz Sirey*, année 1983, p. 102-104

— « De la poursuite à la contribution : quelques arcanes de la causalité », *Recueil Dalloz*, 1992, chr. 311

LAMBERTI, Francesca – « Principio responsabilità a Roma ? », *Labeo Rassegna di Diritto Romano*, Jovene, 45, Napoli, 1999, 1, p. 128 a 131

LAMMEL, S. – “Zur Auskunftshaftung”, *Archiv für die civilistische Praxis*, 179, 1979, p. 365 e ss.

LAMOUR, Marie-Pierre – “Des cas où l'on répare les dommages que l'on n'a pas causés”, *Revue de la Recherche Juridique. Droit Prospectif*, 2002, p. 1237 e ss.

LANDMANN – “Notwehr, Notstand und Selbsthilfe im Privatrecht”, *Schweizer Juristenzeitung*, 76, p. 47 e ss.

LANGE, Heinrich – “Herrschaft und Verfall der Lehre vom adäquaten Kausalzusammenhang“, *Archiv für die civilistische Praxis*, 156, 1957, p. 114-136

LANGE, Hermann – „Zum Problem der überholenden Kausalität“, *Archiv für die civilistische Praxis*, 152, 1952-1953, p. 153-168

- *Begrenzung der Haftung für schuldhaft verursachte Schäden?*, Gutachten, Verhandlung des 43. Deutschen Juristentages, I, 1, Tübingen, 1960
- „Adäquanztheorie, Rechtswidrigkeitszusammenhang, Schutzzwecklehre und selbständige Zurechnungsmoment“, *Juristenzeitung*, 1976, p. 198 e ss.
- „Die Vorteilsausgleichung“, *Juristische Schulung*, 1978, p. 649 e ss
- *Empfiehet es sich, die Haftung für schuldhaft verursachte Schäden zu begrenzen? Kann für den Umfang der Schadensersatzpflicht auf die Schwere des Verschuldens und die Tragweite der verletzten Norm abgestellt werden? Gutachten für den 43. Deutschen Juristatag, Mohr, Tübingen, 1960, p. 38 e ss*

LANGE, Hermann/SCHIEMANN, Gottfried – *Handbuch des Schuldrechts, Schadensersatz*, 3. Aufl., Mohr, Tübingen, 2003

LANZ, Walter – *Alternativen zur Lehre vom adäquaten Kausalzusammenhang*, Peter Lange, Bern, 1974

LARENZ, Karl – „Die Prinzipien der Schadenszurechnung. Ihr Zusammenspiel im modernen Schuldrecht“, *Juristische Schulung*, 5. Jahrgang, Heft 10, 1965, p. 373-379

- *Hegels Zurechnungslehre und der Begriff der objektiven Zurechnung. Ein Beitrag zur Rechtsphilosophie des kritischen Idealismus und zur Lehre des juristisch-genen Kausalität*, Scientia, Aalen, 1970 (reimpressão)
- *Lehrbuch des Schuldrechts I, Allgemeiner Teil*, 14 Auflage, Verlag C. H. Beck, München, 1987
- *Lehrbuch des Schuldrechts, II, Halbband 1, Besonderer Teil*, 13. Auflage, Verlag C. H. Beck, München, 1986
- *Metodologia da ciência do direito*, 3ª Edição, Fundação Caloust Gulbenkian, Lisboa, 1997, tradução de José Lamego e Ana de Freitas
- „Tatzurechnung und Unterbrechung des Kausalzusammenhanges“, *Neue Juristische Wochenschrift*, 8. Jahrgang, Heft 28, 1955, p. 1009 e ss.
- „Zum heutigen Stand der Lehre von der objektiven Zurechnung im Schadensrecht“, *Festschrift für Richard M. Honig zum 80. Geburtstag*, Schwartz, Göttingen, 1970, p. 79 e ss.
- „Rechtswidrigkeit und Handlungsbegriff im Zivilrecht“, *Festschrift für Dölle*, Band I, Mohr, Paul Siebeck, Tübingen, 1963, p. 169;
- „Die Berücksichtigung hypothetischer Schadensursachen bei der Schadensermittlung“, *Neue Juristische Wochenschrift*, 1950, p. 487 e ss.
- „Ursächlichkeit der Unterlassung“, *Neue Juristische Wochenschrift*, 1953, p. 686 e ss.
- „Präventionsprinzip und Ausgleichsprinzip im Schadensersatzrecht“, *Neue Juristische Wochenschrift*, 59, p. 865 e ss.
- „Rechtsperson und subjektivs Recht“, LARENZ, (Hrsg.), *Grundfragen der neuen Rechtswissenschaft*, Berlin 1935, p. 225 ss.

LARENZ, Karl/CANARIS, Claus-Wilhelm – *Lehrbuch des Schuldrechts, II, Halbband 2, Besonderer Teil*, 13 Auflage, Verlag C. H. Beck, München, 1994

LARENZ, Karl/WOLF, Manfred – *Allgemeiner Teil des deutschen bürgerlichen Rechts*, 9. neubearbeitete und erweiterte Auflage, C. H. Beck, München, 2004

LARGUIER, M. Jean – « La preuve d'un fait négatif », *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 1953, tome cinquante-et-unième, p. 1 a 48.

LEDUC, F. – « Causalité civile et imputation », *Les distorsions du lien de causalité en droit de la responsabilité civile, actes du colloque des 15 et 16 décembre 2006, Faculté de droit et de science politiques de Rennes, Revue Lamy Droit Civil*, 2007/40, n° 2631, n°7 e ss

LEHRER, Keith – “Freedom, preference and autonomy”, *The Journal of Ethics*, vol. 1, 1997, p. 3 a 25

LEIBNIZ – *Nova methodus discendae docendaeque jurisprudentiae*, 1657

LEITÃO, Adelaide Menezes – *Normas de protecção e danos puramente patrimoniais*, Almedina, Coimbra, 2009

LEITÃO, João Menezes – “Instrumentos de direito privado para a protecção do ambiente”, *Revista Jurídica do Urbanismo e do Ambiente*, n°7, 1997, p. 61 e ss

LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes – *A responsabilidade do gestor perante o dono do negócio no direito civil português*, Almedina, Coimbra, 2005 (“A responsabilidade do gestor perante o dono do negócio no direito civil português”, *Ciência e Técnica Fiscal*, n°363, Julho-Setembro, 1991, p. 37-244 e n°364, Outubro-Dezembro, 1991, p. 13 a 188)

— *Direito das Obrigações*, vol. I, 9ª edição, Almedina, Coimbra, 2010

— *Direito das Obrigações*, vol. II, 4ª edição, Almedina, Coimbra, 2006

— *Direito das Obrigações*, vol. III, 4ª edição, Almedina, Coimbra, 2006

— “A tutela civil do ambiente”, *Revista de Direito do Ambiente e Ordenamento do Território*, n°4-5, 1999, p. 37 e ss.

— “Acidentes de Trabalho e responsabilidade civil, A natureza Jurídica da reparação de danos emergentes de acidente de trabalho e a distinção entre as responsabilidade obrigacional e delitual”, *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 48, 1988, Lisboa, p. 773 a 843

— *O enriquecimento sem causa no direito civil. Estudo dogmático sobre a viabilidade da configuração unitária do instituto face à contraposição entre as diferentes categorias do enriquecimento sem causa*, Almedina, Coimbra, 2005

LEITERMEIER, Hans – *Die deliktsrechtliche Haftung des Verfolgten für Schaden bei der Verfolgung*, Dissertation Erlangen-Nürnberg, 1978

LEJEUNE, Christine – *Wrongful life – Das Kind als Vermögensschaden*, 2009

LEMHÖFER, Bernt – “Die überholende Kausalität und das Gesetz”, *Juristische Schulung*, 66, p. 337 e ss.

LEMONS, Marco António da Silva – “O direito como regulador da sociedade de riscos”, *Direito, sociedade e riscos: A sociedade contemporânea vista a partir da ideia de risco*,

Rede Latino-Americana e Europeia sobre Governo dos Riscos, UNICEUB, Brasília, 2006, p. 321 e ss.

LENEL – “Zum Begriff der unerlaubten Handlungen im Bürgerlichen Gesetzbuch (§ 823 BGB)”, *Deutsche Juristen-Zeitung*, 1897, p. 412.

LEONE – “Nesso causale tra colpa e danno”, *Rivista di Diritto Civile*, 1913, p. 554 e ss.

LEONHARD, Franz – “Höhere Gewalt”, *Festschrift für Ludwig Traeger zum 70. Geburtstag am 10. Juni 1926. Überreicht von der Juristischen Fakultät der Universität Marburg*, Berlin, 1926, p. 12 e ss.

— *Fahrlässigkeit und Unfähigkeit*, Marburg i. H., Elwert, 1913

— *Das Schuldrecht des BGB, I, Allgemeines Schuldrecht*, Duncker & Humblot, Leipzig-München, 1929

LÉVINAS, Emmanuel – *Deus, a morte e o tempo*, Almedina, Coimbra, 2003 (apresentação e tradução de FERNANDA BERNARDO; advertência e posfácio de JACQUES ROLLAND)

— “La proximité”, *Archives de Philosophie*, nº34, 1971, p. 373 e ss.

— *Totalidade e infinito*, Edições 70, Lisboa, 2000

— *Ética e infinito*, Edições 70, Lisboa, 2007

LEWIS, David – “Causation”, *Journal of Philosophy*, 70, 1973, p. 556 e ss. [também publicado em *Causation and Conditionals*, ERNEST SOSA (ed.), 1975, p. 180 e ss.]

LI, Jack – *Can death be a harm to the person who dies?*, Kluwer Academic Publishers, Dordrecht, Boston, London, Philosophy and Medicine, vol. 73, 2002

LIGÜERRE, Carlos Gómez – *Solidaridad y responsabilidad. La responsabilidad conjunta en el derecho español de daños*, Universitat Pompeu Fabra, Barcelona, 2005 (versão académica policopiada)

LIMA, Alvino – “Abuso de direito”, *Revista Forense*, ano 53, 1956, p. 25 e ss.

LIMA, Fernando Pires de e VARELA, João de Matos Antunes – *Noções fundamentais de direito civil*, 6ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 1973

— *Código Civil Anotado*, vol. I, 4ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 1987 (com a colaboração de HENRIQUE MESQUITA)

LIMPENS, J. – “La théorie de la relativité aquilienne en droit comparé”, *Mélanges offerts à René Savatier*, Dalloz, Paris, 1965, p. 559 e ss

LINDENMAIER, Fritz – “Adäquate Ursache und nächste Ursache. Zur Kausalität im allgemeinen bürgerlichen Recht und in den Allgemeinen Deutschen Seeversicherungsbedingungen”, *Festschrift für Wüstendörfer, Zeitschrift für das Gesamte Handelsrecht und Konkursrecht*, Hundertdreuzehnter Band (113), 3/4, 1950, p. 206 e ss.

LINHARES, José Manuel Aroso – *Entre a reescrita pós-moderna da modernidade e o tratamento narrativo da diferença ou a prova como um exercício de passagem nos*

limites da juridicidade (imagens e reflexos pré-metodológicos deste percurso), Coimbra Editora, Studia Iuridica, 59, Coimbra, 2001

- “O sistema jurídico como um fim em si mesmo ou as muralhas de indiferença da galáxia auto”, *Teoria do Direito. Sumários desenvolvidos*, 2004
- “O jurisprudencialismo”, *Sumários desenvolvidos das aulas de Teoria do Direito*, Parte C, 2002-2003
- “A unidade dos problemas da jurisdição ou as exigências e limites de uma pragmática custo/benefício”, *Os custos da Justiça, Actas do Colóquio internacional em Coimbra*, 25-27 de Setembro de 2002, Julho de 2003, p. 185 a 284.
- *Introdução ao Direito, Sumários Desenvolvidos* (policopiado), 2009/2010

LIPPMANN – “Das bürgerliche Gesetzbuch über Einheits- und Mehrheitsschuld in Bürgerschaft und Gesamtschuld“, *Archiv für die civilistische Praxis*, 111, 1914, p. 135-270

LLOVERAS, Marc-R. – „Causalidad, información que genera riesgo y derecho al honor: una lectura de la STS, 1ª, 10.1.2001“, *Indret* 2/2002, www.indret.com

LØDRUP, Peter/ HAGSTRØM, Viggo – „Norwegen“, *Deliktsrecht in Europa: Landesberichte: Dänemark, England, Frankreich, Griechenland, Italien, Jugoslawien, Niederlande, Norwegen, Österreich, Polen, Portugal, Schweden, Schweiz, Spanien, Türkei*, CHRISTIAN VON BAR (hrsg.), Carl Heymanns Verlag KG, Berlin, Bonn, München, 1994

LONGSCHAMPS, Francois – “Quelques observations sur la notion de droit subjectif dans la doctrine”, *Archives de Philosophie du Droit*, IX, 1964, p. 63 e ss.

LOOMIS, Anne – “You shall take the victim as you findest him: religious conviction as a pre-existing state not subject to the avoidable consequences doctrine”, *George Mason Law Review*, nº14, 2007, p. 483 e ss.

LOOSCHELDERS, Dirk – *Die Mitverantwortlichkeit des Geschädigten im Privatrecht*, Tübingen, 1999

LOPES, Pedro Silva – “Dano ambiental: responsabilidade civil e reparação sem responsável”, *Revista Jurídica do Urbanismo e do Ambiente*, nº8, Dez. 1997, p. 31 a 56
— “Condicionantes da responsabilidade civil por danos causados ao ambiente – algumas reflexões”, *Revista Jurídica do Urbanismo e do Ambiente*, nº7, 1997, p. 161 e ss.

LORENZ, Stephan – “Schadensersatz wegen Pflichtverletzung – ein Beispiel für die Überhastung der Kritik an der Schuldrechtsreform”, *Archiv für die civilistische Praxis*, 56, Heft 14, 2001, p. 742 e ss.

LORENZ, Werner – “Fortschritte der Schuldrechtsdogmatik”, *Juristenzeitung*, 1961, p. 433 e ss.

LOUREIRO, João – *O procedimento administrativo entre a eficiência e a garantia dos particulares (algumas considerações)*, *Studia Iuridica*, 13, Coimbra Editora, Coimbra, 1995

LOURENÇO, Paula Meira – *A função punitiva da responsabilidade civil*, Lisboa, 2001 (policopiado)

— *Os danos punitivos*, Lisboa, 2000 (policopiado)

LÖWE, Henning – *Der Gedanke der Prävention im deutschen Schadensersatzrecht. Die Flucht in den Geldersatz immaterieller Schäden. Zugleich eine Besprechung der Caroleine – Urteil des Europäische Gerichtshofs*, Peter Lang, Europäische Hochschuldrucken, Reihe II, Rechtsissenschaft, Frankfurt, Berlin, Bern, Bruxelles, New York, Oxford, Wien, 1999/2000

LUCAN, María Angeles Parra – “The proof of a causal relationship – damages caused by identical products made by different manufacturers (Comments on the Judgment of the Dutch Supreme Court of 9 October 1992. The possible solution offered by the Spanish legal order)”, *European Review of Private Law*, 1994, p. 414 e ss.

LUCAS, J. R. – *Responsibility*, Clarendon Press, Oxford, 1993

LUHMANN, Niklas – « La restitution du douzième chameau : du sens d’une analyse sociologique du droit », *Droit et Société, Revue Internationale de Théorie du Droit et de Sociologie Juridique*, 47, 2001, p. 15 a 73 (tradução de Jean Clam)

— *Sociologia del riesgo*, Universidad de Guadalajara, UNAM, México, 1991

LUIS, Alberto – “O problema da responsabilidade civil dos bancos por prejuízos que causem a direitos de crédito”, *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 59, Lisboa, 1999. p. 895 a 914

LUMINOSO, Angelo – “Possibilità, realtà o necessita della relazione causale”, *Studi Economico-Giuridici*, vol. LIII, 1989-1990, p. 209-221

LUNTZ, Harold – “Loss of chance”, *Causation in Law and Medicine*, FRECKELTON e MENDELSON (ed.), Ashgate, Dartmouth, 2002, p. 152 e ss.

MACCALLUM, G.C. – “Negative and Positive Freedom”, *Philosophical Review*, 76, 1967, p. 314 e ss.

MACCORMACK, Geoffrey – “On the third chapter of the lex Aquilia”, *The Irish Jurist*, 5, 1970, p. 165 e ss.

MACHADO, João Baptista – “Tutela da confiança e *venire contra factum proprium*”, *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, 117º ano, Coimbra, 1985, nº3725 (p. 229 a 233), 3726 (p. 265 a 269), 3727 (p. 294 a 298), 3728 (p. 321 a 325), 3729 (p. 361 a 365), 3730 (p. 9 a 14), 3733 (p. 101 a 105), 3735 (p. 169 a 172), 3737 (p. 227 a 229)

— “A Cláusula do Razoável”, *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, ano 119º, nº3744 (p. 65 a 69), nº3745 (p. 101 a 105), nº3746 (p. 129 a 132), nº3747 (p. 161 a 164), nº3748 (p. 193 a 197), nº3749 (p. 229 a 232), nº3750 (p. 261 a 263), nº3751 (p. 296 a 298), nº3752 (p. 321 a 323), nº3753 (p. 363 a 365), nº3754 (p. 9 a 13),

nº3757 (p. 105 a 107), nº3758 (p. 137 a 141); ano 120º, nº3759 (p. 161 a 164), nº3760 (p. 202 a 204), nº3767 (p. 36 a 40); ano 121º, nº3768 (p. 65 a 67), nº3769 (p. 105 a 109), nº3770 (p. 135 a 138), nº3779 (p. 39 a 43), nº3780 (p. 69 a 74), nº3781 (p. 101 a 104), nº3782 (p. 133 a 135), nº3785 (p. 226 a 228)

— *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*, Almedina, Coimbra, 1983

— “Resolução do contrato de arrendamento comercial”, *Colectânea de Jurisprudência*, IX, II, 1984, p. 15

MACKIE, John Leslie – *The Cement of the Universe: a study of causation*, Clarendon Press, Oxford, 1974

MAGNUS, Ulrich – “Causation in German tort law”, *Unification of tort law: causation*, J. SPIER (ed.), *Principles of European Tort Law*, vol. 4, European Centre of Tort and Insurance Law, Kluwer Law International, London, Boston, 2000, p. 63 e ss.

— (ed.), *Unification of tort law: damages*, Kluwer Law International, Great Britain, 2001

— „Multiple tortfeasors under German Law“, *Unification of Tort Law: Multiple Tortfeasors*, Rogers (ed.), *Principles of European Tort Law*, 9, European Center of Tort and Insurance Law Research, Kluwer, 2004, p. +++

— “Remarks on Psychic Causation”, *European Tort Law, Liber amicorum for Helmut Koziol*, edited by ULRICH MAGNUS e JAAP SPIER, Peter Lang, Frankfurt am Main, Berlin, Bern, Bruxelles, New York, Oxford, Wien, 2000, p. 169 e ss.

MAGNUS, Ulrich/FEDTKE, Jörg – “Contributory negligence under German Law”, *Unification of Tort Law: contributory negligence, Principles of European Tort Law*, vol. 8, European Centre of Tort and Insurance Law, Kluwer Law International, London, New York, 2004, p. 85 e ss.

MAGNUS, Ulrich/MARTÍN-CASALS (ed.) – *Unification of Tort Law: contributory negligence, Principles of European Tort Law*, vol. 8, European Centre of Tort and Insurance Law, Kluwer Law International, London, New York, 2004

MAGNUS, Ulrich/SPIER, Jaap – *European Tort Law. Liber amicorum for Helmut Koziol*, Peter Lang, Frankfurt am Main, Berlin, Bern, Bruxelles, New York, Oxford, Wien, 2000

MAGNUSSON, Eric – “Statistical proof of causation”, FRECKELTON e MENDELSON (ed.), *Causation in Law and Medicine*, Ashgate, Dartmouth, 2002, p. 399-428

MAIHOFER, Werner – “Anthropologie der Koexistenz”, *Mensch und Recht, Festschrift für Erik Wolf zum 70. Geburtstag*, Vittorio Klostermann Verlag, Frankfurt, 1972, p. 163 e ss.

— *Recht und Sein, Prolegomena zu einer Rechtsontologie*, Vittorio Klostermann Verlag, Frankfurt, 1954

MAJELLO, Ugo – “Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale”, *Fondamento e funzione della responsabilità civile, Atti del Seminario diretto da Buonocore e Majello*, Napoli, 1975, p. 7 e ss.

— “Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale”, *Rassegna diritto civile*, 1988, p. 109 e ss.

MAJO, Adolfo di – “Fatto illecito e danno risarcibile nella prospettiva del diritto europeo”, *Europa e diritto privato*, 1/2006, p. 19-33
— “Il problema del danno al patrimonio”, *Rivista critica diritto privato*, 1984, p. 323 e ss.

MALO, Albert Azagra – *Causalidad tóxica y responsabilidad por cuota de incremento de riesgo*, Barcelona, 2006, www.indret.com

MALONE, Wex – “Ruminations on cause-in-fact”, *Stanford Law Review*, 9, 1956/1957, p. 60 e ss.

MALPAS, Jeff – “Donald Davidson”, *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, www.plato.stanford.edu/archives/spr2008/entries/action, 2008

MANDRIOLI, D. – “Le conseguenze immediate e dirette dell’inadempimento doloso”, *Rivista di Diritto Commercial*, I, 1921, p. 56 e ss.

MARCELINO, Américo – *Acidentes de viação e responsabilidade civil*, Petrony, 10ª edição, 2009

MARCIAL, Alberto Ballarin – “El sistema español en materia de obligaciones solidarias”, *Revista Internacional del Notariado*, año 11, nº41, 1959, p. 16-41

MARCOS, Rui Manuel de Figueiredo – « A fundação do Boletim da Faculdade de Direito e o periodismo jurídico em Coimbra », *Separata do Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*, volume comemorativo, tomo 75, Coimbra, 2002

MARÍN, Rafael Hernandez – “Derecho subjetivo: análisis lógico de un tema de doctrina general del derecho”, *Estudios de Filosofía del Derecho*, Facultad Derecho de la Universidad Complutense, 1983, vol. I, p. 485-520

MARKESINIS, Basil S. – « La perversion des notions de responsabilité civile délictuelle par la pratique de l’assurance », *Revue Internationale de Droit Comparé*, 35^e année, nº2, avril-juin 1983, p. 301 a 317

— *The German Law of Obligations*, vol. II, *The Law of Torts : A comparative introduction*, 3rd. Edition, Clarendon Press, Oxford, 1997

— « La Politique Jurisprudentielle et la Réparation du Préjudice Économique en Angleterre : une approche comparative », *Revue Internationale de Droit Comparé*, 35^{eme} année, nº1, Janvier-Mars 1983, p. 31 a 50

— “Réflexions d’un comparatiste anglais sur et à partir de l’arrêt Perruche”, *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 2001, p. 77 e ss.

MARKESINIS, Basil S./UNBERATH, Hannes – *The German Law of Torts. A comparative treatise*, 4th edition, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2002

MARKESINIS, Basil S./ JOHNSTON, Agnus /DEAKIN, Simon – *Markesinis and Deakin’s Tort Law*, 5th edition, Clarendon Press, Oxford, 2003

MARQUES, Mário Reis – *Introdução ao Direito*, volume I, 2ª edição, Almedina, Coimbra, 2007

— *Grandes linhas de evolução do pensamento e da filosofia jurídicas*, Universidade Internacional da Figueira da Foz, Centro de Estudos Interdisciplinares do Século XX

— «O liberalismo e a codificação do Direito Civil em Portugal», *Boletim da Faculdade de Direito*, supl. XXIX, 1986, p. 1 a 256

MARTEAU, Pierre – *La notion de causalité dans la responsabilité civile*, Aix, Marseilles, 1913

MARTÍNEZ, Juan Antonio Moreno – *Perfiles de la responsabilidad civil en el nuevo milenio*, Dykinson, Madrid, 2000

MARTINEZ, Pedro Romano – *Cumprimento defeituoso, em especial na compra e venda e na empreitada*, Coimbra, 1994

— *Direito das Obrigações. Apontamentos*, 2ª ed., AAFDL, Lisboa, 2004

— “Responsabilidade civil em direito do trabalho”, *Estudos em honra de Ruy de Albuquerque*, vol. I, Coimbra Editora, Coimbra, 2006, p. 599 a 652

MARTINEZ, Pedro Soares – *Textos de Filosofia do Direito*, vol. I, Almedina, Coimbra, 2006 (reimpressão da edição de 1993)

— *Textos de Filosofia do Direito*, vol. II, Almedina, Coimbra, 1995

MARTÍN-CASALS, Miquel– (ed.) *Children in tort law, I, Children as tortfeasores, Tort Law and Insurance*, vol. 17, Springer, Wien/New York, 2006

MARTÍN-CASALS, Miquel/FELIU, Josep Sole – *Responsabilidad civil por la privación de la posibilidad de abortar (wrongful birth). Comentario a la STS, 1ª, 18.12.2003*, Barcelona, 2004, www.indret.com

MARTÍN-CASALS, Miquel/SOLÉ, Josep – “Multiple Tortfeasors under Spanish Law”, *Unification of Tort Law: Multiple Tortfeasores*, Rogers (ed.), *Principles of European Tort Law*, 9, European Center of Tort and Insurance Law Research, Kluwer, 2004, p. 192 e ss.

MARTINS-COSTA, Judith – “Bioética e dignidade da pessoa humana: rumo à construção do biodireito”, *Estudos de Direito da Bioética*, vol. 2, Almedina, Coimbra, 2008, p. 87 e ss.

MARTY, Gabriel – «La relation de cause à effet comme condition de la responsabilité civile (Étude comparative des conceptions allemande, anglaise et française)», *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 1939, p. 685 e ss.

— “L’influence de la faute et du fait de la victime sur la responsabilité civile en droit comparé”, *Mélanges de droit comparé en l’honneur du doyen Ake Malmström*, Norstedt & Sönners, 1972, p. 177 e ss.

MARZIO, Mauro di– “Terramoto nella giurisprudenza sul nesso di causalità”, *Persona e danno*, in

www.personaedanno.it/site/sez.browse1.php.camo1=&campo2=204d&browse_id=8360

MÄSCH, Gerald – *Chancen und Schaden. Zur Dienstleisterhaftung bei unaufklärbaren Kausalverläufen*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2004

MASON, Keith – “Fault, Causation and Responsibility: is tort law an instrument of corrective justice?”, FRECKELTON e MENDELSON (ed.), *Causation in Law and Medicine*, Ashgate, Dartmouth, 2002, p. 138-151

MASSETTO – “Responsabilità extracontrattuale (Diritto intermedio)”, *Enciclopedia del Diritto*, XXXIX, Milano, 1988, p. 1099 e ss.

MATAJA, Vitor – *Das Recht des Schadenersatzes vom Standpunkte der Nationalökonomie*, Leipzig, 1888

MATTEIS, Raffaella de – “Danno biologico e patrimonialità della lesione: due sentenze a confronto”, *Giurisprudenza Italiana*, 1985, p. 1194 e ss.

MATOS, Filipe Albuquerque – “O contrato de seguro obrigatório de responsabilidade civil automóvel”, *Boletim da Faculdade de Direito*, nº77, 2001, p. 377 e ss.

MAYER, D. – “La garde en commun”, *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 1974, p. 197 e ss.

MAZEAUD, Henri – « La faute objective et la responsabilité sans faute », *Recueil Dalloz*, année 1985, p. 13-14

— “Essai de classification des obligations: obligations contractuelles et extracontractuelles; obligations déterminées et obligation générale de prudence et diligence”, *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, tome 35, 1936, p. 1 e ss.

MAZEAUD, Henri/MAZEAUD, Léon/TUNC, André – *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile*, t. I, 6ª edição, Montchrestien, Paris, 1965

MAZEAUD, Henri/MAZEAUD, Léon/MAZEAUD, Jean – *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile, délictuelle et contractuelle*, t. II, 6ª edição, Montchrestien, 1970

MAZEAUD, Henri/MAZEAUD, Léon/MAZEAUD, Jean/CHABAS, François – *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile*, t. III/1, 6ª edição, Montchrestien, Paris, 1978

— *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile*, t. III/2, 6ª edição, Montchrestien, Paris, 1983

MAZEAUD, Léon – « Obligation *in solidum* et solidarité entre codébiteurs délictuels », *Revue Critique de Législation et Jurisprudence*, 1930, p. 149-176.

MAZEAUD, Henri/MAZEAUD, Léon/MAZEAUD, Jean/CHABAS, François – *Leçons de droit civil*, tome II, vol. 1º, *Obligations, Théorie Générale*, 9ª edição, Montchrestien, Paris, 1998

MCBRIDE, Nicholas J. – “Duties of care – do they really exist?”, *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 24, nº3, 2004, p. 417-441

MEDER, Stephan – “Risiko als Kriterium der Schadensverteilung”, *Juristenzeitung*, 48, Heft 11, p. 539 e ss.

— “Höhere Gewalt as Entlastungsgrund – ein Beispiel für die Konvergenz zweier Haftungsprinzipien”, *Juristenzeitung*, 49, Heft 10, 1994, p. 485 e ss.

MEDICUS, Dieter – „Zur Verantwortlichkeit des Geschädigten für seine Hilfspersonen“, *Neue Juristische Wochenschrift*, 15. Jahrgang, 1962, p. 2081-2086

— *Bürgerliches Recht*, 21 Auflage, Carl Heymanns Verlag, Köln, Berlin, München, 2007

— „Gefährdungshaftung im Zivilrecht“, *Jura*, 1996, p. 561 e ss.

— *Grundwissen zum Bürgerlichen Recht. Ein Basisbuch zu den Anspruchsgrundlagen*, 8. Auflage, Carl Heymanns Verlag, Köln, München, 2008

— “Normative Schaden”, *Juristische Schulung*, 1979, p. 233 e ss.

— *Id quod interest. Studien zum römischen Recht des Schadensersatzanspruches*, Köln, 1962

— *Unmittelbarer und mittelbarer Schaden*, C.F. Müller, Heidelberg, 1977

— “Zum Schutzzweck sachdensabwehrender Pflichten oder Obliegenheiten”, *Festschrift für Hubert Niederländer zum siebzigsten Geburtstag am 10. Februar 1991*, Heidelberg, 1991, p. 329 e ss.

MEDICUS, Dieter/LORENZ, Stephan – *Schuldrecht*, Band I, *Allgemeiner Teil*, 19 Auflage, C. H. Beck, 2010

— *Schuldrecht*, Band II, *Besonderer Teil*, 15 neu bearbeitete Auflage, C. H. Beck, 2010

MEHRING, Thomas – *Beteiligung und Rechtswidrigkeit bei § 830 I 2 BGB. Zugleich ein Betraig zur Behandlung der Fälle von Anteilszweifeln und Opfermehrheiten*, Duncker und Humblot, Berlin, 2003

MEILHAC-REDON, Gaëlle – « French Case note on Hoge Raad, Judgmente of 22 February 2002 – On compensation for psychiatric injury and emotional distress suffered by close relatives », *European Review of Private Law*, 3/2003, p. 441-448

MELLO, Alberto de Sá e – “Critérios de apreciação da culpa na responsabilidade civil (Breve anotação ao regime do código)”, *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 49, 1989, p. 519 a 542

MENDES, Armindo Ribeiro – *A gestão de negócios no direito civil*, Lisboa, 1971

MENDES, João Castro – “Do conceito jurídico de prejuízo”, *separata do jornal do Fôro*, Lisboa, 1953

— *Do conceito de prova em processo civil*, Edições Ática, Lisboa, 1961

— *Teoria Geral do Direito Civil*, vol. I, AAFDL, reimpressão, 1998

— *Teoria Geral do Direito Civil*, vol. II, AAFDL, reimpressão, 1999

MENGONI, Luigi – « Obbligazioni di risultato e obbligazioni di mezzi », *Rivista diritto commerciale*, 1954, I

MENZIES, Peter – « Counterfactual theories of causation », *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, www.plato.stanford.edu/entries/causation-counterfactual

MERRITT, Deborah Jone/ BARRY, Kathryn Ann – « Is the tort system in crisis ? New empirical evidence », *Ohio State Law Journal*, vol. 60, n°2, 1999, p. 315 e ss.

MERTENS, Hans-Joachim – *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 3, 2. Halbband*, 2. Auflage, München, 1986

— “Verkehrspflichten und Deliktsrecht – Gedanken zu einer Dogmatik der Verkehrspflichtungsverletzung”, *Versicherungsrecht*, 1980, p. 397 e ss., p. 397-405

— *Der Begriff des Vermögensschadens im Bürgerlichen Recht*, W. Kohlhammer, Stuttgart, 1967

— “Deliktsrecht und Sonderprivatrecht – Zur Rechtsortbildung des deliktischen Schutzes von Vermögensinteressen”, *Archiv für die civilistische Praxis*, 178, 1979, p. 228 e ss.

MESQUITA, Henrique – *Obrigações reais e ónus reais*, Almedina, Coimbra, 1997

MESSER, Herbert – “Haftungseinheit und Mitverschulden”, *Juristenzeitung*, 34, Heft 11/12, 1979, p. 385 e ss.

MESSINETI, D. – “Personalità (diritti della)”, *Enciclopedia del Diritto*, XXXIII, Milano, 1983, p. 393 e ss.

MEURISSE, R. – « Le déclin de l’obligation in solidum », *Recueil Dalloz*, chr. 243

METTETAL, Anne – “L’obligation de modérer le préjudice en droit privé français”, *Revue de la Recherche Juridique, Droit Prospectif*, 2005, p. 1889 e ss

MEZGER – *Tratado de Derecho Penal* (tradução espanhola), Madrid, 1946

MICELI, Thomas/SEGERSON, Kathleen – “Joint liability in Torts: Marginal and Inframarginal Efficiency”, *Review of Law and Economics*, 11, 1991, p. 235 e ss.

MICHALOWSKA, Katarzyna – “Polish Case note on Hoge Raad, Judgmente of 22 February 2002 – On compensation for psychiatric injury and emotional distress suffered by close relatives”, *European Review of Private Law*, 3/2003, p. 472-476

MICHELI, Gian Antonio – *L’onere della prova*, Cedam, Padova, 1942

MICHELMANN, F. – “Justification and the justifiability of law in a contradictory world”, *Nomos*, vol. XVIII, 1986, p. 71 e ss.

MILL, John Stuart – *A system of logic: ratiocinative and inductive*, John W. Parker, London, 1843

— *Sobre a liberdade*, Edições 70, Lisboa, 2006

MILLER – “Judicial Approaches to contested causation: Fairchild v. Glehaven Funeral Services in Context”, *Law, Probability and Risk*, 2002, p. 119 e ss.

MOMIGLIANO, Walter – « Il risarcimento del danno extracontrattuale cagionato da persona priva di discernimento », *Rivista di Diritto Civile*, anno XXIX, 1937, p. 193 a 255

MONATERI, Pier Giuseppe – “*La responsabilità civile. Trattato di diritto civile* (R. Sacco), Torino, 1998

— “Risultati e regole. Un’analisi giuridica dell’analisi economica del diritto”, *Rivista Critica del Diritto Privato*, ano XIII, 4, 1995, p. 605 a 619

— “Nesso causale e determinazione della responsabilità”, *Responsabilità civile e previdenza*, 1983, p. 456 a 460

— “I mass tort: dalla rc al contratto politico”, *Responsabilità civile e previdenza*, 1/2003, p. 13 e ss.

— « Gli usi e la ratio della dottrina della compensatio lucri cum damno. È possibile trovarne un senso ? », *Quadrimestre*, 1990, p. 377 e ss.

MONCADA, Cabral de – “Recensão a Carlos Cossio, Teoria de la Verdad Juridica, Editorial Losada, Buenos Aires”, 1954, *Boletim da Faculdade de Direito*, vol. XXX, 1954, p. 410 a 420

— *Filosofia do Direito e do Estado*, Coimbra Editora, Coimbra, 1995

— *Lições de Direito Civil*, 1º volume, 3ª edição, Atlântida, Coimbra, 1959

MONIZ, Ana Raquel – “Aspectos processuais da responsabilidade médica: as questões colocadas pelos Hospitais S.A. quanto ao âmbito da justiça administrativa”, *Separata de Responsabilidade Civil dos Médicos*, Coimbra Editora, 2005, p. 320 e 321

— *Responsabilidade civil extracontratual por danos resultantes da prestação de cuidados de saúde: o acesso à justiça administrativa*, Coimbra Editora, Coimbra, p. 36 e ss.

MONNOSI, Alberto – “Prova dell’inadempimento e liquidazione del danno”, *Responsabilità civile e previdenza*, 2000, p. 1025-1044

MONTANIER, Jean-Claude – *L’incidence des prédispositions de la victime sur la causalité du dommage*, Thèse Grenoble, 1987

MONTE, Mário Ferreira – “Da reparação penal como consequência jurídica autónoma do crime”, *Liber discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*, Coimbra Editora, Coimbra, 2003, p. 129-155

MONTEIRO, António Joaquim de Matos Pinto – “Direito a não nascer? Anotação ao acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 19.6.200”, *Revista de Legislação e Jurisprudência*, ano 134, p. 377 e ss.

— *Cláusula Penal e indemnização*, Almedina, Coimbra, 1999

— *Cláusulas Limitativas e de Exclusão da Responsabilidade Civil*, Almedina, Coimbra, 2003

— “Sobre a reparação dos danos morais”, *Revista Portuguesa do Dano Corporal*, ano 1, nº1, 1992, p. 17 e ss.

MONTEIRO, António Pinto, SANTOS, Luís Cassiano e MAIA, Pedro – *Relatório sobre a implementação da directiva comunitária sobre a segurança geral dos produtos em*

Portugal e a sua transposição para o ordenamento jurídico interno, http://europa.eu.int/comm/dgs/health_consumer/library/surveys/13_14_en.pdf

MONTEIRO, Fernando Pinto – “Direito à não existência”, *Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da Reforma de 1977 II, A parte geral do código e a teoria geral do direito civil*, Coimbra, 2006, p. 131 e ss.

MONTEIRO, Jorge Sinde – *Estudos sobre a responsabilidade civil*, Almedina, Coimbra, 1983

- “Recensão da Obra de Michael Will, Quellen Erhoehter Gefahr”, *Revista de Direito e Economia*, ano X-XI, 1984-1985, p. 443 a 447
- *Responsabilidade por conselhos, recomendações ou informações*, Almedina, Coimbra, 1989
- “Dano corporal (um roteiro do direito português)”, *Revista de Direito e Economia*, 15, 1989, p. 367 e ss.
- *Reparação dos danos em acidentes de trânsito (um estudo de direito comparado sobre a substituição da responsabilidade civil por um novo seguro de acidentes de trânsito)*, Coimbra, 1974
- “Seguro automóvel obrigatório: direito de regresso”, *Cadernos de Direito Privado*, 2, 2003, p. 29 e ss.
- “Hipóteses Típicas de Responsabilidade Civil”, *Revista da Universidade Moderna*, 1998, p. 1 e ss.
- *Relatório sobre o programa, conteúdo e métodos de uma disciplina de responsabilidade civil (curso de mestrado)*, Coimbra, 2001, policopiado
- “Manuel de Andrade e a influência do BGB sobre o Código Civil Português de 1966”, *Boletim da Faculdade de Direito*, volume comemorativo, Coimbra, 2003, p. 181 a 208.
- “Rudimentos da responsabilidade civil”, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, ano 2º, 2005, p. 349 e ss.
- “Análise económica do direito”, *Boletim da Faculdade de Direito*, vol. LVII, 1981, p. 245-250
- “Protecção dos interesses económicos na responsabilidade civil por dano ambiental”, *A tutela jurídica do meio ambiente: presente e futuro*, Coimbra, 2005, p. 137 e ss.
- “Aspectos particulares da responsabilidade médica”, *Direito da Saúde e da Bioética*, 1991, p. 133 e ss.
- “Sobre uma eventual definição da causalidade nos projectos nacionais europeus de reforma da responsabilidade civil”, *Revista de Direito do Consumidor, Revista dos Tribunais*, vol. 20, nº78, 2011, p. 161-188
- *Définition de la causalité: la causalité dans les projets nationaux*, http://grerca.univ-rennes1.fr/digitalAssets/267/267958_jsmonteiro.pdf

MONTEIRO, Jorge Sinde/PEREIRA, André – “Multiple Tortfeasors under Portuguese Law”, *Unification of Tort Law: Multiple Tortfeasores*, Rogers (ed.), *Principles of European Tort Law*, 9, European Center of Tort and Insurance Law Research, Kluwer, 2004, p. 168 e ss.

MONTEIRO, Jorge Sinde/VELOSO, Maria Manuel – “Fault under Portuguese Law”, P. WIDMER (ed.), *Unification of Tort Law: Fault*, Kluwer Law International, Netherlands, 2005, p. 179 e ss.

— “Portugal”, *Cases on Medical Malpractice in a Comparative Perspective, Tort and Insurance Law*, vol. I, Springer, Wien, New York, 2001, (MICHAEL FAURE e HELMUT KOZIOL, eds.), p. 173 e ss.

MONTÉS, Angel Cristóbal – “Planteamientos generales sobre la vinculación mancomunada o solidaria por acto ilícito común”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, año LXI, 570, 1985, p. 1197-1234

— “La cuestión sobre la mancomunidad o solidaridad de la responsabilidad por acto ilícito común en la jurisprudencia y doctrina españolas”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1985, p. 101-158

MONTIANO, Martín García-Ripoll – *Imputación objetiva, causa próxima y alcance de los daños indemnizables*, Editorial Comares, Granada, 2008

MOORE, Michael S. – “The metaphysics of causal intervening”, *California Law Review*, 88, 2000, p. 853 e ss.

— “Thomson’s preliminaries about causation and rights”, *Chicago-Kent Law Review*, 63, 1987, p. 497-520

— “Caution and the Excuses”, *California Law Review*, n°73, 1985, p. 1091 e ss.

— “For what must we pay? Causation and Counterfactual baselines”, *San Diego Law Review*, vol. 40, 2003, p. 1181 e ss.

— “Causation and Responsibility”, *Social Philosophy & Politics*, vol. 16, 1998, p. 1 e ss.

— *Causation and responsibility*, Oxford University Press, Oxford/New York, 2009

MOREIRA, Guilherme – « *Estudo sobre a responsabilidade civil* », *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, anos 38° e 39°, 1905, 1906 e 1907

— *Instituições do Direito Civil Português*, vol. 1°, *Parte Geral*, Imprensa da Universidade, Coimbra, 1907

— *Instituições do Direito Civil Português*, vol. 2°, *Das Obrigações*, 2ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 1925

MORRIS, William Edward – “David Hume”, *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, www.plato.stanford.edu/archives/win2007/entries/hume

MORSE, Stephen J. – “The moral metaphysics of causation and results”, *California Law Review*, 88, 2000, p. 879 e ss.

MOSCATI – “Pena (diritto privato)”, *Enciclopedia del diritto*, XXII, 770, Milano, 1982

MOSCHETTI, Cesare Maria – « Casus fortuitus, trasporto marittimo e contratto di assicurazione in una frequente controversia del XVII secolo », *Diritto dei trasporti*, I, Istituti di diritti della navigazione, Facoltà di giurisprudenza, Università degli studi “La Sapienza” di Roma, 1989

MOURA, Souto – “O crime de poluição – a propósito do artigo 279º do Projecto de Reforma do Código Penal”, *Revista do Ministério Público*, ano 13, nº50, 1992, p. 24 e ss.

MÜLLER, Christoph – “La solidarité parfaite”, *La pluralité de responsables, Colloque du droit de la responsabilité civile 2007 Université de Fribourg*, Stämpfli Editions SA, Berne, 2009, p. 31

— *La perte d'une chance*, Stämpfli, Bern, 2002

MÜLLER, Max Ludwig – *Die Bedeutung des Kausalzusammenhangs im Straf- und Schadensersatzrecht*, Mohr, Tübingen, 1912

MÜLLER, Tobias - *Wahrscheinlichkeitshaftung von Alternativtättern, Ein Beitrag zur Dogmatik des § 830 BGB*, Peter Lange, Frankfurt am Main, 2001

— “Haftung von Erst- und Zweitschädiger bei ungeklärten Kausalverlauf”, *Neue Juristische Wochenschrift*, 55. Jahrgang, Heft 39, 2002, p. 2841 e ss.

MÜLLER-ERZBACH, Rudolf – “Gefährdungshaftung und Gefahrtragung”, *Archiv für die civilistische Praxis*, Band 106, Heft 3, 1910, p. 309 e ss.; Band 109, 1912, Heft 1/2, p. 1 (“Gefährdungshaftung und Gefahrtragung II. Teil, Die tatsächliche Rechtsentwicklung”)

MÜNZBERG, Wolfgang – *Verhalten und Erfolg als Grundlagen der Rechtswidrigkeit und Haftung*, Klostermann, Frankfurt am Main, 1966

MÚRIAS, Pedro Ferreira – “A responsabilidade por actos de auxiliares e o entendimento dualista da responsabilidade civil”, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, vol. 37, nº1, 1996, p. 171 a 217

— *Por uma distribuição fundamentada do ónus da prova*, Lex, Lisboa, 2000

MURILLO, Sofia de Salas – *Responsabilidad civil e incapacidad*, Tirant lo Blanch, València, 2002

MUSIELAK, Hans-Joachim – “Beweislastverteilung nach Gefahrenbereichen. Eine kritische Betrachtung der Gefahrenkreistheorie des Bundesgerichtshofs”, *Archiv für die civilistische Praxis*, 176, 1976, p. 475 e ss

MUSY, Alberto – “Sicilcasse ed il danno da perdita di una chance”, *Giurisprudenza italiana*, 1994, I, p. 235 e ss.

NADEAU, A. – “Notes sur le lien de causalité et sa preuve dans les actions en responsabilité civile”, *Études juridiques en hommage à M. le Juge Bernard Bissonnette*, PUM, Montreal, 1963, p. 435 e ss.

NAGEL, Thomas – *The view from nowhere*, Oxford University Press, Oxford, 1986

NATOLI, Ugo – “Note preliminari ad una teoria dell’abuso del diritto nell’ordinamento giuridico italiano”, *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, anno XII, nº1, 1958, p. 18-37

NATSCHERADETZ, Karl – “A responsabilidade civil do terceiro cúmplice”, *Revista Jurídica da Associação Académica da Faculdade de Lisboa*, nº5, 1986, p. 36 a 39

NAVARRETTA, Emanuela – “Bilanciamento di interessi costituzionali e regole civilistiche”, *Rivista Critica del Diritto Privato*, anno XVI, 4, 1998, p. 625 e ss.

NEETHLING, Johann – “Element of causation in South Africa Law of Delict”, *Unification of tort law: causation*, J. SPIER (ed.), *Principles of European Tort Law*, vol. 4, European Centre of Tort and Insurance Law, Kluwer Law International, London, Boston, 2000, p. 93 e ss.

— “Delictual liability for psychological lesions in South Africa Law”, *European Tort Law, Liber amicorum for Helmut Koziol*, edited by ULRICH MAGNUS e JAAP SPIER, Peter Lang, Frankfurt am Main, Berlin, Bern, Bruxelles, New York, Oxford, Wien, 2000, p. 209 e ss.

NEUMANN-DUESBERG, Horst – “Einzelprobleme der überholenden Kausalität“, *Juristenzeitung*, 10, 1955, p. 263-267

NEUNER, Robert – „Interesse und Vermögensschaden“, *Archiv für die civilistische Praxis*, 133, 1931, p. 277-314

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

— “O papel do jurista nos nossos tempos”, *Separata do volume XLIV do Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Coimbra, 1968 (também publicado em *Digesta – Ensaios acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da sua Metodologia e outros*, volume I, p. 9 a 50, Coimbra, 1995)

— *Sumário de uma lição síntese sobre “Os princípios jurídicos como dimensão normativa do direito positivo – A superação do positivismo normativista”*, Coimbra, 1976 (policopiado)

— *Textos de Introdução do Estudo do Direito*, Coimbra, 1976, policopiado

— “Nótula a propósito do estudo sobre a responsabilidade civil de Guilherme Moreira”, *Boletim da Faculdade de Direito*, volume LIII, 1977, p. 381 e ss. (também publicado em *Digesta – Ensaios acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da sua Metodologia e outros*, volume I, p. 475 a 482, Coimbra, 1995)

— “Jurisprudência dos Interesses”, *Digesta – Escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros*, vol. II, Coimbra Editora, Coimbra, 1995, p. 215 e ss.

— *A redução política do pensamento metodológico-jurídico*, Coimbra, 1993

— *Metodologia Jurídica – Problemas Fundamentais*, Boletim da Faculdade de Direito, *Studia Iuridica*, Coimbra, 1993

— *O problema actual do direito. Um curso de Filosofia do Direito*, Coimbra-Lisboa, 1994

— « Escola da Exegese », *Digesta – Escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros*, vol. II, Coimbra Editora, Coimbra, 1995, p. 181 a 191

— « Escola Histórica do Direito », *Digesta – Escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros*, vol. II, Coimbra Editora, Coimbra, 1995, p. 203 a 214

- « Os “Elementos de Direito Natural” de Vicente Ferrer Neto Paiva », *Digesta, Escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros*, vol. I, Coimbra Editora, Coimbra, 1995, p. 337 a 342
- “ O Direito como alternativa humana. Notas de reflexão sobre o problema actual do direito”, *Digesta, Escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros* vol. I, Coimbra Editora, Coimbra, 1995, p. 287 a 310
- « Pessoa, Direito e Responsabilidade », *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, nº6, 1996, p. 9 a 43
- « O liberalismo jurídico de Vicente Ferrer de Neto Paiva: terá errado simultaneamente Kant e Krause? », *Studia Iuridica*, 45, p. 195 a 208
- “Interpretação jurídica”, *Digesta, Escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros*, vol. II, p. 337 e ss., Coimbra Editora, Coimbra, 1995
- “A crise actual da filosofia do direito no contexto da crise global da filosofia. Tópicos para a possibilidade de uma reflexiva reabilitação”, *Estudos dedicados ao Prof. Doutor Mário Júlio Almeida Costa*, Universidade Católica Editora, 2002
- *O actual problema metodológico da interpretação jurídica*, Coimbra Editora, Coimbra, 2003
- “O funcionalismo jurídico. Caracterização fundamental e consideração crítica no contexto actual do sentido da juridicidade”, *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, ano 136º, nº3940, p. 3 a 31; nº3941, p. 66 a 86, nº3942, p. 122 a 151.
- *O instituto dos Assentos e a função jurídica dos Supremos Tribunais*, Coimbra, 1983
- “O princípio da legalidade criminal. O seu problema jurídico e o seu critério dogmático”, *Boletim da Faculdade de Direito, Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Eduardo Correia*, 1984, p. 307 e ss. (também publicado em *Digesta – Escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros*, volume 1º, Coimbra Editora, Coimbra, 1995, p. 347 e ss.)
- “As fontes do direito e o problema da positividade jurídica”, *Boletim da Faculdade de Direito*, LI, Coimbra, 1975, p. 116 e ss.
- “O direito interrogado pelo tempo presente na perspectiva do futuro”, *Boletim da Faculdade de Direito*, LXXXIII, 2007, p. 1 e ss.
- *Curso de Introdução ao estudo do Direito*, Coimbra, 1971-1972
- “Entre o legislador a sociedade e o juiz ou entre o sistema, função e problema – os modelos actualmente alternativos da realização jurisdicional do direito”, *Separata do Boletim da Faculdade de Direito*, nº74, 1998, p. 1-44.
- *O “jurisprudencialismo” – proposta de uma reconstituição crítica do sentido do direito (inédito)*

NEVES, Ana Rita Castanheira – “O ambiente no direito penal: a acumulação e a acessoriedade”, *Direito Penal hoje. Novos desafios e novas respostas*, Coimbra Editora, Coimbra, 2009, p. 291 e ss.

NHA, J. Nguyen Thanh – “L’influence des prédispositions de la victime sur l’obligation à réparation du défendeur à l’action en responsabilité”, *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 1976, p. 1 e ss.

NIEBAUM – “Die Verfolgungsfälle und ihre Wertungskriterien”, *Neue Juristische Wochenschrift*, 76, p. 1673 e ss.

— *Die Deliktische Haftung für fremde Willensbetätigung, Eine Untersuchung vor allem mit Blick auf die Reichweite der Verantwortlichkeit für Rechts- oder Rechtsgüterverletzung i. S. d. § 823 I BGB*, Duncker & Humblot, Berlin, 1977

NIEDERLÄNDER, Hubert – “Schadensersatz bei hypothetischen Schadensereignissen”, *Archiv für die civilistische Praxis*, 153, 1954, p. 41-80

— “Rezension Knappe: Das Problem der überholenden Kausalität”, *Archiv für die civilistische Praxis*, 153, 1954, p. 472 e ss.

— „Hypothetische Schadensereignisse“, *Juristenzeitung*, 14, Heft 20, 1959, p. 617 e ss.

NIETO, Francisco Soto – „La llamada compensacion de culpas“, *Revista de Derecho Privado*, 1968, p. 409 a 427.

NIPPERDEY, Hans Carl – „Grundrechte und Privatrecht“, *Festschrift für E. Molitor zum 75. Geburtstag*, Beck, 1962, p. 31 e ss.

— „Rechtswidrigkeit, Sozialadäquanz, Fahrlässigkeit Schuld im Zivilrecht“, *Neue Juristische Wochenschrift*, 1957, p. 1777 e ss.

NOBRE, Maria Cristina Silva Carneiro – *Direito subjectivo e poder*, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2003

NÖKEL, D. – *Die Rechtsstellung des Nothelfers. Anglo-amerikanisches im Vergleich zum deutschen Recht*, 1968

NÖRR, Dieter – *Causa mortis. Auf den Spuren einer Redewendung*, Beck, München, 1986

— “Kausalitätsprobleme im klassischen römischen Recht: ein theoretischer Versuch Labeos”, *Festschrift für F. Wieacker zum 70. Geburtstag*, Göttingen, 1978, p. 115 e ss.

NØRGAARD, JØrgen/ VAGNER, Henrik – “Dänemark”, *Deliktsrecht in Europa: Landesberichte: Dänemark, England, Frankreich, Griechenland, Italien, Jugoslawien, Niederlande, Norwegen, Österreich, Polen, Portugal, Schweden, Schweiz, Spanien, Türkei*, CHRISTIAN VON BAR (Hrsg.), Carl Heymanns Verlag KG, Berlin, Bonn, München, 1994

NOZICK – *Anarchy State and Utopia*, Basic Books, New York, 1974

NUNES, Manuel Rosário – *O ónus da prova nas acções de responsabilidade civil por actos médicos*, 2ª ed., Almedina, Coimbra, 2007

O’CONNOR, Timothy – “Free will”, *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, www.plato.stanford.edu/archives/spr2006/entries/freewill, 2006

OEVELEN, A. Van – « Existe-t-il un principe général de responsabilité extra-contractuelle du fait des personnes dont on doit répondre ? », *European Review of Private Law*, 1, 1993, p. 229-239

OFTINGER, Karl – *Schweizerisches Haftpflichtrecht*, Band I, *Allgemeiner Teil*, 4. Auflage, Zürich, 1975

OLAFSON, Frederick A. – *Heidegger and the grounds of Ethics. A study of Mitsein*, Cambridge University Press, 1998

OLIPHANT, Ken– (ed.) *Aggregation and Divisibility of Damage*, Tort and Insurance Law, vol. 26, Springer, Wien, New York, 2009

— “La pluralité de responsables en droit anglo-saxon”, www.grerca.univ-rennes1.fr/digitalAssets/267/267959_koliphant.pdf

OLIVEIRA, Ana Perestrelo de – *Causalidade e imputação na responsabilidade civil ambiental*, Almedina, Coimbra, 2007

OLIVEIRA, Guilherme Freire Falcão de – “Estrutura jurídica do acto médico, consentimento informado e responsabilidade médica”, *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, ano 125º, nº3815, p. 33-34; nº3816, p. 72-73; nº3819, p. 167 a 170

- “O fim da arte silenciosa – o dever de informação dos médicos”, comunicação apresentada no congresso: Responsabilidade civil: o presente e o futuro, realizado na UC Porto, Abril 1995, *Revista de legislação e de jurisprudência*, 128º ano, Coimbra 1996, p. 70 a 72 e 101 a 104
- “O direito ao diagnóstico pré-natal”, *Temas de direito da medicina*, Coimbra, 1999, p. 214 e ss.

OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto – “Causalidade adequada e previsibilidade. Comentário ao artigo 7.4.4. dos princípios da unidroit e ao artigo 9:503 dos princípios de direito europeu dos contratos”, *Estudos em memória do Professor Doutor António Marques dos Santos*, v. 1, Almedina, Coimbra, 2005, p. 797 e ss. (cf., também, *Estudos sobre o não cumprimento das obrigações*, 2ª edição, Almedina, Coimbra, 2009, cap. V.)

- “Em tema de revogação do artigo 508º do Código Civil – Ac. Do STJ de 13-2-2003, Rev. 4591/02”, *Cadernos de Direito Privado*, nº4, 2003, p. 47 e ss.
- “Sobre o conceito de ilicitude do artigo 483ºCC”, *Separata do Livro dos Estudos em Homenagem a Francisco José Veloso*, Braga, 2002, p. 528 e ss.;
- “O problema da ilicitude das condutas conformes às leis de protecção do ambiente. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 17.1.2002, Rev. 4140/01”, *Cadernos de Direito Privado*, nº12, Outubro/Dezembro, 2005, p. 13-20
- *O direito geral de personalidade e a solução do dissentimento*, Coimbra Editora, Coimbra, 2002
- “Deveres de protecção em relações obrigacionais”, *Scientia Iuridica*, tomo LII, nº297, 2003, p. 495 e ss.

ONDEI, Emilio – “Il fatto illecito del non imputabile”, *Giurisprudenza costituzionale e civile, Il Foro Italiano*, vol. LXXXVII, Parte I, p. 1546 a 1553

- “Nota sulla responsabilità civile dei non imputabili”, *Rivista di Diritto Civile*, anno XI, 1965, p. 462 a 471

OWEN, David G. – “Why philosophy matters to tort law?”, *Philosophical Foundations of Tort Law* (DAVID G. OWEN ed.), Clarendon Press, Oxford, 1996, p. 1 a 27.

- “The moral foundations of punitive damages”, *Alabama Law Review*, 40, 1989, p. 705 e ss.
- “Philosophical Foundations of Fault in Tort Law”, *Philosophical foundations of tort law*, DAVID G. OWEN ed., Clarendon Press, Oxford, 1996, p. 201 a 227.
- (ed.), *Philosophical Foundations of Tort Law*, Clarendon Paperbacks, Oxford, 1996

PAIVA, Vicente Ferrer Neto – *Reflexões sobre os sete primeiros títulos do livro único da parte I do Projecto do Código Civil Portuguez do Sr. António Luiz de Seabra por Vicente Ferrer de Neto Paiva*, Imprensa da Universidade, Coimbra, 1859

— *Elementos de Direito Natural*, Coimbra, 6ª Edição, 1883

PALANDT, Otto – *Bürgerliches Gesetzbuch*, 69 Aufl., Beck, München, 2010

PARDOLESI, Roberto – “Analisi economica del diritto”, *Digesto delle discipline privatistiche, Sezione Civile*, I, Torino, 1987, p. 309 a 320

PARISI, Francesco – “The génesis of liability in ancient law”, *American Law and Economics Review*, vol. 3, n°1, 2001 (www.ssrn.com/abstract_id=229692 / http://www.law.gmu.edu/assets/files/publications/working_papers/00-27.pdf)

PARISI, Francesco/DARI-MATTIACCI, Giuseppe – “The economics of tort law: a précis”, *The Elgar Companion to Law and Economics*, Edward Elgar Publishing, 2nd edition, 2006, www.ssrn.com/paper=458701

PARISI, Francesco e FON, Vincy – “Causalità concorrente”, *Danno e responsabilità, Problemi di responsabilità civile e assicurazioni*, ano XI, Luglio 2006, p. 701 a 712

— “Causation and responsibility: the compensation principle from Grotius to Calabresi”, *Law and Economics Working Paper Series, George Mason University School of Law*, www.ssrn.com/abstract_id=586618 (também publicado em *Maryland Law Review*, vol. 64, n°1, 2005, p. 108-135)

— “Comparative causation”, *American Law and Economics Review*, vol. 6, n°2, 2004, www.ssrn.com/abstract_id=293575

PARISI, Francesco/FREZZA, Giampaolo – “La responsabilità stocastica”, *Responsabilità civile e previdenza*, vol. LXIII, n°3, 1998, p. 825 e ss.

PARTISANI, Renato – “Lesione di un interesse legittimo e danno risarcibile: la perdita della chance”, *Responsabilità civile e Previdenza*, 2000, p. 566 e ss

PASA, Barbara – “Italian Case note on Hoge Raad, Judgmente of 22 February 2002 – On compensation for psychiatric injury and emotional distress suffered by close relatives”, *European Review of Private Law*, 3/2003, p. 448-460

PASTOR, Maria Isabel – *O nexo de imputação como elemento da responsabilidade civil no direito civil português*, Faculdade de Direito da Universidade Clássica de Lisboa, 1985, policopiado

PATTI, Salvatore – “Ripartizione dell’onere, probabilità e verosimiglianza nella prova del danno da prodotto”, *Rivista di Diritto Civile*, 1990, p. 705 e ss.

- “La responsabilità degli amministratori: il nesso causale”, *Responsabilità civil e previdenza*, n°3, 2002, p. 601 a 697
- PAWLOWSKY – *Der prima-facie-Beweis bei Schadensersatzansprüchen aus Delikt und Vertrag*, 1966.
- PEDRO, Rute Teixeira – *A responsabilidade civil do médico. Reflexões sobre a noção de perda de chance e a tutela do doente lesado*, Coimbra Editora, Coimbra, 2008
- PEÑA, Luzón – “Causalidad e imputación objetiva como categorías distintas dentro del injusto”, *Actualidad Jurídica*, 1981, p. 78 e ss.
- PENNEAU, Jean – “La Réforme de la Responsabilité Médicale: Responsabilité ou Assurance”, *Revue Internationale de Droit Comparé*, vol. 2, 1990, p. 525 e ss.
- “Cour de Cassation, 1^{re} Ch. Civ. 8 janvier et 27 mars 1985”, *Recueil Dalloz*, année 1986, p. 390 e ss.
- “Cour de Cassation 1^{re} Ch. Civ., 27 mars 1973”, *Recueil Dalloz*, année 1973, p. 595 e ss.
- *La responsabilité du médecin*, Dalloz, Paris, 1992
- PENNEAU, M. – “La perte de chance. Dommage aléatoire, un préjudice aléatoire d’un dommage certain”, *Revue Française du Dommage Corporel*, 1997, p. 11 e ss.
- PENNER, J.E. – *The idea of property in law*, Clarendon Press, Oxford, 1997
- “The analysis of rights”, *Ratio Juris*, vol. 10, n°3. 1991, p. 300 a 315
- PEREIRA, ANDRÉ DIAS – *O consentimento informado na relação médico-paciente*, Coimbra, 2004
- “Responsabilidade médica e consentimento informado. O ónus da prova e o nexo de causalidade”, *Conferência apresentada no Centro de Estudos Jurídicos e Judiciários da Região Administrativa Especial de Macau*.
- PEREIRA, Miguel Baptista – « Idade Científico-técnica e filosofia da responsabilidade », *sep. De Igreja e Missão*, 1988, p. 139-141
- PEREIRA, Rui Fillipe Soares – *Direito subjectivo ou tutela objectiva de interesses? Cavalos de Tróia e Ornitorrinco Jurídicos*, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2003
- PERELMAN, Chaïm – *Ética e Direito*, tradução de JOÃO DUARTE, Instituto Piaget, 1990
- PERELMAN, Chaïm/ OLBRECHTS-TYLECA, Lucie – *Tratado de argumentação*, Instituto Piaget, Lisboa, 2007
- PERRY, Ronen – “Relational economic loss: an integrated economics justification for the exclusionary rule”, *Rutgers Law Review*, vol. 56:3, p. 715 e ss.
- PERRY, Stephen R. – “Tort Law”, *A companion to philosophy of law and legal theory* (ed. DENNIS PATTERSON), Blackwell Publishing, 1996, p. 57 a 79

- “Risk, harm and responsibility”, *Philosophical Foundations of Tort Law*, DAVID G. OWEN (ed.), Clarendon Press, Oxford, 1997, p. 321 e ss.
- “The impossibility of general strict liability”, *Journal of Product Liability*, 1989, p. 383 e ss.
- “Loss, Agency and Responsibility for Outcomes: three conceptions of corrective justice”, *Tort Theory*, KEN COOPER-STEPHENSON e ELAINE GIBSON, eds., Captus University Publications, 1993
- “Two models of legal principles”, *Iowa Law Review*, 82, 1997, p. 787-819
- “Responsibility for outcomes, risk and the law of torts”, G. POSTEMA (ed.), *Philosophy and the law of torts*, Cambridge University Press, Cambridge, 2001, p. 72 e ss.
- “The moral foundations of tort law”, *Iowa Law Review*, 77, 1992, p. 449-514
- “Honoré on responsibility for outcomes”, *Relating to responsibility. Essays for Tony Honoré on his eightieth birthday*, PETER CANE and JOHN GARDNER (ed.), Portland Oregon, Oxford, 2001, p. 60 e ss.
- “Harm, History and Counterfactuals”, *San Diego Law Review*, 40, 2003, p. 1283 e ss.

PESCHKA, Vilmos – “The removal of ethical and moral content from tort liability”, *Acta Juridica Hungarica*, Budapest, 2001, p. 133 a 148

PETRELLI, Patrizia – “La responsabilità civile dell’infermo di mente nell’ordinamento francese”, *Rivista di Diritto Civile*, anno XXXVII, n°1, 1991, p. 77 a 97

PETTIT, Philip – “The capacity to have done otherwise: an agent-centred view”, *Relating to responsibility, Essays in honour of Tony Honoré on his 80th Birthday* (edited by PETER CANE e JOHN GARDNER), Portland Oregon, Oxford, 2001, p. 21 e ss.

PICKER Eduard – “Positive Forderungsverletzung und culpa in contrahendo. Zur Problematik der Haftungen zwischen Vertrag und Delikt”, *Archiv für die civilistische Praxis*, 183, 1983, p. 465 e ss.

- « Vertragliche und deliktische Schadenshaftung/Überlegungen zu einer Neustrukturierung der Haftungssysteme », *Juristenzeitung*, 1987, p. 1041-1058.
- “Schadensersatz für das unerwünschte Kind”, *Archiv für die civilistische Praxis*, 195, Heft 6, 1995, p. 483 e ss.

PIERRE, Philippe – “Les présomptions relatives à la causalité”, *Les distorsions du lien de causalité en droit de la responsabilité civile*, *Revue Lamy Droit Civil*, 2007/40, n°2634, p. 41 e ss.

PIMONT, S. – “Remarques complémentaires sur le devoir de minimiser son propre dommage”, *Revue Lamy Droit Civil*, n°9, 2004, p. 15 e ss.

PINORI, Alessandra – “Prevedibilità del danno”, *Rivista di diritto civile II*, 1994, p. 139-149

- “Il principio generale della riparazione integrale dei danni”, *Contratto e impresa*, 3, 14° anno, 1998, p. 1144-1169

PINTO, Carlos Alberto da Mota – *Cessão da Posição Contratual*, Atlântida Editora, Coimbra, 1970

— *Teoria Geral do Direito Civil*, 4ª edição por PINTO MONTEIRO e PAULO MOTA PINTO, Coimbra Editora, Coimbra, 2005

PINTO, Paulo Mota – *Interesse contratual negativo e interesse contratual positivo*, volume I e II, Coimbra, Coimbra Editora, 2008

— “Sobre condição e causa na responsabilidade civil (nota a propósito do problema da causalidade da causa virtual”, *Ars Iudicandi – Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor António Castanheira Neves*, Coimbra Editora, Coimbra, 2008

— “O dano da privação do uso”, *Estudos de direito do consumidor*, nº8, 2006/2007, p. 229 e ss.

— “Indemnização em caso de nascimento indevido e de vida indevida (“wrongful birth” e “wrongful life””, *Revista Lex Medicinæ, Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, ano 4, nº7, Coimbra Editora, Coimbra, p. 5 a 25

PITTARO, Paolo – “Il nesso di causalità tra civile e penale, com influenze esterofile”, *Persona e danno*, 2007, www.personaedanno.it/cms/data/articoli/008670.aspx

PLANIOL, Marcel – *Traité élémentaire de droit civil*, Paris, 1904 (vol. 1: *Principes généraux: personnes-bien*, 5ª edição refundida e completada por GEORGES RIPERT e JEAN BOULANGER, Librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris, 1950; vol. 2: *Obligations - contrats: suretés réelles*, 4. edição por GEORGES RIPERT e JEAN BOULANGER, 1952; vol. 3: *Regimes matrimoniaux: successions – libéralités*, 4ª edição, 1951)

PLANIOL, Marcel/RIPERT, Georges – *Traité pratique de droit civil français*, LGDJ, Paris (vol. VI, por PAUL ESMEIN – *Obligations*, 1952 ; vol. VII, por PAUL ESMEIN, JEAN RADOUANT e GABRIEL GABOLDE – *Obligations*, 2^e. partie – 1954)

POLINSKY, A. Mitchell – “Economic analysis as a potentially defective product: a buyer’s guide to Posner’s economic analysis of law”, *Harvard Law Review*, vol. 87, 1973-1974, p. 1655-1681

POMAR, Fernando Gómez – “Carga de la prueba y responsabilidad objetiva”, *Indret*, 1/2001 (www.indret.com)

POMAREDE, Matthieu – « Les régimes particuliers de responsabilité civile, ces oubliés de l’avant-projet Catala », *Recueil Dalloz*, 2006, nº35, p. 2420 a 2426

POMBO, Eugenio Llamas – *Prueba de la culpa medica en derecho español*, Salamanca, 2001 (policopiado)

POMEROY, Jeremy – “Reason, Religion and Avoidable Consequences: When Faith and the Duty to Mitigate Collide”, *The New York University Law Review*, 1992, p. 1111 e ss.

PONZANELLI, Giulio – *La responsabilità civile. Tredici variazioni sul tema*, CEDAM, Milano, 2002

— *La responsabilità civile. Profilli di diritto comparato*, Il Mulino, Bologna, 1992

- “Il resarcimento del danno meramente patrimonial”, *Danno e responsabilità*, 1998, p. 729 e ss.
- “Il punitive damages nell’esperienza nordamericana”, *Rivista di diritto civile*, anno XXIX, 1983, p. 483 e ss.
- “Pallino anónimo, ovvero attività pericolosa con responsabile ignoto e problemi di welfare state”, *Foro Italiano*, n°79, 1992, 1348 e ss.

PORAT, Ariel/STEIN, Alex – “Liability for future harm”, *Perspectives on causation* (RICHARD S. GOLDBERG, ed.), Hart Publishing, Julho 2011

- *Tort liability under uncertainty*, Oxford University Press, New York, 2001
- “Indeterminate causation and apportionment of damage: an essay on Holtby, Allen and Fairchild”, *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 23, n°4, 2003, p. 667-702
- „Liability for uncertainty: Making evidential damage actionable“, *Cardozo Law Review*, n°18, 1997, p. 1891 e ss.

PORCHY, Stéphanie – “Lien causal, préjudices réparables et non-respect de la volonté du patient”, *Recueil Dalloz*, année 1998, p. 379 e ss.

PORTALIS, Frédéric – *Essai sur l’utilité de la Codification*, Libraire de la Cour de Cassation, 1844

PORTALIS, Jean Etienne Marie – *Discours, Rapports et Travaux Inédits sur le Code Civil*, Libraire de la Cour de Cassation, Paris, 1844

POSNER, Richard – “Wealth maximization and Tort Law: a Philosophical Inquiry”, *Philosophical Foundations of Tort Law*, DAVID G. OWEN ed., Clarendon Press, Oxford, 1996, p. 99 e ss.

- “The concept of corrective justice in recent theories of tort law”, *Journal of Legal Studies*, n° 10, 1981, p. 187-194

POSNER, Richard A. e LANDES, William, M. – *The economic structure of tort law*, Harvard University Press, United States of America, 1987

- “Causation in tort law: an economic approach”, *Journal of Legal Studies*, 12, 1983, p. 109 e ss.
- “Joint and Multiple Tortfeasors: an economic analysis”, *Journal of Legal Studies*, 9, 1980, p. 517 e ss.

POSTACIOGLU, I. E. – “Faits simultanés et le problème de la responsabilité collective”, *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 1954, p. 438 e ss.

POTHIER, Robert Joseph – *Traité des obligations*, tome I, Bruxelles, 1835

POZZO, Barbara – *Il danno ambientale*, Giuffrè Editore, Milano, 1998

PRAGA, Milagros Otero – « La libertad. Una cuestión de axiología jurídica », *Boletim da Faculdade de Direito*, n°75, 1999, p. 175-197

PRATA, Ana - “Responsabilidade civil: duas ou três dúvidas sobre ela”, *Estudos em comemoração dos cinco anos da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, Coimbra Editora, 2001, p. 345 a 352

PRETTO, Arianna – “English Case note on Hoge Raad, Judgmente of 22 February 2002 – On compensation for psychiatric injury and emotional distress suffered by close relatives”, *European Review of Private Law*, 3/2003, p. 425-432

PRICE, David P. T. – “Causation – The Lords’ Lost Chance?”, *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 38, Part 4, 1989, p. 735 e ss.

PRIEST, Georg L. – “The invention of enterprise liability: a critical history of the intellectual foundations of modern tort law”, *Journal of Legal Studies*, 14, 1985, p. 461 e ss.

— “The modern expansion of torts liability: its sources, its effects, and its reform”, *Journal of economic perspectives*, vol. 5, 1991, p. 31-50

PRIETO, Fernando Pantaleón – “Causalidad e imputación objetiva”, *Centenario del Código Civil II*, ASOCIACIÓN DE PROFESORES DE DERECHO CIVIL, Ceura, Madrid, 1990, p. 1561 e ss.

— “Principles of European Tort Law: Basis of Liability and Defences. A critical view from outside”, *Indret*, 3/2005, Barcelona, 2005, www.indret.com

— “Cómo repensar la responsabilidad civil extracontractual También la de las Administraciones públicas”, *La responsabilidad en el derecho, Anuário de la Faculdade de derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, 4, 2000, p. 167 a 191

— “Comentario ao artículo 1902 del Código Civil”, *Comentario del Código Civil*, MINISTERIO DE JUSTICIA, Madrid, 1991, p. 1987 e ss.

PRINCIGALLI, Annamaria – “Quando é più si che no: perdita di chance como danno risarcibile”, *Il Foro Italiano*, 1986, p. 384 e ss.

PROBST, Thomas – “La solidarité imparfaite”, *La pluralité de responsables, Colloque du droit de la responsabilité civile 2007 Université de Fribourg*, Stämpfli Editions SA, Berne, 2009, p. 51 e ss.

— “La causalité aujourd’hui”, *Les causes du dommage, Journée de la responsabilité civile* (CHRISTINE CHAPPUIS/BÉNÉDICT WINIGER ed.), Genève, Zurich, Bâle, 2007, p. 15 e ss. ([www.privatrechttp.ch/assets/files/test/Probst%20\(causalite\).pdf](http://www.privatrechttp.ch/assets/files/test/Probst%20(causalite).pdf)).

PROENÇA, José Carlos Brandão – *A conduta do lesado como pressuposto e critério de imputação do dano extracontratual*, Almedina, Coleção Teses, Coimbra, 1997

— *Direito das Obrigações – Relatório sobre o programa, o conteúdo e os métodos de ensino da disciplina*, Publ. Universidade Católica, Porto, 2007

— “Balizas Perigosas e responsabilidade civil – Ac. do STJ de 26.2.2006, Proc. 3834/05”, *Cadernos de Direito Privado*, nº17, 2007, p. 32 e ss.

— “Responsabilidade pelo risco do detentor do veículo e conduta do lesado: a lógica do tudo ou nada”, *Cadernos de Direito Privado*, nº7, 2004, p. 19 e ss.

PRÖLSS, Jürgen – *Beweiserleichterungen im Schadensersatzprozess*, Karlsruhe, München 1966

PROSSER, William Lloyd – *Handbook of the Law of Torts*, 4th edition, West Pub. Co, 1971

- “Proximate cause in California”, *California Law Review*, vol. 38, n°3, 1950, p. 369-425
- “Joint torts and several liability”, *California Law Review*, 25, 1937, p. 413 e ss.

PUCELLA, Roberto/SANTIS, Giovanni de – *Il nesso di causalità. Profili giuridici e scientifici*, CEDAM, 2007

PUCHTA, Georg Friedrich – *Lehrbuch der Pandekten*, J.A. Barth, Leipzig, 1838

PUCHTA, George Friedrich/RUDORFF, A. – *Pandekten*, 4. Auflage, Leipzig, 1853

PUFENDORF, Samuel – *De jure naturae et gentium*, Frankfurt e Leipzig, 1759 (tradução de BARBEYRAC – *Le droit de la nature et des gens*, tome I, Basle, 1732; tome II, Basle, 1750)

- *Les devoirs de l’homme et du citoyen*, Bibliothèque de Philosophie Politique et Juridique, Caen, 1984, tradução de BARBEYRAC

PUGLIATTI, Salvatore – “Autoresponsabilità”, *Enciclopedia del diritto*, IV, Giuffrè Editore, 1959, p. 452 a 465

- “Alterum non laedere (Il diritto positivo e le dottrine moderne)”, *Enciclopedia del diritto*, vol. II, Milano, 1958, p. 98-108

PUIG, Santiago Mir – *Introducción a las bases del Derecho Penal*, Bosch, Barcelona, 2001

PUILL, Bernard – « Gravité ou causalité de la faute de la victime en responsabilité civile », *Recueil Dalloz Sirey*, année 1984, p. 58-62

PUPPE, Inceborg – “Die Kausalität der Sorgfaltspflichtverletzung, auch Rechtswidrigkeitszusammenhang genannt”, *Jura*, 1997, p. 513-519

- „Zurechnung bei mehreren Beteiligten“, *Jura*, 1998, p. 21-31

QUEZEL-AMBRUNAZ, Christophe – *Essai sur la causalité en droit de la responsabilité civile*, Dalloz, 2010

- « La causalité dans le droit de la responsabilité civile européenne. Définition de la causalité en droit français », www.greca.univ-rennes1.fr/digitalAssets/267/267952_quezel.pdf.

RAAB, T. – “Die Bedeutung der Verkehrspflichten und ihre systematische Stellung im Deliktsrecht”, *Juristische Schulung*, 2002, p. 1041 e ss.

RABEL – *Das Recht des Warenkaufs*, Bd. I, De Gruyter, Berlin, 1936

RABIN, Robert L. – « The fault of not knowing : a comment », *Stanford Public Law and Legal Theory Working Paper Series, Research Paper n°43*, 2002, www.ssrn.com/abstract_id=334500

RADBRUCH, Gustav – *Die Lehre von der adäquaten Verursachung*, Druck vom G. Reimer, Berlin, 1902

— “Du droit individualiste au droit social”, *Archives de Philosophie du Droit et de Sociologie Juridique*, 1931, n°3-4, p. 387 e ss.

— “La natura delle cose come forma giuridica del pensiero”, *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 21, 1941, p. 145 ss.

— *Der Handlungsbegriff in seiner Bedeutung für das Strafrechtssystem, zugleich ein Beitrag zur Lehre von der rechtswissenschaftlichen Systematik*, Verlag J. Guttentag, 1904

RADIN, Margaret Jane – “Compensation and commensurability”, *Duke Law Journal*, 43, 1993, p. 56-86

RADIŠIĆ, Jakov – “Jugoslawien”, *Deliktsrecht in Europa: Landesberichte: Dänemark, England, Frankreich, Griechenland, Italien, Jugoslawien, Niederlande, Norwegen, Österreich, Polen, Portugal, Schweden, Schweiz, Spanien, Türkei*, CHRISTIAN VON BAR (hrsg.), Carl Heymanns Verlag KG, Berlin, Bonn, München, 1994

RAISCH, Peter – “Zur Begriffsbestimmung der Gesamtschuld”, *Juristenzeitung*, 1965, p. 703 a 708

RAISER, Ludwig – “Der Stand der Lehre vom subjektiver Recht im deutschen Zivilrecht”, *Juristen Zeitung*, 1961, p. 465-473.

RAISER, Thomas – „Adäquanztheorie und Haftung nach dem Schutzzweck der verletzten Norm“, *Juristenzeitung*, 18, Heft 15, 1963, p. 462 e ss.

RAJENDRAN, Ramanan – “Told nervous shock: has the pendulum swung in favour of recovery by television viewers?”, *Deakin Law Review*, 31, 2004 (www.ausflit.edu.au/journals/DeakinLRev/2004/31.html)

RANGEL, Rui Manuel de Freitas – *O ónus da prova no processo civil*, 3ª edição, Almedina, Coimbra, 2006

RAWLS, John – *Uma teoria da justiça*, 2ª ed., Editorial Presença, Lisboa, 2001 (tradução de Carlos Pinto Correia)

REALMONTE, Francesco – *Il problema del rapporto di causalità nel risarcimento del danno*, Giuffrè, Milano, 1967

— “Caso fortuito e forza maggiore”, *Digesto, Sezione Civile*, II, Torino, 1988, p. 250 e ss.

REEVES, Timothy Dylan – “Tort liability for manufacturers of violent video games: a situation discussion of the caution calamity”, *Alabama Law Review*, vol. 60, 2009, p. 541 e ss.

REINHARDT, Rudolf – “Das subjektive Recht im § 823 Abs. 1 BGB”, *Juristenzeitung*, 16, Heft 23/24, 1961, p. 713 e ss.

RESCIGNO, Pietro – *Trattato di Diritto Privato, 14, Obbligazioni e Contratti*, VI, 2^a edição, UTET, Torino, 1995

— “Lo *Schuldrecht* del codice civile tedesco: l’esperienza di un secolo”, *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano, anno LII, n°3, p. 771 a 785

RIBEIRO, Joaquim Sousa – “O ónus da prova da culpa na responsabilidade civil por acidentes de viação”, *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Teixeira Ribeiro*, II, 1979, p. 413 e ss.

RICOEUR, Paul – *O justo ou a essência da justiça*, Instituto Piaget, Éditions Odile Jacob, 1995

— “O conceito de responsabilidade. Ensaio de uma análise semântica”, *O justo ou a essência da justiça*, Instituto Piaget, Éditions Odile Jacob, 1995, p. 37 e ss.

RIES, Gerhard – “Zur Haftung der Nebentäter nach § 830 und § 840 BGB”, *Archiv für die civilistische Praxis*, 177, Heft 6, 1977, p. 543 e ss.

RIPSTEIN, Arthur – *Equality, responsibility and the law*, Cambridge Studies in Philosophy and Law, Cambridge University Press, 1999

— “Tort Law in a Liberal State”, *Journal of Tort Law*, vol. 1, issue 2, article 2, p. 1 e ss.

— “Liberty and equality”, *Ronald Dworkin*, RIPSTEIN (ed.), Cambridge University Press, 2007, p. 82 e ss.

— “The division of responsibility and the law of torts”, *University of Toronto, Faculty of Law, Research Paper 04-02*, www.ssrn.com/abstract=541522

— “Private law and private narratives”, *Relating to responsibility, Essays for Tony Honoré on his eightieth birthday*, PETER CANE and JOHN GARDNER (ed.), Portland Oregon, Oxford, 2001, p. 39 e ss.

— *Justice and Responsibility*, www.ssrn.com/abstract=716201

— “Philosophy of tort law”, *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Legal Philosophy* (JULES COLEMAN and SCOTT SHAPIRO, eds.), Oxford University Press, Oxford, 2002, chapter 17, p. 656 e ss.

RIPSTEIN, Arthur/ZIPURSKY, Benjamin C. – „Corrective Justice in an age of mass torts“, *Philosophy and the law of torts*, GERALD J. POSTEMA (ed.), Cambridge University Press, 2001, p. 214 e ss.

RISS, Olaf – “Hypithetische Kausalität, objektive Berechnung bloßer Vermögensschaden und Ersatz verlorener Prozesschancen”, *Juristische Blätter*, 2004, p. 423-441

RISTOW, Till – *Die psychische Kausalität im Deliktsrecht*, Europäische Hochschulschriften, Peter Lang, Frankfurt am Main, 2003

RITO, Sidónio Pereira – “Elementos da Responsabilidade civil delitual”, *Jornal do foro*, ano 9º, pág. 289 e ss. e ano 10º, p. 31 e ss., 1946

RITTERSPACH, Ben – “Refusal of medical treatment on the basis of religion and an analysis of the duty to mitigate damages under free exercise jurisprudence”, *Ohio Northern University Law Review*, nº25, 1999, p. 381 e ss.

ROBAYE, René – “Remarques sur le concept de faut dans l’interprétation classique de la lex Aquilia”, *Revue Internationale des Droits de l’Antiquité*, tome 38, 1991, p. 333-384

ROBERTSON, David W. – “Causation in the Restatement (Third) of Torts: three arguable mistakes”, *Wake Forest Law Review*, vol. 44, p. 1007 e ss.

ROBINSON, Glen O. – “Multiple causation in tort law: reflections on the DES cases”, *Vanderbilt Law Review*, 68, 1982, p. 713 e ss,

— “Probabilistic causation and compensation of tortious risk”, *Journal of Legal Studies*, 14, 1985, p. 779 e ss

ROCA, D. – “De la dissociation de la réparation et de la répression dans l’action civile exercée devant la juridiction répressive”, *Recueil Dalloz*, 1991, p. 85 e ss.

ROCA, Encarna – *Derecho de daños. Textos y materiales*, 3ª edição, Tirant lo Blanch, Valência, 2000

ROCHA, António Manuel Coelho da – *Instituições de Direito Civil Portuguez I-II*, 8ª Edição, Lisboa, 1917

RÖCKRATH, Luidger – *Kausalität Wahrscheinlichkeit und Haftung: rechtliche und ökonomische Analyse*, C.H. Beck, München, 2004

RÖDIG, J. – *Erfüllung des Tatbestandes des §823 Abs. 1 BGB durch Schutzgesetzverstoss*, 1973

RODOTÀ, Stefano - “Introduzione – La responsabilità civile fra presente e futuro”, *Rivista Critica del Diritto Privato*, anno XVI, 4, 1998

— *Le fonti di integrazioni del contratto*, Giuffrè, Milano, 2004

— *Il problema della responsabilità civile*, Giuffrè, Milano, 1964

RODRIGUES, Álvaro Gomes – “Reflexões em torno da responsabilidade civil dos médicos”, *Revista Direito e Justiça*, XIV, 2000, p. 209

RODRIGUES, Vasco – *Análise económica do direito*, Almedina, Coimbra, 2007

RODRÍGUEZ, José Luís – *Derecho de daños*, Editorial Bosch, Madrid, 1999

ROGERS, W.V.H. – *Winfield and Jolowicz on Torts*, 16th edition, Thomson, Sweet and Maxwell, London, 2002

— “Causation under English Law”, *Unification of Tort Law: causation*, J. SPIER (Ed.), *Principles of European Tort Law*, vol. 4, European Centre of Tort and Insurance Law, Kluwer Law International, London, Boston, 2000, p. 39 e ss.

— “Multiple Tortfeasors under English Law”, *Unification of Tort Law: Multiple Tortfeasores*, Rogers (ed.), *Principles of European Tort Law*, 9, European Center of Tort and Insurance Law Research, Kluwer, 2004, p. 67 e ss.

- “Comparative report on multiple tortfeasors”, *Unification of Tort Law: Multiple Tortfeasores*, Rogers (ed.), *Principles of European Tort Law*, 9, European Center of Tort and Insurance Law Research, Kluwer, 2004
- “Multiple Tortfeasores: questionnaire and cases”, *Unification of Tort Law: Multiple Tortfeasores*, Rogers (ed.), *Principles of European Tort Law*, 9, European Center of Tort and Insurance Law Research, Kluwer, 2004, p. 3 e ss.
- (ed.) *Unification of Tort Law: Multiple Tortfeasores*, Rogers (ed.), *Principles of European Tort Law*, 9, European Center of Tort and Insurance Law Research, Kluwer, 2004
- “Liability for failure to prevent self-inflicted harm: suicide in custody”, *European Tort Law, Liber amicorum for Helmut Koziol*, edited by ULRICH MAGNUS e JAAP SPIER, Peter Lang, Frankfurt am Main, Berlin, Bern, Bruxelles, New York, Oxford, Wien, 2000, p. 237 e ss.

RONCHI, Enzo – “Perdita di chances, nesso causale e danno alla persona risarcibile nella responsabilità per colpa professionale sanitaria: aspetti medico-legali”, *Responsabilità civile e previdenza*, vol. LXV, n°3, 2000, p. 840 e ss.

ROSA, Franca La – “Il valore originário di iniuria nella lex aquilia”, *Labeo, Rassegna di Diritto Romano*, ano 44, n°3, 1998, p. 366 e ss.

ROSA, Giovanni Di – “Linee di tendenza e prospettive in tema di responsabilità del prestatore di servizi”, *Europa e diritto privato*, 3/1999, p. 687-745

ROSA, Manuel Cortes – “A delimitação do prejuízo indemnizável em direito comparado inglês e francês”, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, vol. XIV, p. 337 e ss.

ROSE-ACKERMAN, Susan – “Market-share allocations in tor law: strengths and weaknesses”, *Journal of Legal Studies*, 19, 1990, p. 739-746

ROSENBERG, David – “Mandatory litigation class action: the only option for mass tort cases”, *Harvard Law Review*, vol. 115, 2002, p. 831-897

- “The causal connection in mass exposure cases: a public law vision of the tort system”, *Harvard Law Review*, n°97, 1984, p. 849 e ss.

ROSENBERG/SCHWAB/GOTTWALD – *Zivilprozessrecht*, 16. Auflage, C.H. Beck, München, 2004 (17. Auflage, 2010)

ROSS, Alf – *Diritto e giustizia*, Piccola Biblioteca Einaudi, Giulio Einaudi, Torino, 1965 (título original *On law and justice*, Steven and Sons, Ltd, London, 1958)

ROSSELLO, Carlo – *Il danno evitabile. La misura della responsabilità tra diligenza ed efficienza*, Cedam, Padova, 1990

ROSSI, C. – “Niente risarcimento se non è provato il nesso di causalità”, *Responsabilità civile e previdenza*, 2004, p. 777 a 785

ROSSI, Stefano – “Brevi note a margine in materia di causalità”, *Persona e danno*, 2009, www.personaedanno.it/cms/data/articoli/015051.aspx

ROSTRON, Allen – “Beyond Market-share liability: a theory of proportional share liability for nonfungible products”, *UCLA Law Review*, 52, 2004, p. 151 e ss.

ROTH – “Anspruch auf Rechtsfortsetzung und Mitverschulden”, *Archiv für die civilistische Praxis*, 180, p. 263 e ss.

— “Das selbst gesetzte Risiko als Argument im Schadensrecht – BGHZ 115, 84”, *Juristisch Schulung*, 1993, p. 716 e ss.

ROTHENFUSSER, Christoph – *Kausalität und Nachteil*, Beck, München, 2003

ROTHER, Werner – “Der Begriff der Gefährdung im Schadensrecht”, *Festschrift für Karl Michaelis*, Göttingen, 1972, p. 250 e ss.

— “Adäquanztheorie und Schadensverursachung durch mehrere”, *Neue Juristische Wochenschrift*, 65, p. 177 e ss.

— “Die Begriffe Kausalität, Rechtswidrigkeit und Verschulden in ihrer Beziehung zueinander”, *Festschrift für Karl Larenz zum 80. Geburtstag*, München, 1983, p. 537 e ss.

— “Rezension: Jürgen Hübner, Schadenszurechnung nach Risikosphären”, *Archiv für die civilistische Praxis*, 175, Heft 6, 1975, p. 535 e ss.

ROTTLER, Uwe – *Die Tierhalterhaftung und ihre Begrenzung im deutschen, französischen und englischen Recht.*, Freiburg, 1994

ROUSSOS, Kleanthis – *Schaden und Folgschaden: die systematischen und die Wertungsgrundlagen der Schadenszurechnung*, Carl Heymanns, Köln, 1992

ROXIN, Claus – “*Derecho Penal. Parte General* (tradução espanhola), Tomo I, Editorial Civitas, Madrid, 1997 (tradução espanhola de LUZÓN PEÑA, GARCIA CONLLEDO, VICENTE REMESAL)

— “Gedanken zur Problematik der Zurechnung im Strafrecht”, *Festschrift für Richard Honig*, Verlag Otto Schwartz & Co., Göttingen, 1970, p. 133 e ss.

— “Literaturbericht”, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, n°78, 1966, p. 214 e ss.

— “Pflichtwidrigkeit und Erfolg bei fahrlässigen Delikten”, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, n°74, 1962, p. 411 e ss.

RUDMAN, Stanley – *Concepts of Person and Christian Ethics, New Studies in Christian Ethics*, Cambridge University Press, 1997

RUPELLAN, Caroline – “La perte de chance en droit privé”, *Revue de La Recherche Juridique, Droit Prospectif*, 1999-3, n.XXIV, p. 840 e ss.

RUFFINI, Maria Letizia – “L’equiparazione «fatto dell’incapace-fortuito» como preteso fundamento dell’irrelevanza dl comportamento concorrente dell’incapace danneggiato”, *Rivista di diritto commerciale*, anno LXIV, 1966, p. 131-140

— “Il concorso di colpa e di caso fortuito nella produzione del fatto dannoso”, *Rivista di Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obligazioni*, 1964, p. 39 e ss.

RÜMELIN, Gustav – “Culpahaftung und Causalhaftung”, *Archiv für die civilistische Praxis*, 88, Heft 2/3, 1898, p. 285 e ss.

RÜMELIN, Max Friedrich Gustav von– “Die Verwendung der Causalbegriffe im Straf und Civilrecht”, *Archiv für die civilistische Praxis*, 90, Heft 2, 1900, p. 171-344

— *Die Gründe der Schadenszurechnung und die Stellung des deutschen bürgerlichen Gesetzbuchs zur objektiven Schadensersatzpflicht*, Mohr, Freiburg, 1896

RYAN, Patrik S. – “Mc Do, Café Brûlant, et un animal domestique dans le four à micro-ondes: une reconsidération de la notion américaine des dommages exemplaires”, *Global Jurist Advances*, vol. 3, issue 1, article 3

SÁ, Fernando Augusto Cunha de – *Abuso do direito*, Lisboa, 1973

SABARD, Olivia – “Les causes d’exonération en droit français et dans d’autres ordres juridiques nationaux”, www.greca.univ-rennes1.fr/digitalAssets/267/267960_osabard.pdf

SABATUCCI, Alessandra – “Esiste un nesso di causalità tra la morte di una lavoratrice e l’esposizione al fumo passivo”, *Danno e responsabilità*, 2002, n°4-5, p. 1125-1236.

SAINT-PAU, Jean-Christophe – “Responsabilité civile et anormalité”, *Études à la mémoire de Ch. Lapoyde-Deschamps*, Press Universitaires de Bordeaux, Pessac, 2003, p. 249 e ss.

SALEILLES, Raymond – *Les accidents du travail et la responsabilité civile, Essai d’une théorie objective de la responsabilité délictuelle*, Arthur Rousseau Éditeur, Paris, 1897

SALVI, Cesare – *Il danno extracontrattuale. Modelli e funzioni*, Jovene Editore, Napoli, 1985

— “Abuso del diritto, Diritto Civile”, *Enciclopedia Giuridica Treccani*, I, Roma, 1988, p. 5

— “Responsabilità extracontrattuale (dir. vig.)”, *Enciclopedia del Diritto*, XXXIV, 1988, p. 1254 e ss.

SANCHEZ, Jesús M^a Silva – *Aproximación al Derecho Penal contemporáneo*, Barcelona, 1992.

SANDEL, Michael J. – *O liberalismo e os limites da justiça*, Fundação Calouste Gulbenkian, 2005 (tradução de CARLOS PACHECO DO AMARAL)

SANTOS, Elsa Sequeira – *O conceito de faute. Contributo para o estudo da culpa e da ilicitude na responsabilidade civil*, Faculdade de Direito de Lisboa, Lisboa, 2000 (policopiado)

SANTOS, Gonçalo Castilho – *Responsabilidade objectiva. Novas tendências através da responsabilidade pelo risco*, Relatório do Curso de Mestrado da Faculdade de Direito de Lisboa, policopiado, 2000

SARASOLA, Jose Madrdejos – “Los derechos personalísimos”, *Revista de Derecho Privado*, tomo XLVI, 1962, p. 269 a 285.

SARMENTO, Daniel – *Direitos fundamentais e relações privadas*, Rio de Janeiro, 2004

SAVATIER, M. R. – « Le prétendu principe de l’effet relatif des contrats », *Revue trimestrielle de droit civil*, 1934, p. 541

— *Traité de la responsabilité civile en droit français civil, administratif, professionnel, procedural*, 2^e édition, Librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris, 1951 (tome 1 : les sources de la responsabilité civile ; tome 2 : conséquences et aspects divers de la responsabilité) [Prefácio de Georges Ripert].

— *Comment repenser la conception française actuelle de la responsabilité civile?*, 1967

— *Les métamorphoses économiques et sociales du droit civil d’aujourd’hui*, 3^a edição, Paris, 1964.

— « Le dommage et la personne », *Recueil Dalloz*, 1955, chr., p. 5 e ss.

— “Règles générales de la responsabilité civile”, *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1934, p. 409 e ss

— “Une faute peut-elle engendrer la responsabilité d’un dommage sans l’avoir causé?”, *Recueil Dalloz*, 1970, chr., p. 123 e ss.

SAVIGNY, Frederich von – *System des heutigen römischen Rechts*, I, Aalen, Scientia V, 1973, p. 332 e ss., reimpressão Berlim, 1840 (tradução francesa : *Traité de Droit Romain*, Frimin Didot Frères, Paris, 1841)

SCALISI, Vincenzo – “Danno e ingiustizia nella teoria della responsabilità civile”, *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, ano LVIII, n°3, 2004, p. 785-819

SCHÄFER, Hans-Bernd/OFF, Claus – “Die ökonomische Analyse des Rechts – Irrweg oder Chance wissenschaftlicher Rechtserkenntnis?”, *Juristenzeitung*, 43, Heft 5, 1988, p. 213 e ss.

SCHAMPS, Geneviève – « La prévisibilité du dommage en responsabilité civile. De son incidence sur la faute et sur le rapport de causalité », *Revue de Droit Pénal et de Criminologie*, Bruxelles, Mars-avril 1994, p. 376 a 395

SCHAPP, Jan – *Derecho Civil y Filosofía del Derecho: la libertad en el derecho*, Serie de teoría jurídica y filosofía del derecho, n°8, Universidad Externado de Colombia (tradução de Luís Villar Borda)

— “Über die Freiheit im Recht”, *Archiv für die civilistische Praxis*, 192, Heft 5, 1992, p. 355

— “Über Freiheit, Moral und Recht”, *Juristenzeitung*, 50, Heft 1, 1995, p. 15 e ss.

— “Die Grenzen der Freiheit”, *Juristenzeitung*, 12, 61. Jahrgang, 2006, p. 581 e ss.

SCHICKEDANZ, Erich – “Schutzzwecklehre und Adäquanztheorie”, *Neue Juristische Wochenschrift*, 24. Jahrgang, Heft 21, 1. Halbband, 1971, p. 916 e ss.

SCHIEMANN, Gottfried – *Argument und Prinzipien bei der Fortbildung des Schadensrechts, dargestellt an der Rechtsprechung des BGH*, Münchener Universitätschriften, Band 45, 1981

- “§§ 823-838, 840-853 BGB, ProdHaftG”, *Erman Kommentar zum BGB*, Hrsg. H. P. WESTERMANN/K. KÜCHENHOFF, 12. Auflage erscheint, 2007
- “§§ 249-254 BGB”/J. v. Staudinger, *Kommentar zum BGB*, 13. Auflage Neubearbeitung, De Gruyter, 2005
- “Schadensersatz aus unerlaubter Handlung im geltenden deutschen BGB”, L. VACCA (ed.), *La responsabilità civile da atto illecito nella prospettiva storico-comparatistica*, G. Giappichelli Ed., 1995, p. 183 e ss.
- “Kausalitätsprobleme bei der Arzthaftung”, *Festschrift für Claus-Wilhelm Canaris zum 70. Geburtstag* (HELDRIICH/PRÖLSS/KOLLER, Hrsg.), Band I, Beck, München, 2007, p. 1161 e ss.
- “Das allgemeine Schädigungsverbot: “alterum non laedere””, *Juristische Schulung. Zeitschrift für Studium und Ausbildung*, 29. Jahrgang, Heft 5, 1989, p. 345 e ss.

SCHILDER, Bernd/KLEEWEN, Wolfgang – „Österreich“, *Deliktrecht in Europe, Landesberichte: Dänemark, England, Frankreich, Griechenland, Italien, Jugoslawien, Niederlande, Norwegen, Österreich, Polen, Portugal, Schweden, Schweiz, Spanien, Türkei*, CRISTHIAN VON BAR (hrsg.), Carl Heymanns Verlag KG, Köln, Berlin, Bonn, München, 1994, p. 64 e ss.

SCHLESINGER, Piero – “La ingiustizia del danno nell’illecito civile”, *Juristische Schulung*, anno XI, fasc. 1, 1960, p. 336-347

SCHLOBACH, Klaus – *Das Präventionsprinzip im Recht des Schadensersatzes*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 2003

SCHMIDHÄUSER, Eberhard – “Was ist aus den finalen Handlungslehre geworden?”, *Juristenzeitung*, 41, Heft 3, 1986, p. 109 e ss.

SCHMIDT, Rudolf – „Rechtsmängelhaftung und überholende Kausalität“, *Archiv für die civilistische Praxis*, 152, 1952/1953, p. 112-138

- “Zur Systematik der Unterlassungsdelikte”, *Juristenzeitung*, 14, Heft 14, 1959, p. 432 e ss.

SCHMOLLER, Eugen – “Über den Kausalzusammenhang beim Tierschaden”, *Archiv für die civilistische Praxis*, 98, Heft 1, 1906, p. 1 e ss.

SCHOLL, Claus – “Wahrscheinlichkeit, Statistik und Recht”, *Juristenzeitung*, 47, Heft 3, 1992, p. 122 e ss.

SCHÖNE, Wolfgang – “Unterlassungsbegriff und Fahrlässigkeit”, *Juristenzeitung*, 32, Heft 5/6, 1977, p. 150 e ss.

SCHREIBER, Anderson - *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*, 2ª edição, Editora Atlas, 2009

SCHROEDER, Christopher – „Corrective justice, liability for risks, and tort law“, *UCLA Law Review*, 38, 1990, p. 143 e ss.

— “Causation, compensation, and moral responsibility”, *Philosophical Foundations of Tort Law*, DAVID G. OWEN (ed.), Clarendon Press, Oxford, 1997, p. 347 e ss.

— “Corrective justice and liability for increasing risks”, *UCLA Law Review*, 37, 1990, p. 439 e ss.

SCHROEDER, Friedrich-Christian – “Die Fahrlässigkeit als Erkennbarkeit der Tatbestandsverwirklichung”, *Juristenzeitung*, 44, Heft 17, 1989, p. 776 e ss.

SCHUBERT, Mathias – “Asbestgefahren als rechtliches Ordnungsproblem – Erfahrungen aus den Vereinigten Staaten von Amerika”, *Rebels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, 1983, p. 367 e ss.

SCHULZ, Fritz – “System der Rechte auf den Eingriffserwerb”, *Archiv für die civilistische Praxis*, 105, 1909, p. 1-488

SCHÜNEMANN, Wolfgang B. – “Unzulänglichkeit der Adäquanztheorie? AG und LG Regensburg, VersR 1977, 459”, *Juristische Schulung*, 19. Jahrgang, Heft 1, 1979, p. 22 e ss.

SCHWAB, Dieter – “Die deliktische Haftung bei widerrechtlichem Verweilen des Verletzten im Gefahrenbereich”, *Juristenzeitung*, 22, Heft 1, 1967, p. 13 e ss.

SCHWARTZ, GARY T. – “Mixed Theories of Tort Law: Affirming Both Deterrence and Corrective Justice”, *Texas Law Review*, 75, 1997, p. 1801 e ss.

— “Feminist approaches to tort law”, *Theoretical Inquiries of Law*, vol. 2, number 1, article 6, 2001 (<http://www.bepress.com/til/default/vol2/iss1/art6> e http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=214808)

— “Causation under US Law”, *Unification of tort law: causation*, J. SPIER (ed.), *Principles of European Tort Law*, vol. 4, European Centre of Tort and Insurance Law, Kluwer Law International, London, Boston, 2000, p. 125 e ss.

SCHWARZ, Theo – “Der Grenzen deliktischer Verantwortlichkeit für Gesundheitsbeschädigungen in den Fällen freiwilliger Hilfeleistung”, *Juristenzeitung*, 21, Heft 5/6, 1966, p. 162 e ss.

SCHWEIZER, Urs – *Spieltheorie und Schuldrecht - Der Ersatz reiner Vermögensschäden*, Schäffer-Poeschl Verlag, 2005

SCOCA, Franco Gaetano – *Contributo sulla figura dell'interesse legittimo*, Giuffrè Editore, Milano, 1990

SCOGNAMIGLIO, Claudio – „Prospettive europee della responsabilità civile e discipline del mercato“, *Europa e diritto privato*, 2/2000, p. 333-356

SCOGNAMIGLIO, Renato – „Appunti sulla nozione di danno“, *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, anno XXIII, 1969, p. 464-483

— “Responsabilità civile“, *Novissimo Digesto Italiano*, vol. XV, Torino, 1969, p. 628 e ss.

SEABRA, António Luís de (Visconde de) – *Trabalhos preparatórios do Código Civil de 1867*

SEAVEY – “Mr. Justice Cardozo and the law of torts”, *Harvard Law Review*, nº52, 1938-1939, p. 372 e ss.

SEBOK, Anthony J. – “Punitive damages: from myth to theory”, *Iowa Law Review*, 92, 2007, p. 958 e ss.

SENDIM, Cunhal – “Nota introdutória à Convenção do Conselho da Europa sobre responsabilidade civil pelos danos causados por actividades perigosas para o ambiente”, *Revista Jurídica do Urbanismo e do Ambiente*, nº3, 1995, p. 147 e ss.

— *Responsabilidade por danos ecológicos. Da reparação do dano através da restauração natural*, Coimbra Editora, Coimbra, 1998

SEQUEIRA, Elsa Vaz – *Dos pressupostos da colisão de direitos no Direito Civil*, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2004

SERINET, Yves-Marie e MISLAWSKI, Roger – “Vaccination contre l’hépatite B: les conditions de la responsabilité du fait des produits défectueux. Notes sous 1^{er} civ., 23 septembre 2003, Bull. I, nº188, p. 146”, *Dalloz*, nº13, 1004, p. 898-902

SERRA, Adriano Vaz – “Obrigação de indemnização. Colocação. Fontes. Conceito e espécies de dano. Nexo causal. Extensão do dever de indemnizar. Espécies de indemnização. Direito de abstenção e de remoção”, *Boletim do Ministério da Justiça*, nº84, Março 1959, p. 5 a 301

— “Anotação ao Acórdão de 30 de Maio de 1969”, *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, 103º, nº3430, p. 388 e ss.

— “Abuso de Direito em Matéria de responsabilidade Civil”, *Boletim do Ministério da Justiça*, nº85, p. 243 a 342

— “Responsabilidade Contratual e Responsabilidade Extracontratual”, *Boletim do Ministério da Justiça*, nº85, 1959, p. 107 a 242

— « Responsabilidade de terceiros no não cumprimento de obrigações », *Boletim do Ministério da Justiça*, 85, 1959, p.345-360;

— « Responsabilidade pelos danos causados por coisas ou actividades », *Boletim do Ministério da Justiça*, 85, 1959, p. 361-380;

— « Responsabilidade pelos danos causados por animais », *Boletim do Ministério da Justiça*, 86, 1959, p.21-99;

— « O dever de indemnizar e o interesse de terceiros », *Boletim do Ministério da Justiça*, 86, 1959, p. 103-129;

— “Fundamento da Responsabilidade Civil (em especial, responsabilidade por acidentes de viação terrestre e por intervenções ilícitas) ”, *Boletim do Ministério da Justiça*, nº90, 1959, p. 5 a 319

— “Requisitos da Responsabilidade Civil”, *Boletim do Ministério da Justiça*, nº92, Janeiro de 1960, p. 37 a 136

- “Culpa do devedor ou do agente”, *Boletim do Ministério da Justiça*, nº68, 1957, p. 13 e ss.
- “Reparação do dano não patrimonial”, *Boletim do Ministério da Justiça*, nº83, 1959, p. 69-111
- “Conculpabilidade do prejudicado”, *Boletim do Ministério da Justiça*, nº86, 1959, p. 131-173
- “Causas justificativas do facto danoso”, *Boletim do Ministério da Justiça*, nº85, p. 54 e ss.
- “Provas, Direito probatório material”, *Boletim do Ministério da Justiça*, nº110, 1961, p. 55 e ss.
- “Pluralidade de devedores ou de credores”, *Boletim do Ministério da Justiça*, nº69, p. 37 e ss.”
- “Encargo da prova em matéria de impossibilidade ou de cumprimento imperfeito e da sua imputabilidade a uma das partes”, *Boletim do Ministério da Justiça*, 47, p. 98 e ss
- „Mora do devedor“, *Boletim do Ministério da Justiça*, nº48, 1955, p. 5 e ss.
- “Responsabilidade civil do Estado e dos seus órgãos ou agentes”, *Boletim do Ministério da Justiça*, nº85, 1959, p. 450
- “Anotação ao Acórdão do STJ de 19-10-1975”, *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, 110º, p. 308 e ss.
- “Anotação ao acórdão de 17 de Junho de 1969”, *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, 103º ano, 1970-1971, p. 458 a 463
- “Direito das obrigações – Anteprojecto (parte resumida)”, *Boletim do Ministério da Justiça*, vol. 98, 1960, p. 13-128; vol. 99, 1960, p. 27-265; vol.100, 1960, p. 17-159; vol, 101, 1060, p. 15-161.
- “Direito das obrigações – Anteprojecto (parte extensa)”, *Boletim do Ministério da Justiça*, vol., 98, 1960, p. 129-316; vol. 99, 1960, p. 267-526; vol. 100, 1960, p. 161-413; vol. 101, 1960, p. 163-408

SERRANO, José Luís – “A diferença risco/perigo”, *Direito, sociedade e riscos: A sociedade contemporânea vista a partir da ideia de risco*, Rede Latino-Americana e Europeia sobre Governo dos Riscos, UNICEUB, Brasília, 2006, p. 61 e ss.

SEVERI, Cristina – “Perdita de chance e danno patrimoniale risarcibile”, *Responsabilità civile e previdenza*, 2003, p. 296 e ss

SFORZA, Widar Cesarini – “Alterum non laedere”, *Enciclopedia del diritto*, II, 1958, p. 96 a 98

- “Diritto soggettivo”, *Enciclopedia del Diritto*, XII, p. 671 e ss.

SHAVELL, Steven – “An analysis of causation and the scope of liability in the law of torts”, *The Journal of Legal Studies*, vol. 9, issue 3, 1980, p. 463 e ss.

- “Causation and tort liability”, *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*, PETER NEWMAN (ed.), 1998, p. 211 e ss.
- “Uncertainty over causation and the determination of civil liability”, *Journal of Law and Economics*, vol. XXVIII, 1985, p. 587 e ss.
- “Economics and liability for accidents”, *New Palsgrave Dictionary of Economics*, STEVEN DURFLAUF & LAWRENCE BLUME (ed.), 2nd edition, 2008, www.law.harvard.edu/programns/onlin_center

SHAVELL, Steven / KAPLOW, Louis – “Fairness versus welfare”, *Harvard Law Review*, vol. 114, nº4, 2001, p. 961 a 1388

SHAW, Josephine – “England und Wales”, *Deliktsrecht in Europa: Landesberichte: Dänemark, England, Frankreich, Griechenland, Italien, Jugoslawien, Niederlande, Norwegen, Österreich, Polen, Portugal, Schweden, Schweiz, Spanien, Türkei*, Carl Heymanns Verlag KG, Berlin, Bonn, München, 1994, p. 30 e ss.

SHEINAMN, Hanoch – “Tort Law and corrective justice”, *Law and Philosophy*, vol. 22, nº1, 2003, p. 21-73

SHRIFFRIN, Seana Valentine – “Wrongful Life, Procreative Responsibility and the Significance of Harm”, *Legal Theory*, 5, 1999, p. 117 e ss.

SIEBERT – *Verwirkung und Unzulässigkeit der Rechtsausübung. Ein rechtsvergleichender Beitrag zur Lehre von den Schranken der privaten Rechte und zur exceptio doli (§§ 226, 242, 826 BGB), unter besonderer Berücksichtigung des dewerblichen Rechtsschutzes (§ 1 UWG)*, N.G. Elwert, Marburg in Essen, 1934.

SILVA, Germano Marques da – «Justiça, liberdade, direito e ética – diferença na unidade », *Direito e Justiça, Revista da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa*, vol. XI, tomo I, 1997, p. 5 a 13

SILVA, João Calvão da – “Causalidade alternativa. L’arrêt DES”, *European Review of Private Law*, 2, 1994, p. 465 e ss.

— *Cumprimento e sanção pecuniária compulsória*, Coimbra, 1987

— *Responsabilidade civil do produtor*, Almedina, Coimbra, 1990

— “Anotação ao Ac. STJ de 1 de Março de 2001”, *Revista de Legislação e Jurisprudência*, ano 134º, nº3924, p. 102 e ss.

— *Compra e venda de coisa defeituosas (conformidade e segurança)*, 4ª edição, Almedina, Coimbra, 2006

SILVA, Manuel Dias da – *Estudo sobre a responsabilidade civil conexas com a criminal*, Coimbra, 1886

SILVEIRA, Diana Montenegro da – *Responsabilidade civil por danos causados por medicamentos defeituosos*, Coimbra Editora, Coimbra, 2010

SIMONS, Kenneth W. – “Corrective Justice and Liability for risk-creation: a comment”, *UCLA Law Review*, 38, 1990, p. 113 e ss.

— “Reflections on assumption of risk”, *Boston University School of Law, Working Paper Series, Public Law and Legal Theory, Research Paper nº2/10*, 2002, www.bu.edu/law/faculty/papers

SILVA, Clóvis do Couto e – “O conceito de dano no direito brasileiro e comparado”, *Revista dos Tribunais*, nº667, ano 80º, 1991, p. 515 e ss

SILVA, Manuel Gomes da – “Da solidariedade nas obrigações”, *Revista da Faculdade de Direito de Lisboa*, nº4, 1947, p. 257-348; nº5, p. 289-354

- *O dever de prestar e o dever de indemnizar*, Lisboa, 1944
- “Esboço para uma concepção personalista do direito: reflexões em torno do cadáver humano para fins terapêuticos e científicos”, *Separata da Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, vol. XVII, 1965, p. 11 e ss.

SINGER, Reinhard – “Direitos fundamentais no direito do trabalho”, *Direitos fundamentais e direito privado: uma perspectiva de direito comparado*, ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, JÖRG NEUNER, INGO WOLFGANG SARLET (org.), Coimbra, Almedina, 2007

SMITH, Jeremiah – “Legal Cause in Actions of Tort”, *Harvard Law Review*, nº25, 1911-1912, p. 103 e ss., p. 223 e ss., p. 303 e ss.

SMITH, Michael – “Responsibility and self-control”, *Relating to responsibility, Essays in honour of Tony Honoré on his 80th Birthday* (edited by Peter Cane e John Gardner), Portland Oregon, Oxford, 2001, p. 1-19

SMITS, Jan – *The making of european private law. Towards a Ius Commune Europaeum as a Mixed Legal System*, Antwerp, Oxford, New York, 2002 (tradução de NICOLE KORNET)

SOARES, Ângela/RAMOS, Rui Moura – *Contratos Internacionais*, Almedina, Coimbra, 1986

SOTTOMAYOR, Maria Clara – “A responsabilidade civil dos pais pelos factos ilícitos praticados pelos filhos menores”, *Boletim da Faculdade de Direito*, vol. LXXI, 1995, p. 403 e ss.

SOUPLET, Isabelle – *La perte de chances dans le droit de la responsabilité médicale*, 2002, policopiado, http://edoctore74.univ-lille2.fr/fileadmin/master_recherche/T_1_chargement/memoires/medical/soupleti02.pdf

SOURLAS, Paul – *Adäquanztheorie und Normzwecklehre bei der Begründung der Haftung nach §823 Abs. 1 BGB*, Dunckler & Humblot, München, 1974

SOUSA, Luís Filipe Pires de – “O ónus da prova na responsabilidade civil médica. Questões processuais atinentes à tramitação deste tipo de acções (competência, instrução do processo, prova pericial)”, <http://www.cej.mj.pt/cej/forma-ingresso/fich.pdf/arquivo-documentos/form.cont.responsabilidade.civil.por.acto.medico.pdf>

SOUSA, Miguel Teixeira de – *O concurso de títulos de aquisição da prestação. Estudo sobre a dogmática da pretensão e do concurso de pretensões*, Almedina, Coimbra, 1988

- “Sobre o ónus da prova nas acções de responsabilidade civil médica”, *Direito da Saúde e Bioética*, Lisboa, 1996, p. 121 e ss.
- *As partes, o objecto e a prova na acção declarativa*, Lex, Lisboa, 1995
- *Sobre a tutela jurisdicional do consumo e do ambiente*, Centro de Direito do Consumo, Faculdade de Direito de Coimbra, 2000-2001, policopiado

SOUSA, Rabindranath Capelo de – *O direito geral de personalidade*, Coimbra Editora, Coimbra, 1995

— *Teoria Geral do Direito Civil*, volume I, Coimbra Editora, Coimbra, 2003

SOZZO, Gonzalo – “Riscos do desenvolvimento e sistema de direito de danos (para um direito de danos pluralista)”, *Direito, sociedade e riscos: A sociedade contemporânea vista a partir da ideia de risco*, Rede Latino-Americana e Europeia sobre Governo dos Riscos, UNICEUB, Brasília, 2006, p. 252 e ss.

SPICKHOFF, Andreas – *Gesetzesverstoß und Haftung*, Carl Heymanns, Verlag, Köln, Berlin, Bonn, München, 1998

SPIER, Jaap – (ed.) *Unification of tort law: causation*, European Centre of Tort and Insurance Law, Kluwer Law Internacional, London, Boston, 1996

— (ed.) *The limites of liability – keeping the floodgates shut*, Kluwer Law International, 1996

— (ed.) *The limites of expanding liability – Eight fundamental cases in a comparative perspective*, Kluwer law international, Netherlands, 1998

SPIER, Jaap/ HAAZEN, Olav A. – „Comparative conclusions on causation“, *Unification of Tort Law: causation*, J. SPIER (ed.), *Principles of European Tort Law*, vol. 4, European Centre of Tort and Insurance Law, Kluwer Law International, London, Boston, 2000, p. 127 e ss.

STAPLETON, Jane – “Legal Cause: cause-in-fact and the scope of, liability for consequences”, *Vanderbilt Law Review*, 54, 2001, p. 942 e ss.

— “Evaluating Goldberg and Zipursky’s civil recourse theory”, *Fordham Law Review*, vol, 75, 2006, p. 1529 e ss.

— “Scientific and Legal Approaches to Causation”, *Causation in Law and Medicine*, edited by IAN FRECKELTON e DANUTA MENDELSON, Ashgate, Dartmouth, 2002, p. 14 e ss.

— “Unpacking causation”, *Relating to responsibility, Essays for Tony Honoré on his eightieth birthday*, PETER CANE and JOHN GARDNER (ed.), Portland Oregon, Oxford, 2001, p. 145 e ss.

— “The gist of negligence”, *Law Quarterly Review*, 104, 1988, p. 389 e ss.

— “Lords A Leaping Evidentiary Gaps”, *Tort Law Review*, 10, 2003, p. 276 e ss.

— “Choosing what we mean by causation in the law”, *Missouri Law Review*, n°73, 2008, p. 433 e ss.

STARCK, Boris – « Domaine et fondement de la responsabilité sans faute », *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, année 1958, tome cinquante-sixième, p. 475 a 515

— *Essai sur la théorie générale de la responsabilité civile considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée*, L. Rodstein, Paris, 1947

— « La pluralité des causes du dommage et la responsabilité civile », *Juris Classeur Périodique, La Semaine Juridique*, 1970, p. 2339 e ss.

STATHAM, E. Robert (Jr.) – *The Constitution of Public Philosophy. Towards a Synthesis of Freedom and Responsibility in Postmodern America*, University Press of America, Lanham, New York, Oxford, 1998

STEFFEN, Erich – “Der normative Verkehrsunfallschaden”, *Neue Juristische Wochenschrift*, 1995, p. 2057 e ss.

STELLA, Frederico – “A proposito di talune sentenze civili in tema di causalità”, *Rivista Trimestriale di Diritto e Procedura Civile*, 2005, p. 1159 e ss.

STOLL, Hans – *Kausalzusammenhang und Normzweck im Deliktsrecht*, Mohr, Tübingen, 1968

- *Haftungsfolgen im bürgerlichen Recht. Eine Darstellung auf rechtsvergleichender Grundlage*, Freiburger Rechts- und Staatswissenschaftliche Abhandlung, Band 58, C.F. Müller, Heidelberg, 1993
- “Consequences of liability: remedies”, *International Encyclopedia of Comparative Law*, Chapter 8, vol. XI, p. 92 e ss.
- “Unrechtstypen bei Verletzung absoluter Rechte”, *Archiv für die Civilistische Praxis*, 162, p. 203 e ss.
- „Penal purposes in the law of tort“, *American Journal of Comparative Law*, n°18, 1970, p. 3 e ss.
- “Adäquanz und normative Zurechnung bei der Gefährdungshaftung”, *Karlsruher Forum*, 125 Jahrgang, 1983, p. 184 e ss.
- “Haftungsverlagerung durch beweisrechtliche Mittel”, *Archiv für die civilistische Praxis*, 176, 1976, p. 145-196
- *Begriff und Grenzen des Vermögensschadens*, C.F. Müller, Heidelberg, 1973
- *Handeln auf eigene Gefahr*, Mohr, Tübingen, 1961
- “Die Reduktionsklausel im Schadensrecht aus rechtsvergleichender Sicht”, *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht* 34, 1979, p. 481 e ss.
- “Rechtsfragen bei Hilfeleistungen in vermeintlicher Not”, *Festschrift für Hermann Weitnauer zum 70. Geburtstag*, Berlin, 1980, p. 411 e ss.
- “Zum Schadensersatz wegen Körperverletzung durch herausgefordert Organspende”, *Juristenzeitung*, 43, Heft 3, 1988, p. 150 e ss.
- “Zum Rechtfertigungsgrund des verkehrsrichtigen Verhaltens”, *Juristenzeitung*, 13, Heft 5/6, 1958, p. 138 e ss.
- “Schadensersatz für verlorene Heilungschancen vor englischen Gerichten in rechtsvergleichender Sicht”, *Festschrift für Erich Steffen zum 65. Geburtstag*, De Gruyter, Berlin, 1995, p. 465-478 e ss.

STRAUCH, Dieter – “A respeito da responsabilidade por conselhos, informações e pareceres com base no BGB”, *Revista de Direito e Economia*, ano XV, 1989, p. 5 a 29

STRECK, Lenio Luiz – “Bem jurídico e constituição: da proibição de excesso (Übermaßverbot) à proibição de protecção deficiente (Untermaßverbot) ou de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais”, *Boletim da Faculdade de Direito*, n°80, 2004, p. 303-345

STRUENSEE, Eberhard – “Die Struktur der fahrlässigen Unterlassungsdelikte”, *Juristenzeitung*, 32, Heft 7, p. 217 e ss.

STUMP, Eleonore – “Alternative possibilities and moral responsibility: the flicker of freedom”, *The Journal of Ethics*, vol. 3, 1999, p. 299-324

STÜRNER, Rolf – “Schadensersatz für mißglückte Abtreibung – ein Problem der Schadenszurechnung?”, *Juristenzeitung*, 41, Heft 3, 1986, p. 122 e ss.

SUGARMAN, Steven D. – “Doing away with tort law”, *California Law Review*, n°73, 1985, p. 558 e ss.

SUNSTEIN, Cass – “Beyond the precautionary principle”, *John M. Olin Law & Economics Working Paper* n°149, 2nd series, Chicago, 2003, www.ssrn.com/abstract_id=307098

— “Illusory losses”, *John M. Olin Law & Economics Working Paper* n°340, Chicago, 2007, <http://www.law.uchicago.edu/Lawecon/index.html>.

SWALDING, William/JONES, Gareth – *The Search for Principle – Essays in Honour of Lord Goff of Chieveley*, Oxford 1999

TABBACH, Avraham D. – “Causation and incentives to choose levels of care and activity under the negligence rule”, *Review of Law and Economics*, 4:1, 2008, p. 133 e ss.

TARUFFO, Michele – “La prova scientifica nel processo civile”, *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 2005, p. 1079 e ss.

— “Funzione della prova: la funzione dimostrativa”, *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1997, p. 553 e ss.

— “Presunzioni, inversioni, prova del fatto”, *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1992, p. 733 e ss.

TAUPITZ, Jochen – “Ökonomische Analyse und Haftungsrecht. Eine Zwischenbilant”, *Archiv für die civilistische Praxis*, 196, Heft 1/2, 1996, p. 114 e ss

TAVARES, José – *Os princípios fundamentais do direito civil*, vol. I, Coimbra Editora, Editora, 1922

TEDESCHI, Guido – “La tutela aquiliana del creditore contro i terzi (con speciale riguardo al diritto inglese)”, *Rivista di diritto civile*, 1955, p. 291 e ss.

— “Il danno e il momento della sua determinazione”, *Rivista di Diritto Privato*, 3, 1993, p. 254 e ss.

TEICHMANN – “§ 823 BGB und die Verletzung eines anderen im Sport”, *Juristische Arbeitsblätter*, 79, p. 293 e ss.

TEIXEIRA, António Braz – *Sentido e valor do direito. Introdução à filosofia jurídica*, 3^a edição, revista e aumentada, Imprensa Nacional Casa da Moeda, Lisboa, 2006

TELLEGEN-COUPERUS, O. E. – “The tenant, the borrower and the lex Aquilia”, *Revue Internationale des Droits de L’Antiquité*, tome 42, 1995, p. 415-426

TELLES, Inocêncio Galvão – *Direito das Obrigações*, 7^a edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2010 (reimpressão)

TELLES, José Homem Corrêa – *Digesto Portuguez ou Tratado dos Direitos e Obrigações civis, Accommodado às leis e costumes da Nação Portuguez para servir de subsídio ao novo Código Civil*, tomo I, Imprensa da Universidade, 1835 (3^a edição de 1909)

TEPEDINO, Gustavo – “Notas sobre o nexo de causalidade”, *Revista Trimestral de Direito Civil*, ano 2, vol. 6, 2001, p. 3 e ss.

TERRE, François – « *Propos sur la responsabilité civile* », *Archives de Philosophie du droit*, nº22, *La responsabilité*, Editions Sirey, Paris, 1977, p. 37-44

TEUBNER, Guther – « Les multiples aliénations du droit : sur la plus-value sociale du douzième chameau », *Droit et Société, Revue Internationale de Théorie du Droit et de Sociologie Juridique*, 47, 2001, p. 75 a 99 (tradução de André-Jean Arnaud)

— *Direito como sistema autopoietico*, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 1989

THIBIERGE, Catherine – « Libres propos sur l'évolution du droit de la responsabilité (vers un élargissement de la fonction de la responsabilité civile ?) », *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, Dalloz, nº3, juillet-septembre, 1999, p. 561 a 584

THOMASIIUS, Christian – *Insitutiones jurisprudentiae divinae*, 1694

THOMSON, Judith Jarvis – « The decline of cause », *Georgetown Law Journal*, 76, 1987, p. 12 e ss.

— « Causality and rights : some preliminaries », *Chicago-Kent Law Review*, 63, 1987, p. 471 e ss.

— « Remarks on causation and liability », *Philosophical and Public Affairs*, 13, 1984, p. 101 e ss.

TOEPEL, Friedrich – *Kausalität und Pflichtwidrigkeitszusammenhang beim Fahrlässigen Erfolgsdelikt*, Duncker & Humblot, Berlin, 1992

TOLSADA, Mariano Yzquierdo – “La perdita de oportunidades como concepto autónomo en el derecho de daños”, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, nº50, 1999, p. 537 e ss.

TORRE, Angel Sanchez de La – « Derecho subjetivo e deber juridico en la Escuela de Suarez », *Boletim da Faculdade de Direito*, vol. LXV, 1989, p. 145 a 170

TORRE, Antonio La – “Genesi e metamorfosi della responsabilità civile”, *Roma e America. Diritto Romano Comune. Rivista di Diritto dell'Integrazione e Unificazione del Diritto in Europa e in America Latina*, 8/1999, p. 61-115

TORRE, Massimo La – *La lotta contra il diritto soggettivo : Karl Larenz e la dottrina giuridica nationalsocialista*, Milano, Giuffrè, 1988

— “*Rechtsstaat and legal science. The rise and fall of the concept of subjective right*”, *Archiv für Rechts und Sozialphilosophie*, vol. LXXVI, Heft 1, 1990, p. 50 a 68

TORREBLANCA, Joan/GONZÁLEZ, Sónia/YERGA, Álvaro Luna – “Falsos positivos. La responsabilidad civil derivada del diagnóstico erróneo de enfermedades”, *Indret 3/2002*, www.indret.com

TORRES, Alfonso Rodríguez de Quiñones y de – “Algunas consideraciones sobre la negación del derecho subjetivo en L. Duguit”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, t. 1, 1984, p. 301-330

TORTORANO, Franco – *Il danno meramente patrimonial. Percorso giurisprudenziale e comparazione giuridica*, Giappichelli Editore, Torino, 2001

TOURNEAU, Philippe Le – « La verdeur de la faute dans la responsabilité civile (ou de la relativité de son déclin) », *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, n°3, juillet-septembre 1988, 87^e année, p. 505 a 518

TRAEGER, Ludwig – *Der Kausalbegriff im Straf und Zivilrecht*, Elwert, Malburg, 1904
— *Das Problem der Unterlassungsdelikte im Straf- und Zivilrecht*, Elwert, Malburg, 1913

TREUIL, Emmanuel – *La preuve en droit de l'environnement*, Sorbonne, Paris, 2002

TRIGO, Maria da Graça – *Responsabilidade civil delitual por facto de terceiro*, Coimbra Editora, Coimbra, 2009

TRIMARCHI, Pietro – “Condizione sine qua non, causalità alternativa ipotetica e danno”, *Rivista trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1964, 1431-1460

— *Causalità e danno*, Giuffrè Editore, Milano, 1967

— “L’analisi economica del diritto: tendenze e prospettive”, *Quadrimestre, Rivista di diritto privato*, n°3, 1987, p. 563 a 582

— *Rischio e responsabilità oggettiva*, Milano, Giuffrè Editore, 1961

— “La causalità nella responsabilità civile”, *Persona e danno*, www.personaedanno.it/cms/data/articoli/files/011251_resource1_orig.pdf.

— “Il caso fortuito quale limite della responsabilità per il danno da cose”, *Rivista Trimestrale di Diritto Civile*, 1959, p. 808 e ss.

— “Sulla responsabilità del terzo per pregiudizio del credito”, *Rivista diritto civile*, 1983, I, p. 299 e ss.

— *Istituzioni di diritto privato*, sedicesima edizione, Giuffrè Editore, Milano, 2005

— *L’arricchimento senza causa*, Giuffrè Editore, Milano, 1962

TRONCARELLI, Barbara – “Il problema della responsabilità – a proposito di alcune affermazioni del neoidealismo italiano”, *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, IV Serie, LXXII, 3, 1995, p. 609 e ss.

TUHR, Andreas von – *Derecho Civil, Teoría general del derecho civil alemán, volumen I, Los derechos subjetivos y el patrimonio*, traducción directa del alemán por Tito Ravá, Marcial Pons, Ediciones Jurídica y Sociales, S.A., Madrid, Barcelona, 1998

— *Tratado de las Obligaciones* (trad. de ROCES), vol. I e II, Reus, Madrid, 1934

TUNC, André – *International Encyclopedia of Comparative Law*, vol. XI, *Torts*, Chapter 7, *Causation and Remoteness of Damage*, by A. M. HONORÉ, 1971

— « Les récents développements des droits anglais et américain sur la relation de causalité entre la faute et le dommage dont on doit réparation », *Revue Internationale de Droit Comparé*, cinquième année, n°1, 1953, p. 5-54

- « Les paradoxes du régime actuel de la responsabilité de plein droit », *Recueil Dalloz Sirey*, année 1976, p. 13-16
- « Force majeure et absence de faute en matière délictuelle », *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 43, 1946, p. 171-211
- « Torts, Introduction », *International Encyclopedia of Comparative Law*, vol. XI, *Torts*, Chapter 1, 1974
- *La responsabilité civile*, 2^a edição/reimpressão, Económica, Paris, 1999
- “La distinction des obligations de resultat et des obligations de diligence”, *La semaine juridique, Juris-Classeur Periodique*, année 1945, p. 449

TURCO, Claudio – *Interesse negativo e responsabilità precontrattuale*, Giuffrè Editore, Milano, 1999

UBILLOS, Juan María Bilbao – “La eficacia frente a terceros de los derechos fundamentales en el ordenamiento español”, *Direitos fundamentais e direito privado: uma perspectiva de direito comparado*, ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, JÖRG NEUNER, INGO WOLFGANG SARLET (org.), Coimbra, Almedina, 2007

- “En qué medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales?”, *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*, Porto Alegre, 2003, p. 309 e ss.

UNGER, Joseph – *Handeln auf eigene Gefahr: ein Beitrag zur Lehre von Schadensersatz*, 3. unveränderte Auflage, Gustav Fischer Verlag, Jena, 1904

VACARIE, I. – “La perte d’une chance”, *Revue Recherche Juridique*, 1987, p. 903 e ss

VALCAVI, Giovanni – “Intorno al rapporto di causalità nel torto civile”, *Rivista di diritto civile*, n°5, 1995, p. 481 a 493

- “On juridical causation in civil liability due to non-performance and unlawful conduct”, *Rivista di Diritto Civile*, 2001, p. 409 e ss. (disponível em http://www.fondazionegiovannivalcavi.it/english/writings-on-civil-law/2_On-juridical-causation-in-Civil-Liability.pdf)

VALDITARA, Giuseppe – “Dalla lex Aquilia all’art. 2043 del Codice Civile”, *Seminários Complutenses de Derecho Romano*, Revista Complutense de Derecho Romano y Tradición Romanística, n°15, 2003, p. 247 e ss.

VANQUICKENBORNE, Marc – “Causalité et relativité aquilienne”, *Rechtstheorie*, 5, 1974, p. 147

VARELA, João de Matos Antunes – *Das obrigações em geral*, vol. I, 10^o edição, Almedina, Coimbra, 2003

- *Das obrigações em geral*, vol. II, 7^a edição, Almedina, Coimbra, 1997
- « Do projecto ao Código Civil », *Boletim do Ministério da Justiça*, n°161, 1966, p. 5 a 85
- “Anotação ao acórdão do STJ de 21 de Julho de 1967”, *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, ano 101^o, p. 215 e ss.
- “Anotação ao acórdão do STJ de 5 de Dezembro de 1967”, *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, ano 101^o, p. 250 e ss.

- « Anotação ao acórdão do STJ de 9 de Fevereiro de 1968”, *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, ano 102º, p. 53 e ss.
- “Anotação ao Parecer de 31 de Outubro de 1969 da Procuradoria-geral da República”, *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, ano 103º, nº3421, 1970-1971, p. 245 a 256
- “Rasgos Inovadores do Código Civil Português em matéria de responsabilidade civil”, *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, vol. XLVIII, 1972, p. 77 a106
- “Anotação ao acórdão de 26 de Março de 1980 do Supremo Tribunal de Justiça”, *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, ano 114º, nº3683, 1981-1982, p. 35 a 41, 72 a 79
- « A elaboração do Código Civil », *A Feitura das Leis*, 1986, p. 17-34
- “Alterações legislativas no direito ao nome”, *Revista de Legislação e Jurisprudência*, nº114, p. 207-212; 115º, p. 7-9, 37-40, 68-72, 196-201; 116º, p. 140-146, 257 e 258, 289-293; 117º, p. 97-100, 133-136, 161-165, 196-200, 257-262, 353-357; 118º, p. 262-267, 293-298, 321-324; 119º, p. 197-200

VARELA, Antunes/BEZERRA, Miguel/NORA, Sampaio – *Manual de Processo Civil*, 2ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 1985

VARELLA, Marcelo Dias (org.) – *Direito, sociedade e riscos: A sociedade contemporânea vista a partir da ideia de risco*, Rede Latino-Americana e Europeia sobre Governo dos Riscos, UNICEUB, Brasília, 2006

- *Responsabilidade e socialização do risco*, Uniceub, Brasília, 2006 (coordenação da tradução e divulgação do estudo realizado pelo Conselho de Estado francês)

VASCONCELOS, Pedro Pais de – *Teoria Geral do Direito Civil*, 3ª edição, Almedina, Coimbra, 2005

- *Direito de personalidade*, Almedina, Coimbra, 2006

VAZ, Pessoa – *Do efeito externo das obrigações (algumas perspectivas da mais recente doutrina portuguesa e alemã)*, ed. policopiada, 1977

VELOSO, José António – “Risco, transferência de risco; transferência de responsabilidade na linguagem dos contratos e da supervisão de seguros”, *Estudos em memória do Prof. Doutor José Dias Marques*, Almedina, Coimbra, 2007, p. 277-354

VELOSO, Maria Manuel – *A compensação do dano contratual não patrimonial (em especial no Direito de Autor)*, Coimbra, 1998

- “Danos não patrimoniais”, *Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da Reforma de 1977*, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, p. 495 e ss.

VELOZO, Francisco José – « Na iminência de um novo Código Civil Português. Orientações filosóficas do Código de 1867 e do actual projecto », *Brotéria*, vol. LXXXIII, Lisboa, 1966, p.174 e ss. e 304 e ss.

VENEZIAN, Giacomo – “Danno e risarcimento fuori dei contratti”, *Opere Giuridiche*, I, *Studi sulle obbligazioni*, Roma, 1918, p. 1 e ss.

VIEWEG, Klaus – „Schadensersatzrecht“/J. *Von Staudinger Kommentar zum BGB*, 13. Auflage Neubearbeitung, De Gruyter, Berlin, 2005, p. 365 e ss.

VIEHWEG, Theodor – *Topica y Jurisprudencia*, traducción de Luis Díez-Picazo Ponce de Leon, Taurus, 1964

VIEIRA, Maria Luísa Arcos – “La pérdida de oportunidad como daño indemnizable”, *Estudos de Direito do Consumidor*, Publicação do Centro de Direito do Consumo, nº7, Coimbra, 2005, p. 137 e ss.

— *Nexo causal e imputación objetiva en la jurisprudencia (con especial referencia a la responsabilidad por omisión)*, Cizur Menor, 2005

VILLEY, Michel - “La genèse du droit subjectif chez Guillaume d’Occam”, *Seize Essais de Philosophie du Droit*, Dalloz, Paris, 1969, p. 140 e ss.

— “Les origines de la notion de droit subjectif”, *Archives de Philosophie du Droit*, 1953-1954, p. 169 e ss.

— « Les institutes de Gaius et l’idée du droit subjectif », *Revue Historique du Droit Français et Étranger*, 1946, p. 201 e ss.

— “Le droit subjectif chez Ihering”, *Seize Essais de Philosophie du Droit*, Dalloz, Paris, 1969, p. 208 e ss.

— *Leçons d’histoire de la philosophie du droit*, Dalloz, Paris, 2002

— « Esquisse historique sur le mot responsable », *Archives de Philosophie du droit*, nº22, *La responsabilité*, Editions Sirey, Paris, 1977, p.45-58

VINCENT, M. Jean – « L’extension en jurisprudence de la notion de solidarité passive », *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, année 1939, p. 601-683

VINEY, Geneviève – “Réflexions sur l’article 489-2 du Code Civil”, *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, année 1970, tome soixante-huitième, p. 251 a 267

— « La réparation des dommages causés sous l’empire d’un état d’inconscience : un transfert nécessaire de la responsabilité vers l’assurance », *La semaine juridique*, année 1985, 3189

— *Le déclin de la responsabilité individuelle* (préface D’ANDRE TUNC), Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1965

— *Traité de Droit Civil, sous la direction de Jacques Ghestin : Introduction à la responsabilité*, 2^a edição, LGDJ, Paris, 1995

— « La faute de la victime d’un accident corporel : le présent et l’avenir », *La Semaine Juridique*, année 1984, 3155

— « Le dommage et la causalité. Commentaire de Crim, 18 novembre 1998, Bull. crim. 1998, nº304 », *Semaine Juridique*, 1999, nº25, p. 1186

— « Le wrongfulness en droit français », *Unification of tort law : wrongfulness*, KOZIOL (ed.), Kluwer Law International, Netherlands, 1998, p. 57 e ss.

— “Responsabilité civile”, *La semaine juridique*, nº50, 1996, 3985, p. 489 e ss.

— “Brèves remarques à propos d’un arrêt qui affecte l’image de la justice dans l’opinion”, *La semaine juridique*, nº2, 2001, p. 65 e ss.

VINEY, Geneviève/ JOURDAIN, Patrice – *Traité de Droit Civil, sous la direction de Jacques Ghestin : Les effets de la responsabilité*, 2^a edição, LGDJ, Paris, 2001

— *Traité de Droit Civil, sous la direction de Jacques Ghestin : Les conditions de la responsabilité*, 3^a edição, LGDJ, Paris, 2006

VIOLANTE, Umberto – «La chance di un giro di valzer (sul danno biologico dell'aspirante ballerino)», *Danno e responsabilità*, 1999, p. 534 e ss.

VISINTINI, Giovanna – *Trattato breve della responsabilità civile, Fatti illeciti. Inadempimento. Danno risarcibile*, Terza Edizione, CEDAM, Padova, 2005

- “Imputabilità e danno cagionato dall'incapace”, *La Nuova Giurisprudenza Civile e Commerciale*, Marzo-Aprile, 1986, p. 116-127
- «Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale», *Enciclopedia giuridica Treccani*, vol. XXVI, Roma, 1991, p. 2 e ss.
- “La tutela aquiliana delle posizioni contrattuali”, *Contratto e impresa*, 1985, p. 651 e ss.

VISKY – “Die Frage der Kausalität aufgrund des D.9.2. ad legem Aquiliam“, *Revue Internationale des Droit de L'Antiquité*, 26, 1979, p. 503 e ss.

VOLLMER, Lothar – „Haftungsbefreiende Übertragung von Verkehrssicherungspflichten – Ein Problem der Haftungszurechnung und- Kanalisierung“, *Juristenzeitung*, 1977, p. 371 e ss.,

VOSS, Laurenz – *Die Verkehrspflichten. Eine dogmatische-historische Legitimierung*, Duncker & Humblot, Berlin, 2007

WACKE, Andreas – “Der Erlass Vergleich mit einem Gesamtschuldner. Zur Befreiung Mithaftender beim Regressverlust durch Gläubigerhandeln”, *Archiv für die civilistische Praxis*, 170, 1970, p. 42-75

WAGNER, Gerhard – *Neue Perspektiven im Schadensersatzrecht – Kommerzialisierung, Strafschadensersatz, Kollektivschaden*, Beck, München, 2006

WALDRON, Jeremy – “Moments of carelessness and massive loss”, *Philosophical Foundations of Tort Law* (ed. DAVID G. OWEN), 1995, p. 378 e ss.

WAREMBOURG-AUQUE, Françoise – «Irresponsabilité ou responsabilité civile de l'infans», *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, année 1982, p. 329 a 359

WAHRENDORF, Volker – *Die Prinzipien der Beweislast im Haftungsrecht*, Heymann, Köln, Berlin, Bonn, München, 1976

WEBER, Helmut – *Der Kausalitätsbeweis im Zivilprozess*, Mohr, München, 1997

WEBER, Reinhold – „Verfolgungsfälle: objektive und subjektive Zurechnung“, *Festschrift für Steffen zum 65. Geburtstag am 28. Mai 1995: der Schadensersatz und sein Deckung*, De Gruyter, Berlin, New York, 1995, p. 507 e ss.

WEBER, Stephen – *Haftpflicht*, 2008, <http://www.have.ch/download/H3Prozess/Weber.pdf>

WECKERLE, Thomas – *Die deliktische Verantwortlichkeit mehrerer*, Karlsruhe, Göttingen, 1974

WEIBER, Bettina – “Gibt es eine fahrlässige Mittäterschaft?”, *Juristenzeitung*, 53, Heft 5, 1998, p. 230 e ss.

WEIDNER, Ulrich – *Die Mitverursachung als Entlastung des Haftpflichtigen*, Karlsruhe, 1970

WEINRIB, Ernest Joseph – *The idea of private law*, Harvard University Press, Cambridge, 1995

— “Causation and wrongdoing”, *Chicago-Kent Law Review*, 1987, p. 407 e ss.

— “Correlativity, personality and the emerging consensus on corrective justice”, *Theoretical Inquiries in Law*, vol. 2, n°1, art. 4, 2001, www.ssrn.com/abstract=1273345

— “Understanding tort law”, *Valparaiso University Law Review*, 23, 1989, p. 485 e ss.

— “Toward a moral theory of negligence law”, *Law and Philosophy*, 2, 1983, p. 37 e ss.

— “Legal formalism: on the imminent rationality of law”, *Yale Law Journal*, 97, 1988, p. 949 e ss.

— “Law as a Kantian Idea of Reason”, *Columbia Law Review*, n°472, 1987, p. 472 e ss.

— “The case for a duty to rescue”, *Yale Law Review*, 90, 1980, p. 247 e ss.

WEIR, Tony – *Tort Law*, Clarendon Law Series, Oxford University Press, Oxford, 2002

WEITNAUER, Hermann – „Zur Lehre vom adäquaten Kausalzusammenhang Versuch einer Ehrenrettung“, *Revolution der Technik. Festgabe zum 60. Geburtstag von Karl Oftinger*, 1969, p. 321 e ss.

— „Gedanken zum Problem der Rechtswidrigkeit und des Verschuldens“, *Versicherungsrecht*, 61, p. 1057 e ss.

— “Aktuelle Fragen des Haftungsrechts”, *Versicherungsrecht*, 70, p. 598 e ss.

WELLMAN, Heath – “On conflicts between rights”, *Law and Philosophy*, vol. 14, n°3-4, 1995, p. 277-279

WELSER, Rudolf – „Schutzgesetzverletzung, Verschulden und Beweislat“, *Zeitschrift für Verkehrsrecht*, 1976, p. 1 a 10

— , “Der OGH und der Rechtswidrigkeitszusammenhang”, *Österreichische Juristenzeitung*, 1975, p. 6 e ss

WELZEL, Hans – *Naturalismus und Wertphilosophie im Strafrecht, Untersuchungen über die ideologischen Grundlagen der Strafrechtswissenschaft*, Mannheim, Berlin, Leipzig 1935

— *Um die finale Handlungslehre*, Mohr Siebeck, Tübingen, 1949

— *La teoría de la acción finalista*, De Palma, Buenos Aires, 1951

— *Derecho penal, Parte General*, (tradução de Carlos Fontán Balestra), Roque de Palma Editor, Buenos Aires, 1956 (<http://pt.scribd.com/doc/4137698/Welzel-Hanz-DERECHO-PENAL-PARTE-GENERAL>)

- “Die finale Handlungslehre und die fahrlässigen Handlungen”, *Juristenzeitung*, 11, Heft 10/11, 1956, p. 316 e ss.
- “Zur Problematik der Unterlassungsdelikte”, *Juristenzeitung*, 13, Heft 16, 1958, p. 494 e ss.

WENDT, Otto – “Unterlassung und Versäumnisse im bürgerlichen Recht”, *Archiv für die civilistische Praxis*, 92, Heft ½, 1902, p. 1 e ss., em especial p. 128 e ss.

WERRO, Franz – “La pluralité des responsables: quelques principes et distinctions”, *La pluralité de responsables, Colloque du droit de la responsabilité civile 2007 Université de Fribourg*, Stämpfli Editions SA, Berne, 2009, p. 15 e ss.

WESTER-OUISSE, Véronique – “Définition de la causalité dans les projets européens sur le droit de la responsabilité”, www.grerca.univ-rennes1.fr/digitalAssets/267/267962_vwesterouisse.pdf

WIDMER, Pierre – „Causation under Swiss Law“, *Unification of tort law: causation*, J. SPIER (ed.), *Principles of European Tort Law*, vol. 4, European Centre of Tort and Insurance Law, Kluwer Law Internacional, London, Boston, 2000, p. 119 e ss.

- “Causes d’exonération ou moyens de défense dans les projets européens”, www.grerca.univ-rennes1.fr/digitalAssets/267/267961_pwidmer.pdf

WIEACKER, Franz – *História do Direito Privado Moderno*, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 1980

WILBURG, Walter – “Desenvolvimento de um sistema móvel no direito civil”, *Direito e Justiça*, vol. XIV, tomo 3, 2000, p. 51-77

- *Die Elemente des Schadensrechts*, Elwert, Marburg, 1941
- *Die Lehre von der ungerechtfertigten Bereicherung nach österreichischem und deutschem Recht: Kritik und Aufbau*, Graz : Universität, 1934
- “Zur Lehre von der Vorteilsausgleichung”, *Jehring's Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts*, vol. 81, 1931, p. 51 e ss.

WILLIAMS, Glanville – « The risk principle », *Law Quarterly Review*, 77, 1961, p. 179 e ss.

- « Causation in the law », *Cambridge Law Journal*, 19, 1961, p. 62 e ss.

WILLVONSEDER, Reinhard – *Die Verwendung der Denkfigur der condicion sine qua non bei den römischen Juristen*, Boehlau Verlag, Dusseldorf, 1984

WILSON, George – “Action”, *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, www.plato.stanford.edu/archives/spr2008/entries/action, 2008.

WINDSCHEID, Bernhard – *Lehrbuch des Pandektenrecht*, II, 6. Aufl., Rütten & Koenig, Frankfurt, 1887

- *Diritto delle Pandette*, II, Torino, 1925 (tradução italiana de Carlo Fadda e Paolo Emilio Bensa)

WINIGER, Bénédicte– (ed.) *La responsabilité civile européenne de demain. Projets de révision nationaux et principes européens/Europäisches Haftungsrecht morgen*, Bruylant, Schulthess, Zürich, 2008

— “Auteurs multiples dans les projets nationaux de révision de la responsabilité civile et dans les PETL”, www.grerca.univ-rennes1.fr/digitalAssets/267/267954_winiger.pdf

WITT, John Fabian – « Toward a new history of american accident law : classical tort law and the cooperative first-party insurance movement », *Harvard Law Review*, vol. 114, n.3, 2001, p. 692-841

WOLF, Ernst – *Lehrbuch des Schuldrechts, Allgemeiner Teil*, Carl Heymann, Köln, Berlin, 1978

— “Grundfragen des Schadensbegriffs und der Methode der Schadenserkenntnis”, *Festschrift für Gerhard Schiedermair* (GERHARD LÜKE/OTHMAR JAUERNIG Hrsgs.), München, 1976, p. 545-578

— “Die Lehre von der Handlung”, *Archiv für die civilistische Praxis*, 170, 1970, p. 181 e ss.

WOLF, Joseph Georg - *Der Normweck im Deliktsrecht: Ein Diskussionsbeitrag*, Otto Schwartz & Co., Göttingen, 1962

WOLFF, Jonathan – „O lugar da liberdade“, *Introdução à Filosofia Política*, Gradiva, Lisboa, 2004, capítulo IV.

WRIGHT, Richard W. – « The efficiency theory of causation and responsibility : unscientific formalism and false semantics », *Chicago-Kent Law Review*, 63, 1987, p. 553 e ss.

— “Substantive Corrective Justice”, *Iowa Law Review*, 77, 1992, p. 625

— “Right, Justice and Tort Law”, *Philosophical Foundations of Tort Law*, Clarendon Press, Oxford, 1996, p. 159 a 182.

— “The standards of care in negligence law”, *Philosophical Foundations of Tort Law*, DAVID G. OWEN (ed.), Clarendon Press, Oxford, 1996, p. 249 a 275.

— “Actual causation vs. Probabilistic linkage: the bane of economic causation”, *Journal of Legal Studies*, 14, 1985, p. 435 e ss.

— “Causation, Responsibility, Risk, Probability, Naked Statistics, and Proof: Pruning the Bramble Bush for Clarifying the Concepts”, *Iowa Law Review*, 73, 1987-1988, p. 1001 e ss.

— “Causation in tort law”, *California Law Review*, 73, 1985, p. 1735 e ss.

— “Hand, Posner and the Myth of the Hand Formula”, *Theoretical Inquiries in Law*, vol. 4, 2003, p. 1-132

— “The grounds and extent of legal responsibility”, *San Diego Law Review*, vol. 41, 2003, p. 6 e ss.

— “Allocating among multiple responsible causes: a principled defense to joint and several liability for actual harm and risk exposure”, *University of California Davis Law Review*, 21, 1988, p. 1141 e ss.

XAVIER, Bernardo Lobo – “Justa causa de despedimento: conceito e ónus da prova”, *Revista de Direito e Estudos Sociais*, ano XXX, nº1, 1998, p. 1-68

XAVIER, Vasco da Gama Lobo – *Anulação de deliberações sociais e deliberações conexas*, Coimbra, 1976

XAVIER, Vasco da Gama Lobo/CORREIA, António Arruda Ferrer - “Efeito externo das obrigações; abuso de direito; concorrência desleal”, *Revista de Direito e Economia*, 1979, p. 3 a 19.

YAGÜEZ, Ricardo de Ángel – *Responsabilidad civil por actos médicos. Problemas de prueba*, Civitas, Madrid, 1999

— *Tratado de responsabilidad civil*, Civitas, Madrid, 1993

YERGA, Álvaro Luna – “Oportunidades perdidas – La doctrina de la pérdida de oportunidad en la responsabilidad civil médico-sanitaria”, *Indret* nº288, www.indret.com

ZAHN, Bastian A. – “Harmful conduct as the touchstone of causation: an analytical comparison of Baker v. Corus and Julian”, *The Edimburg Law Review*, 15, 2011, p. 197 a 217

ZENO-ZENCOVICH, Vincenzo – “Il problema della pena private nell’ordinamento italiano: un apprecio comparatistico ai punitive damages di Common Law”, *Giurisprudenza Italiana*, 1985, IV, p. 12 e ss.

— “Il danno per la perdita della possibilità di una utilità futura”, *Rivista del Diritto Commerciale*, ano LXXXIV, 1986, p. 213 e ss.

— *La sorte del paziente: la responsabilità del médico per l’errore diagnostico*, CEDAM, Padova, 1994

ZEPPIERI, Leone – “L’omissione come Evento”, *Annali di Diritto e Procedura Penale*, Anno V, 1936-15, p. 108

ZEUNER, Albrecht – “Zum Problem der überholenden Kausalität“, *Archiv für die civilistische Praxis*, 157, 1958/1959, p. 441 a 454

— “Schadensbegriff und Ersatz von Vermögensschäden”, *Archiv für die civilistische Praxis*, 163, 1964, p. 380 e ss.

— „Rezension, Von Caemmerer, Das Problem der überholenden Kausalität im Schadensersatzrecht“, *Archiv für die civilistische Praxis*, 162, 1963, Heft 4, p. 516 e ss.

ZILLOTTO, Paola – *L’imputazione del danno aquiliano tra iniuria e damnum corpore datum*, CEDAM, Padova, 2000

ZIMMERMANN, Reinhard / KOCH, Bernhard A./ KOZIOL, Helmut/ WINIGER, Bénédicte – *Essential Cases on Natural Causation: 1 (Digest of European Tort Law)*, Springer-Verlag KG, 2007

ZIMMERMANN, Reinhard – “Herausforderungsformel und Haftung für fremde Willensbetätigung nach § 823 I BGB“, *Juristenzeitung*, 1980, p. 10 e ss.

— *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Jura & Co. Ltd., Joanesburgo, 1992

- “Der Sebstmord als Gefährdungssachverhalt-Aufwendungs-oder Sachensersatz für den Retter”, *Zeitschrift für das gesamte Familienrecht (FamRZ)* 1979, p. 103 e ss.
- “Wrongful life und wrongful birth”, *Juristenzeitung*, 52, Heft 3, 1997, p. 131 e ss.
- “Verletzungserfolg, Spielregeln und allgemeines Sportrisiko”, *Versicherungsrecht*, 1980, p. 497 e ss.

ZINNEN, Horst – “Belgian Case note on Hoge Raad, Judgmente of 22 February 2002 – On compensation for psychiatric injury and emotional distress suffered by close relatives”, *European Review of Private Law*, 3/2003, p. 412-424

ZIPPELIUS, Reinhold – “Die Rechtswidrigkeit von Handlung und Erfolg”, *Archiv für die Civilistische Praxis*, 157, 1958/1959, Heft 4, p. 390 e ss.

- *Die Rechtswidrigkeit von Handlung und Erfolg als Grundlagen der Rechtswidrigkeit und Haftung*, 1966

ZIPURSKY, Benjamim C. – “Philosophy of tort law: between the esoteric and the banal”, *Blackwell Guide to Philosophy of Law and Legal Theory*, MARTIN GOLDINH & WILLIAM EDMUNSON (ed.), 2004, www.ssrn.com/abstract=555705

- “Rights, wrongs and recourse in the law of torts”, *Vanderbilt Law Review*, 51, 1998, p. 1-100
- “Rawls in tort theory: themes and counter-themes”, *Fordham Law Review*, 72, 2004, p. 1923 e ss.
- “Civil recourse, not corrective justice”, *Georgetown Law Journal*, 91, 2003, p. 695 e ss.
- “Evidence, Unfairness and market-share liability: a comment on Geistfeld”, *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 156, p. 126 e ss

ZITELMANN, Ernst – “Ausclu der Widerrechtlichkeit”, *Archiv für die civilistische Praxis*, 99, Heft 1, 1906, p. 1 e ss.

ZIVIZ, Patrizia – “L’evoluzione del sistema di risarcimento del danno: modelli interpretativi a confronto”, *Rivista Critica del Diritto Privato*, ano XVII, 1-2, 1999, p. 61 a 100